



**HAL**  
open science

**La prise en considération de l'intérêt supérieur de  
l'enfant dans l'évolution du droit de la famille, étude  
comparative des systèmes juridiques français et  
marocain.**

Khaoula Lagdami

► **To cite this version:**

Khaoula Lagdami. La prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'évolution du droit de la famille, étude comparative des systèmes juridiques français et marocain.. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2022. Français. NNT : 2022PAUU2110 . tel-04324892

**HAL Id: tel-04324892**

**<https://theses.hal.science/tel-04324892v1>**

Submitted on 5 Dec 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



**UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR  
ECOLE DOCTORALE SCIENCES SOCIALES ET HUMANITÉS**

**THESE DE DOCTORAT EN SCIENCES JURIDIQUES**

**Spécialité : Droit privé, Droit de la famille**

**La prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans  
l'évolution du droit de la famille**

*Étude comparative des systèmes juridiques français et marocain*

Par :

**Khaoula LAGDAMI**

Thèse dirigée par Monsieur le Professeur Jean Jacques LEMOULAND

**MEMBRES DU JURY :**

**Monsieur Marc AZAVANT,**

Maitre de conférences, Université de Pau et des Pays de l'Adour

**Monsieur Hicham LAKHSSASSI,**

Professeur, Université Mohammed V-Rabat, Rapporteur

**Madame Marie LAMARCHE,**

Maitre de conférences, Université de Bordeaux, Rapporteur

**Monsieur Jean Jacques LEMOULAND,**

Professeur, Université de Pau et des Pays de l'Adour



*« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».*



## **Remerciements**

*Mes remerciements les plus sincères vont à tous ceux qui ont cru en moi et qui m'ont soutenu pour la réalisation de ce travail.*

*Je tiens à exprimer, particulièrement, toute ma reconnaissance et mes vifs remerciements à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Jean-Jacques LEMOULAND qui m'a accordé l'opportunité de réaliser ce rêve. Un grand merci pour avoir accepté de diriger ce travail et pour m'avoir orienté, conseillé et soutenu tout au long de ces années de thèse.*

*J'adresse également mes remerciements à toutes les personnes qui, de près ou de loin ont participé à la réalisation et à l'aboutissement de ce travail.*



## Liste des principales abréviations

ASE	Aide sociale à l'enfance
ADN	Acide Désoxyribonucléique
ASF	Allocation de soutien familial
ANAM	Agence nationale de l'assurance maladie
AL	Alinéa
BO	Bulletin officiel
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CESSEC	Commission d'évaluation de la situation et du statut des enfants confiés
CEDAW	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CNDH	Conseil national des affaires des droits de l'Homme
CNAOP	Conseil national d'accès aux origines
CAF	Caisse d'allocations familiales
CNSS	Caisse nationale de la sécurité sociale
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CNOPS	Caisse nationale des organismes de prévoyance sociale
CRC	Comité des droits de l'enfant
CA	Cour d'appel
Cass.civ	Cassation civile
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes
CCFE	Conseil consultatif de la famille et de l'enfance
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
GPA	Gestation pour autrui
IAD	Insémination artificielle avec donneur

INDH	Initiative nationale pour le développement humain
IVG	Interruption volontaire de grossesse
JAF	Juge aux affaires familiales
MENA	Middle East and North Africa
MFSEDS	Ministère de la famille, de la solidarité et du développement social
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
ONDE	Observatoire national des droits de l'enfant
OIT	Organisation internationale du travail
OPAC	Protocole facultatif concernant l'implication des enfants dans les conflits armés
OPSC	Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants
ONACVG	Office national des anciens combattants et victimes de guerre
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PANE	Plan d'action national pour l'enfance
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PIB	Produit intérieur brut
PPIPEM	Politique intégrée de protection de l'enfance
PMI	Protection maternelle et infantile
PMA	Procréation médicalement assistée
PAJE	Prestation d'accueil jeune enfant
PJD	Parti de la justice et du développement
RNB	Revenu national brut
RAMED	Régime d'assurance maladie obligatoire
TGI	Tribunal de grande instance
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'enfance

UNEFPA	Nations Unies pour la femme
UPE	Unité de protection de l'enfance
UE	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation la science et la culture



# **SOMMAIRE**

## **Introduction**

### **Première partie**

#### **L'intérêt de l'enfant dans la construction du droit de la famille**

Titre Premier - La protection des droits de l'enfant et la construction du droit de la famille.

Chapitre 1<sup>er</sup> La considération progressive des droits de l'enfant dans le droit de la famille.

Chapitre 2<sup>e</sup> La place des conventions internationales.

Titre second- Des droits de l'enfant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Chapitre 1<sup>er</sup> L'intérêt supérieur de l'enfant, un cadre théorique et référentiel.

Chapitre 2<sup>e</sup> Les limites à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

### **Deuxième partie**

#### **L'intérêt de l'enfant un élément de mise en œuvre du droit de la famille.**

Titre premier- L'intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre du droit de la famille.

Chapitre 1<sup>er</sup> L'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Chapitre 2<sup>e</sup> L'évolution de la jurisprudence en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Titre second- La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre du droit de la famille.

Chapitre 1<sup>er</sup> L'intérêt supérieur de l'enfant dans la filiation.

Chapitre 2<sup>e</sup> L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'autorité parentale.

## **Conclusion Générale**



## INTRODUCTION

1. L'étude des droits de l'enfant dans les deux systèmes juridiques asymétriques tels que le droit français et le droit marocain suscite de nombreuses interrogations relatives aux différents aspects adoptés par chaque système juridique quant à la question de la prise en considération des droits de l'enfant. En effet, si pour le premier la question du droit elle-même est synonyme de régisseur social, le second quant à lui se réfère à d'autres règles normatives qui viennent coexister avec la règle de droit.

2. Ces deux différentes approches permettent de soulever la réflexion sur l'importance de la place du droit entre un système qui ne reconnaît pas la prise en considération de normes autres que celles juridiques permettant l'évolution et la transformation de la règle de droit dans l'objectif de suivre l'évolution sociale ; et un second qui demeure attaché aux normes traditionnelles et à une spécificité juridique qui limite sa métamorphose dans de nombreuses questions telle que les droits de l'enfant.

En effet, ces derniers sont le reflet absolu de l'évolution du droit qui marque le passage d'un droit objectif en tant qu'ordre juridique général, à une prérogative individuelle dont l'objectif de répondre aux intérêts personnels, puis aux droits de l'Homme revendiqués pour enfin aboutir à une protection spécifique à l'enfant visant à concrétiser un nombre de principes fondamentaux tels que l'intérêt de l'enfant.

3. Il est certain que l'évolution de l'idée de droit en tant qu'abstraction ne date pas d'aujourd'hui ; elle est « le fruit d'une réflexion millénaire qui, émane de jurisconsultes, d'initiés et de juristes... »<sup>1</sup>. Constituant donc un ordre et un système juridique auxquels l'Homme a de plus en plus recours afin de régler ses rapports sociaux. Ainsi, la place du droit s'élargit de plus en plus, permettant l'accompagnement des sociétés vers une démocratisation et individualisation de droits<sup>2</sup>. En effet, cette transformation progressive conduit à l'appauvrissement des coutumes, des mœurs, de la morale et de la religion qui préservaient une grande importance dans la résolution des conflits.

4. Toutefois, malgré le fait que le droit devienne de plus en plus le système adopté et recherché par l'être humain dans l'objectif de se garantir une certaine sécurité, il est difficile de régir l'ensemble de la conduite humaine uniquement par le droit. Dans ce sens le Doyen CARBONNIER considère que « *la conduite humaine est régie par d'autres systèmes que le droit. Le droit y met son pouvoir de contrainte, mais en dehors du droit, il y a bien d'autres systèmes de normes : la religion, la morale, les mœurs ; autrement dit, les manières de vivre au jour le jour mais également les inhibitions intériorisées sans qu'il y ait de règles perceptibles pour les commenter. Il y a la prudence, il y a la crainte, il y a la sobriété, il y a cette force indéfinissable que l'on appelle le bon sens, le sens*

---

<sup>1</sup> Gérard CORNU, Droit civil introduction Les personnes Les biens Montchrestien, 11<sup>ème</sup> édition, Lgdj, 2003 p. 11.

<sup>2</sup> Brigitte FRELAT-KAHN, Entre nature et contingence : de la normalité à la normativité, Le Télémaque 2/2009 (n° 36), p. 47.

*commun. C'est une véritable source de droit* »<sup>3</sup>. C'est la raison pour laquelle il est difficile de considérer que le droit peut à lui seul gérer toute la conduite sociale.

Cette réflexion sur la participation de normes autres que celles juridiques dans la conduite des Hommes fait du droit un phénomène humain dont l'image se vérifie dans toutes les branches de droit mais plus particulièrement celle du droit de la famille. En effet, ce dernier est marqué par une théorie générale et commune d'évolution dans toutes les sociétés, malgré que ces dernières soient de différents droits ou différentes civilisations et quelque soit le degré de leur développement. La famille demeure donc l'unité de base qui construit la société, permettant à chaque société « d'avoir sa famille, voire ses familles »<sup>4</sup>. L'étude des deux systèmes juridiques français et marocain est un exemple parfait pour comprendre ce rapport étroit entre le développement de la société et le droit de la famille. Ainsi, il est certain que la conception de la famille dans les deux sociétés n'est pas identique ; malgré qu'elle soit le noyau de chacune, elle demeure le produit des mœurs, des coutumes et de la culture qui participent à façonner chaque société<sup>5</sup>.

5. En France, la famille se caractérise aujourd'hui par une pluralité qui vient remplacer le modèle traditionnel qui se caractérisait par « *une conjugalité matrimoniale et une famille légitime construite autour du mariage* »<sup>6</sup>, qui, suite à une « *révolution tranquille* »<sup>7</sup> a cédé la place à un système pluraliste qui permet aujourd'hui la concurrence de plusieurs types de famille afin de prendre en considération les diverses réalités familiales<sup>8</sup>. Ainsi, si ce pluralisme est parvenu à envahir le système juridique français en imposant une réalité sociale, il n'en est pas de même pour le système juridique marocain où le pluralisme n'a pas réussi à affecté l'unique type de famille légitime fondée sur le mariage. En effet, ce dernier est le seul modèle qui répond aux normes religieuses, sociales et juridiques adoptées par le pays, qui bannit les unions libres et toutes les relations entre les hommes et les femmes en dehors du cadre légal. Toutefois, tout comme le droit de la famille en France, le droit de la famille marocain a également subi une métamorphose ; il est vrai qu'elle semble timide mais, le changement social a également participé d'une manière indirecte à toucher plus ou moins une partie des règles adoptées en la matière poussant le législateur marocain à s'adapter aux changements sociaux et à l'évolution des mœurs permettant ainsi une prise en considération des droits individuels de chaque membre au sein de la famille.

---

<sup>3</sup> Jean CARBONNIER, Extrait de : Trois thèmes de sociologie du droit par Jean Carbonnier, CD « Les grands juristes contemporains », LADEF. Disponible sur : <http://expocujas.univ-paris1.fr/Carbonnier/non-droit.html#vid3a>.

<sup>4</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, La famille, Defrénois, 3<sup>ème</sup> édition, 2008, p. 6.

<sup>5</sup> Mariam MONJID, L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Etude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie, L'Harmattan, 2013, p. 9.

<sup>6</sup> Christèle CLÉMENT, Réflexions sur le pluralisme familial, La place du modèle familial dans un système pluraliste, sous la direction d'Odile ROY, Presse universitaires de Paris Nanterre, sciences juridiques et politiques, 2011. Disponible sur : <http://www.openedition.org/6540>.

<sup>7</sup> Gérard CORNU, La naissance et la grâce, in D, 1972, chron., p. 175, cité par Odile ROY, Le modèle français : évolutions et résistances face au pluralisme familial, Réflexions sur le pluralisme familial, la place du modèle familial dans le système pluraliste, Presse universitaire de Paris Nanterre, sciences juridiques et politiques, 2011. Disponible sur : <http://www.openedition.org/6540>.

<sup>8</sup> Jean-Hugues DÉCHAUX, Sociologie de la famille, La découverte, 2009, p. 24.

6. La comparaison entre les deux systèmes juridiques en matière familiale permet d'une part de souligner leurs points communs<sup>9</sup> qui se manifestent d'une manière générale dans la particularité et la spécificité de cette branche de droit, qui exige une grande prudence puisqu'elle relève « *d'un domaine privé et sensible qui concerne la vie des gens et leurs sentiments* »<sup>10</sup>, et dont l'objectif de toute réforme doit répondre au respect de l'éthique, la morale et le droit. Cet équilibre recherché par les deux législateurs, semble être une véritable bataille qui ne peut être conquise que suite à un enthousiasme et une grande volonté du législateur, à vouloir délimiter les notions qui créent la spécificité de chaque système en matière familiale. D'autre part, ce sont également les mêmes éléments qui participent à créer la spécificité de chaque système juridique adopté par les deux pays et donc soulever les points de divergence qui permettent de comparer l'évolution et les limites de chaque système juridique.

7. Dans le cadre de cette comparaison, il paraît difficile de ne pas évoquer en premier lieu les éléments d'influence communs à l'évolution du droit de la famille, qui sont évidemment relatifs à l'émergence et à la prise en considération des droits de l'Homme dont le respect et l'application représentent aujourd'hui le miroir de toute société moderne. En effet, la majorité des pays du monde intègrent les principes fondamentaux des droits de l'Homme dans leurs Constitutions affirmant la reconnaissance de la dignité humaine, de l'égalité et la liberté de tous les êtres humains en droit. Des principes qui tirent leurs origines de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 adoptée par les Nations Unies et inspirée par La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen rédigée au début de la Révolution française en 1789. En effet, la DUDH reprend tous les principes énoncés par la Déclaration de 1789 et étend d'une manière considérable les droits civils, politiques, économique, sociaux et culturels dans un seul texte.

Par ailleurs, malgré le fait que la DUDH marque une nouvelle aire de la concrétisation des droits de l'Homme dans le monde entier, cependant, son universalité réclamée par le texte lui-même fait encore aujourd'hui l'objet de nombreux débats relatifs à la prise en considération des principes des droits de l'Homme dans toutes les législations. En effet, en France cette intégration paraît comme une évidence du fait que le texte ne représente qu'un aboutissement et un résultat d'un contexte, d'une évolution et d'une révolution intellectuelle et philosophique, qui a fait de l'individualisme et de la protection des droits individuels un objectif visant à instaurer une idéologie qui reconnaît la primauté à l'individu et de ses droits subjectifs.

---

<sup>9</sup> Dans ce sens, le Professeur Jean-Jacques LEMOULAND considère que lorsque le droit comparé s'applique en droit français de la famille, cette comparaison permet de révéler les contradictions ainsi que les atouts des conceptions renouvelées du couple et de la famille. Jean- Jacques LEMOULAND, *Quel rapport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ?* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 329-349.

<sup>10</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, *op. cit.*, p. 24.

Dans d'autres cultures juridiques, telles que celle adoptée par le Maroc, il demeure toujours difficile de reconnaître l'intégration totale des valeurs de la DUDH malgré que ces derniers soient acceptés et reconnus par le pays<sup>11</sup>.

8. La reconnaissance de la DUDH et de l'extension de ses principes a permis la confirmation d'un caractère individualiste des droits de l'Homme dans toutes les branches, dont celui des relations familiales. En effet, dans son article 16 la DUDH énonce qu' : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme (...) ont le droit de se marier et de fonder une famille (...) » et que « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ». Une référence qui accorde à la famille une importance fondamentale au sein de la société incitant ainsi les Etats à intégrer l'ensemble des principes énoncés par le texte en droit de la famille et de faire de cette dernière l'objet d'une protection spécifique.

9. Cependant, si la prise en considération de la DUDH en matière familiale se reflète à travers le respect des principes généraux tel que l'égalité des droits entre les personnes constituant la famille nucléaire, c'est-à-dire les parents et leurs enfants sans aucune distinction<sup>12</sup> même sur le fondement de l'âge<sup>13</sup>, il est difficile que ces principes puissent répondre à la spécificité des droits de chaque membre de la famille notamment lorsqu'il s'agit de la personne qui symbolise la famille, qui est l'enfant. En effet, le texte consacre la référence à l'enfant dans un seul article affirmant que « la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance particulière. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors du mariage, jouissent de la même protection spéciale »<sup>14</sup>, une référence qui paraît insuffisante pour la protection de l'enfant devenue aujourd'hui le symbole même de la famille.

Les professeurs MALAURIE et FULCHIRON affirment que « (...) dans les sociétés contemporaines, ce serait l'enfant qui 'fait famille' »<sup>15</sup> ; un constat qui reflète aujourd'hui une réalité avec la prise en considération de l'enfant dans la scène juridique en matière familiale. En effet, la personne de l'enfant est devenue le centre de la famille contemporaine<sup>16</sup> et donc un élément constitutif qui participe à toute évolution de cette branche de droit.

---

<sup>11</sup> Dans ce sens William SCHUTZ considère que : « Bien qu'il soit vrai que les valeurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme dérivent de la tradition des Lumières, virtuellement tous les pays du monde les ont acceptées ». William SCHUTZ, *Power, Principle sans Human Rights, in National Interest*, Washington, 2002, p. 117.

<sup>12</sup> Article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

<sup>13</sup> Dans ce sens, les professeurs Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON considèrent que le vingtième siècle est fortement marqué par l'influence européenne qui a abouti à « ébranler les traits traditionnels de la société française, à faire de la femme l'égal de l'homme, à exalter les jeunes, à conférer des droits identiques aux enfants légitimes et illégitimes, à déstabiliser le mariage en libéralisant le divorce, à favoriser l'union libre, et à admettre que l'union homosexuelle constituait une institution », Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 2004, n°7, p. 10.

<sup>14</sup> Article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

<sup>15</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 5<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 17, pp. 24-25.

<sup>16</sup> Jean- Jacques LEMOULAND, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 62, spec. n° 76.

**10.** Ainsi, la prise en compte de sa particularité et le besoin de lui accorder une protection juridique spécifique et appropriée était la raison pour laquelle il a fallu rechercher un nouvel instrument juridique dédié uniquement à l'enfant afin de répondre à ses besoins spécifiques en matière de protection. C'est dans ce contexte que la communauté internationale a adopté la Convention internationale des droits de l'enfant le 20 novembre 1989, consacrant ainsi un ensemble de règles visant à protéger l'enfant dans toutes les situations qui le concerne. En effet, ce texte est venu imposer pour la première fois des principes fondamentaux appropriés à l'enfant qui feront l'objet d'une prise en considération dans toutes les législations des Etats signataires faisant des quatre principes de la CIDE un objectif à atteindre, ces principes sont : le principe de la non-discrimination, le droit à la vie, à la survie et au développement, le droit à la participation et enfin l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, c'est ce principe novateur que le texte a consacré à travers l'article 3-1 qui dispose que : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » ; cette disposition a accordé à cet intérêt un privilège qui lui permet d'avoir une place primordiale dans l'ensemble des dispositions du texte international.

**11.** La prise en considération de ce principe a suscité une grande évolution dans les deux systèmes juridiques. Cependant, en France comme au Maroc, la condition de l'enfant n'était pas désastreuse ; dans chacun des deux pays, la prise en considération de la place de l'enfant se faisait dans le cadre de l'évolution sociale. En France la situation de l'enfant s'est progressivement améliorée grâce à l'adoption d'un ensemble de textes visant à améliorer la situation de l'enfant au sein de la société, partant de la loi du 28 juin 1793 visant la protection des enfants abandonnés, la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants, la loi dites Jules FERRY du 28 mars 1882 rendant l'instruction obligatoire ou encore la loi du 24 juillet 1889 qui instituera la déchéance paternelle en « cas d'incitation à la débauche, au crime et au vagabondage »<sup>17</sup>, la loi du 1935 relative à l'abolition de la correction paternelle, puis l'ordonnance du 2 février 1945 réformant le droit pénal et permettant l'adoption d'une approche éducative plutôt que répressive. Enfin l'ordonnance du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance permettant de mettre l'enfant qui se trouve en danger au sein de sa famille d'être sous la tutelle de l'état, marquant ainsi la distinction entre l'intérêt de l'enfant et celui de ses parents<sup>18</sup>. Cette évolution juridique a permis la concrétisation progressive de la prise en considération de l'enfant en tant que sujet de droit, qui va également se manifester en matière familiale transformant le rôle la puissance paternelle d'un pouvoir à une fonction qui répond principalement à la protection de l'enfant et plus précisément à l'émergence et la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

---

<sup>17</sup> Michèle DOKHAN, Les avatars de la puissance paternelle, *in* La lettre de l'enfance et de l'adolescence, 2002/2, n° 48, p. 92.

<sup>18</sup> Gilles LEBRETON, Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français, CRDF, n° 2, 2003, pp. 79-80.

12. Il importe donc de souligner que la notion de l'intérêt de l'enfant n'est pas nouvelle pour le droit français, et que ce dernier n'a pas attendu la Convention internationale des droits de l'enfant pour améliorer la situation juridique de l'enfant. En effet, bien avant l'apparition du principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » adopté par la CIDE, le législateur français avait déjà fait référence à l'intérêt de l'enfant dans la loi du 22 juillet 1987 relative à l'autorité parentale, dans le Code de la procédure civile accordant à l'enfant le droit d'être assisté d'un conseil à chaque fois que son intérêt le demande ou encore en matière de divorce où le juge préservait l'intérêt de l'enfant suite aux conséquences du divorce<sup>19</sup>. Une prise en considération qui s'est traduite également en jurisprudence, notamment dans un arrêt du 30 avril 1959, qui considère que : « l'ensemble des droits reconnus aux parents (...) leur sont conférés par la loi non dans leur intérêt personnel, mais dans l'intérêt de l'enfant »<sup>20</sup>. Ce constat, permet essentiellement de souligner que l'adoption de la CIDE par la France n'a fait qu'affirmer et améliorer la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

13. Pour le Maroc, le contexte de l'évolution des droits de l'enfant en général et de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en particulier, requiert une certaine spécificité relative au contexte historique, social et religieux du pays. En effet, il est difficile d'évoquer les droits de l'enfant avant l'indépendance de 1956, le processus de codification mené par le pays, et suite auquel un début d'intéressement à la question des droits de l'Homme d'une manière générale et à ceux de l'enfant en particulier s'est manifesté. Ainsi, l'adhésion du Maroc à la CIDE a engagé le pays dans un processus de modernisation et de prise de considération des droits de l'enfant depuis la ratification du pays de cet instrument international en 1993<sup>21</sup>. Cependant, cette ratification n'a pas permis la transformation systématique du droit marocain et plus précisément le droit de la famille, qui est doté d'un particularisme juridique qui le catégorise comme une branche de droit à part entière dans la mesure où il demeure un domaine sous « *le prisme du droit musulman, et qui redoute la modernité* »<sup>22</sup> ; cette dernière peut éventuellement imprégner cette branche de droit sans pour autant réussir à remplacer son traditionalisme ou introduite une transformation radicale en la matière.

En effet, ce sont ces deux notions de l'islam et de la modernité qui représentent même la difficulté du législateur marocain qui est tenu suite à l'évolution sociale et aux engagements internationaux du pays de moderniser « un droit qui se trouve inscrit à la fois dans la religion et dans la morale »<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> CA Paris, 30 avril 1959, Dalloz, 1960, p. 673, note J. CARBONNIER, cité par Dominique YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 1<sup>er</sup> éd, 2002, p. 130.

<sup>21</sup> Il est à noter que le Maroc s'est engagé à travers la ratification d'un nombre de conventions et de protocoles facultatifs qui complètent l'esprit de la CIDE notamment : la ratification du protocole facultatif concernant l'implication des enfants dans les conflits armés le 22 mai 2002 ; le protocole facultatif à la CIDE concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie des enfants le 4 Mars 2004.

<sup>22</sup> Mariam MONJID, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb : Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie, op. cit.*, p. 11.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 11.

14. Cependant, cette modernité à laquelle le législateur est tenu de répondre en réformant des règles purement religieuses, reflète une difficulté liée d'abord à la notion de la modernité elle-même. Cette dernière qui est rattachée d'une manière explicite à la rationalisation, en faisant de la raison la seule référence et « le seul principe qui permet l'organisation de la vie personne et collective »<sup>24</sup>, son introduction et son application en matière familiale suppose l'adoption d'une nouvelle appréciation et une réévaluation profonde des règles traditionnelles afin d'aboutir soit à une actualisation des règles ou à leur approfondissement<sup>25</sup>.

15. La difficulté de concilier entre un droit positif à caractère moderne et un droit traditionnel de référence religieuse est un travail qui consiste à « appréhender entre l'individuel et le collectif, entre l'universel et le spécifique ». D'ailleurs, le législateur est conscient de cette difficulté puisqu'il s'y réfère d'une manière explicite dans le préambule du Code de la famille de 2004 en affirmant que le texte cherche à adopter une « formulation dans un style juridique contemporain, en conformité avec les prescriptions tolérantes de l'Islam ... en prévoyant des solutions équilibrées, équitables et pratiques qui reflètent l'effort jurisprudentiel éclairé et ouvert et consacrant les droits de l'Homme et de la citoyenneté pour tous les marocains, tant hommes que femmes, dans le respect des références divines »<sup>26</sup>.

16. Ce constat se manifeste spécialement dans les questions qui connaissent déjà une réglementation traditionnelle stricte notamment celles relatives aux droits des femmes et de l'enfant. Concernant ce dernier, le droit marocain a cherché à établir un équilibre entre le droit musulman classique et les règles modernes qui répondent aux engagements internationaux du pays, en adoptant un droit qui vise de plus en plus l'intégration des principes fondamentaux de la protection des droits de l'enfant. Cependant, la question est celle de savoir à quel point le législateur marocain a réussi à concilier entre deux normes complètement différentes qui adoptent une perception dissemblable de la place de l'enfant au sein de la famille et de la société.

17. La promotion des droits de l'enfant tels qu'ils sont reconnus aujourd'hui par la CIDE et par le droit positif est un peu tardive au Maroc. Toutefois, la prise en considération du statut de l'enfant au sein de la société et de la famille n'est pas complètement étrangère. Le pays connaissait et adoptait déjà quelques principes tirés d'abord du Coran qui donne uniquement une perception globale sur l'enfant et de la sunna<sup>27</sup> du prophète qui, quant à elle, établit « *une perception plus détaillée de la conduite à tenir vis-à-vis de l'enfant en se référant à la protection de la vie de l'enfant, de subvenir à ses besoins affectifs et matériels, son corps, sa moralité et ses biens contre les agissements de ceux qui exercent*

---

<sup>24</sup> Wissal LTAIEF, Le droit de la famille au Maghreb, une fragile adaptation aux réalités, in Confluences méditerranée, 2008/2 n° 65, p. 169.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Préambule, Code de la famille marocaine.

<sup>27</sup> La sunna désigne en islam, la tradition et les pratiques du prophète islamique Mohammad.

*l'autorité sur lui, de veiller sur son éducation religieuse profane* »<sup>28</sup>, un ensemble d'éléments qui permettent aux juristes musulmans d'élaborer les règles à suivre dans les diverses situations relatives à l'enfant.

A travers l'ancien statut personnel le législateur marocain avait introduit brièvement la majorité de ces éléments traduisant ainsi une perception traditionaliste de la place de l'enfant au sein de la famille, en articulant cette protection sur deux principaux axes qui sont : la protection de la personne de l'enfant et de ses biens faisant appel à des titulaires et à des institutions distinctes traduisant donc la spécificité de la conception des droits de l'enfant en islam.

**18.** La réforme du Code de la famille de 2004 quant à elle a relevé un double défi qui consiste d'une part à conserver cette approche dans le cadre du respect de la religion musulmane qui représente le fondement du système social<sup>29</sup> et politique qui demeure marqué par la conservation des symboles religieux dans la stratégie du pouvoir<sup>30</sup>. D'autre part, d'apporter une approche moderniste à ces règles afin de garantir à l'enfant le respect de l'ensemble de ses droits. La complexité de la conciliation de ces deux approches spécialement en matière des droits de l'enfant se manifeste dans la confrontation

de deux idéologies qui, malgré le fait qu'elles puissent paraître similaires à travers la reconnaissance d'une obligation de protection des droits de l'enfant,, elles englobent des différences considérables dissimulées dans le particularisme national dans son ensemble, et dans l'universalisme de la Convention internationale des droits de l'enfant. Concrètement, la difficulté du législateur marocain en 2004 était celle d'introduire de nouveaux principes modernes reconnus par la CIDE et de les rendre compatibles avec un texte traditionnel qui connaît des limites en matière de reconnaissance des droits de l'enfant au sein de la famille.

**19.** En effet, cette méthode adoptée par le législateur marocain se manifeste systématiquement dans le préambule du texte qui affirme d'une part que : *« outre son souci d'équité à l'égard de la femme, le projet vise notamment à protéger les droits de l'enfant et à préserver la dignité de l'Homme sans se départir des dessins tolérants de justice, d'égalité et de solidarité que prône l'islam. Parallèlement, il fait une large place à l'effort jurisprudentiel de l'ijtihad et à l'ouverture sur l'esprit de l'époque et les exigences du développement et du progrès »* ; d'autre part, il souligne qu'il faut *« préserver les droits de l'enfant en insérant dans le code les dispositions pertinentes des*

---

<sup>28</sup> Salim DACCACHE, Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ?, Société, Droit et Religion, 2013/1, n° 3, p. 243.

<sup>29</sup> Rahma BOURQIA, Les valeurs : changements et perspectives, une étude réalisée dans le cadre du rapport 50 ans de développement humain, perspectives 2025. Disponible sur : [www.albacharia.ma](http://www.albacharia.ma).

<sup>30</sup> Il est à souligner que depuis l'indépendance du Maroc, la religion est présentée comme le fondement de la royauté pour les trois rois qui ont succédé ; d'ailleurs le Roi Mohammed V lors de sa cérémonie de désignation de son fils aîné Al-Hassan comme prince héritier, souligne cette importance et lui dit : « prends garde de ne jamais t'éloigner du chemin droit de l'islam ou de t'écarter de la voie des croyants (...). Fais du Coran la lumière qui t'éclaire quant tu te sentiras ancré dans la nuit du doute. Que ton modèle soit le messenger de Dieu et les califes bien guidés ». Youssef BELAL, L'islam politique au Maroc, in Pouvoirs 2013/2, n° 145.

*conventions internationales ratifiées par le Maroc... »*. En effet, ces deux perceptions différentes qui peuvent soulever plus de contradictions que de compatibilités, ont abouti à l'élaboration d'un texte hybride et passible d'interprétation entre le moderne et le traditionnel. Un paradoxe qui a fortement influencé l'introduction des quatre principes fondamentaux de la CIDE dans l'ensemble des dispositions relatives à l'enfant, faisant une division entre ceux qui peuvent être adoptés dans le cadre du respect de la religion musulmane, ceux qui viennent combler un vide juridique et ceux qui atteignent les limites de la spécificité du système marocain devant faire l'objet de rejet.

**20.** L'effort fourni par le législateur dans l'introduction des principes de la CIDE est clairement constaté dans la réforme du Code de la famille marocain de 2004, qui adopte pour la première fois des principes ayant permis la modification ou l'élaboration de nouvelles règles qui aspirent à la concrétisation des quatre principes de la CIDE dans le texte national. En revanche, il ne faut pas nier qu'il existe bien des limites non-négligeables en matière de prise en considération de ces principes, que certes, leur introduction a fortement influencé l'évolution des droits de l'enfant en droit de la famille mais que les limites de la spécificité de ce droit ont engendré des problèmes méconnus auparavant. Cette question de limite se manifeste spécialement dans la prise en considération de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est devenu aujourd'hui un principe fondateur de la famille contemporaine.

Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant est le seul principe auquel le législateur marocain fait référence d'une manière explicite dans le Code de la famille. En effet, dans le préambule du texte le législateur affirme que la préservation des droits de l'enfant doit répondre à l'esprit de la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, malgré cette référence, la prise en considération de la supériorité de l'enfant en matière familiale est spécialement plus complexe puisqu'elle incarne de nombreuses difficultés liées d'une part à l'absence d'une définition explicite par le texte international lui-même et par le cadre général de son application, d'autre part par la spécificité adoptée par le législateur marocain.

**21.** Dans l'une des observations du Comité des droits de l'enfant intitulée « le droit de l'enfant à avoir un intérêt supérieur pris en compte de façon primordiale »<sup>31</sup>, le Comité essaye d'apporter plus de clarté à ce principe et souligne que l'intérêt supérieur de l'enfant se définit d'une part par la prise en considération et l'établissement d'un lien entre ce principe et les autres principes généraux de la CIDE notamment la non-discrimination, le droit à la vie, à la survie et au développement, et son droit à la participation. D'autre part, le Comité affirme la participation d'autres éléments à la garantie de cette prise en considération notamment : « le contexte factuel particulier de l'affaire ; les éléments qui participent à l'évaluation de l'ensemble des intérêts supérieurs de l'enfant ainsi que la garantie de l'équilibre entre chacun de ces intérêts »<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> CRC/C/GC/14, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 intitulée « Le droit de l'enfant à avoir son intérêt supérieur pris en compte de façon primordiale ». Disponible sur : [https://bice.org/images/pièces-jointes/PDFs/3.plaidoyer/1.actualites\\_plaidoyer/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](https://bice.org/images/pièces-jointes/PDFs/3.plaidoyer/1.actualites_plaidoyer/CRC_C_GC_14_ENG.pdf).

<sup>32</sup> *Ibid.*

**22.** En effet, si cette interprétation permet d'apporter une clarté au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, néanmoins, son adoption et son efficacité font face à d'autres éléments qui influencent cette définition et qui peuvent être d'ordre spécifique à un droit interne. Tel est la différence entre les deux systèmes juridiques français et marocain où le premier incarne une prise en considération directe de l'intérêt de l'enfant à travers une application directe de l'article 3-1 de la CIDE relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ensuite, le cas du droit marocain qui conserve une double référence qui fait que l'effectivité du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant soit respectée dans un contexte et moins dans un autre.

**23.** Cette étude met en évidence d'abord les éléments participatifs qui ont permis aux deux systèmes juridiques d'adopter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de soulever les interprétations hétérogènes de la définition de l'enfant même, celle de « mère » ou de « père », ou encore des droits de l'enfant en général<sup>33</sup> et au sein de la famille dans chaque système juridique. En outre, cette perception influe inévitablement sur la notion de « l'intérêt de l'enfant » ainsi que sur « l'intérêt supérieur de l'enfant », qui dans l'absence d'une définition universelle permet à chaque Etat d'adopter le principe tout en émettant des limites adaptées à la spécificité de son système juridique. Ainsi, dans le cadre de cette spécificité peut-on considérer que la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant répond au même intérêt recherché et exigé par la CIDE ? Est-il possible d'adopter la suprématie de l'intérêt de l'enfant dans le cadre d'un droit familial traditionnel où l'individualisation des droits n'est pas encore concrétisée ? Peut-on évoquer une prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant sans pour autant garantir l'ensemble des éléments constitutifs de ce principe qui exigent l'application de l'ensemble des dispositions de la CIDE sans aucune limite ?

**24.** Pour apporter des réponses à ces questionnements, il s'agit donc dans cette étude de rassembler l'ensemble des éléments éparpillés qui permettent de se référer au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la famille et d'extraire dans le cadre d'une comparaison entre deux systèmes juridiques dissemblables qui « se révèle une heureuse source d'inspiration »<sup>34</sup> les méthodes de la prise en compte de cet intérêt supérieur de l'enfant, de sa mise en œuvre, de ses conséquences sur l'évolution du droit de la famille et enfin de ses limites avérées dans toutes les questions qui le concernent depuis sa naissance jusqu'à sa majorité.

**25.** En France comme au Maroc la définition concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant demeure inexistante rendant complexe sa prise en considération. Cette difficulté est celle d'une « imprécision et d'une neutralité de l'expression » qui, par son imprécision, permet d'une part son adaptation à tous les environnements qui sont toujours mouvants et à toutes les situations dans lesquelles l'intérêt de l'enfant fait objet. D'autre part, la neutralité permet à ce principe d'embrasser les valeurs actuelles de chaque société<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Jacques COMMAILLE, Les droits de l'enfant : Une universalité sans évidence, *in* L'enfant et les Conventions internationales, Colloque, sous dir Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Rainer FRANK, 1996, p. 15.

<sup>34</sup> Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, Invitation au droit comparé de la famille, *in* Liber amicorum en l'honneur de M.-T MEULDERS-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille, Bruylant, 1998, p. 297.

<sup>35</sup> Thèse, HONHON.

Dans ce sens le professeur Hugues FULCHIRON relève que « l'intérêt 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 savoirs, à une conception de la personne, de l'enfant et de la famille. Subjectivité individuelle, celle des pères et mères, de l'enfant et du juge ; subjectivité collective, celle d'une société, de l'image que se fait cette société de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même »<sup>36</sup>. Ainsi, en se référant à cette analyse, il devient facile de souligner les nombreux risques juridiques de cette imprécision dont les conséquences se manifestent systématiquement sur la prise en considération de cet intérêt et de la protection des droits de l'enfant.

Les risques juridiques évoqués dans ce sens ne sont pas identiques dans tous les systèmes juridiques et connaissent des degrés différents qui dépendent de l'ensemble des éléments cités par le professeur Hugues FULCHIRON qui accorde à « l'intérêt supérieur de l'enfant » un caractère souple et malléable. En effet, en France ces difficultés sont principalement limitées par l'applicabilité directe de la CIDE en général et de l'article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant en particulier par les tribunaux français qui a permis une introduction progressive dans les textes permettant donc d'apporter de plus en plus de précisions à cette notion qui est devenue indispensable et qui influe aujourd'hui sur d'autres institutions telles que le mariage, la filiation, le divorce, l'adoption ou encore la procréation.

**26.** En droit marocain les risques juridiques de cette imprécision sont plus lourds pour cause de la spécificité du système juridique adopté dont la double référence au droit positif et au droit musulman. De plus, l'absence d'une applicabilité directe de la CIDE empêche que la prise en considération de cet intérêt supérieur soit introduite dans toutes les institutions du droit de la famille. En effet, dans le système juridique marocain, deux considérations sont prises en compte afin de comprendre les conséquences de cette indéfinition : d'une part, la référence au droit musulman en matière familiale, de la perception de la famille, de l'enfant et de la notion de l'intérêt elle-même « *AL-MASLAHA* » qui en droit musulman répond plutôt à l'intérêt général de la communauté qu'à celui individuel de chaque personne au sein de la famille. D'autre part, l'ensemble des facteurs qui permettent d'influencer cette prise en considération et qui sont d'ordres sociologiques, politiques, économiques, idéologiques, psychologique, etc.

**27.** L'objectif visé par cette étude est de soulever les conséquences de l'imprécision de la notion l'intérêt de l'enfant et du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de cette spécificité qui accorde au législateur marocain la possibilité d'interpréter cet intérêt selon les principes adoptés en matière familiale dans le respect des normes religieuses sans que la ratification de la CIDE ne fasse pression d'introduction de ce principe. Autrement dit, l'imprécision du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit marocain permet aujourd'hui de répondre à une référence classique qui demeure liée à des dispositions relatives aux besoins matériels de l'enfant tout en négligeant son

---

<sup>36</sup> Hugues FULCHIRON, Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, Gaz. Pal., 08 déc. 2009, n° 342, p. 15.

besoin du développement psychoaffectif, ou sa protection contre les violences psychologiques. Une possibilité d'interprétation qui n'est pas toujours synonyme d'évolution ou de garantie des droits de l'enfant puisque l'analyse de cette prise en considération soulève de grands manquements quant au respect de cet intérêt dans de nombreuses questions fondamentales telles que le droit de la filiation, l'autorité parentale ou encore le droit des successions.

**28.** Le professeur Françoise DÉKEUWER-DÉFOSSEZ souligne que « *l'effectivité des droits de l'enfant garantie par la CIDE (...) n'est pas seulement une question de traduction normative. L'enjeu est surtout de savoir si dans les pratiques quotidiennes, cette nouvelle logique sera ou non mise en œuvre. Plus encore que l'effectivité juridique, l'effectivité pratique de la CIDE mérite attention* »<sup>37</sup>. Ainsi, la compréhension des limites de la prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une étude pratique de la mise en œuvre de cet intérêt. En effet, cette mise en œuvre n'est pas identique dans les deux pays que nous étudions, puisqu'en France l'effectivité de la CIDE dans son ensemble et du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en particulier ne connaissent pas de résistance puisque la primauté de la norme internationale sur les règles du droit interne est déjà concrétisée aboutissant donc à une applicabilité directe par le juge français. D'ailleurs, le revirement jurisprudentiel de la Cour de cassation à travers son arrêt du 25 mai 2005 reflète bien cette prise en considération directe des dispositions de la CIDE. Cependant, pour le juge marocain cette question d'applicabilité directe semble être encore lointaine dans le cadre d'un conflit continu entre l'applicabilité de la norme nationale et celle internationale. Le juge marocain se trouve toujours limité par la référence religieuse qui représente l'obstacle à son recours direct aux instruments internationaux, dans la mesure où ce recours ne peut être possible que lorsqu'il n'est pas contraire aux normes du droit interne.

**29.** L'effectivité de la norme internationale en droit interne est sans doute le reflet d'une évolution concrète des droits de l'enfant et donc de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne reste plus attaché à l'interprétation du juge où à la stagnation de l'évolution des droits de l'enfant dans un système quelconque. Ainsi, la comparaison entreprise dans cette étude permet de mettre en évidence les divergences qu'elles soient de références ou de stratégie adoptées en matière de protection des droits de l'enfant en général et dans sa famille en particulier, de souligner les priorités de chaque système juridique.

**30.** D'ailleurs cette question de priorité se traduit clairement dans des institutions telles que la filiation et l'autorité parentale. En ce qui concerne la première, l'objectif principal été celui d'établir une égalité des filiations à travers la reconnaissance de toutes les formes d'unions visant à protéger l'enfant et son intérêt. Tandis qu'au Maroc le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne s'applique pas à tous les enfants puisqu'il ne peut être pris en considération que dans le cadre d'une relation légitime entre les parents biologiques de ce dernier.

---

<sup>37</sup> Françoise DÉKEUWER-DÉFOSSEZ, Petites affiches, 07 octobre 2010, n° 200, p. 35.

Cette divergence de priorité peut également être soulevée en matière d'autorité parentale où la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant constitue en France « la pierre angulaire : elle en est la condition, le critère, la mesure et la fin »<sup>38</sup>, ce qui accorde au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant une valeur fondamentale et un critère à prendre en considération dans les conflits familiaux. Cependant, au Maroc la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière semble être à la traîne dans la mesure où le juge est tenu d'abord de respecter la spécificité de cette institution qui en droit musulman revêt un modèle différent fondé sur une inégalité de droits et de devoirs entre les parents.

**31.** Pour le juge marocain il est question d'introduire un principe moderne et contemporain dans des institutions traditionnelles permettant son adoption et son adaptation à un modèle familiale traditionnelle fondé sur le principe de l'intérêt général « *Al-maslaha Al-amma* » et donc intégrer une perception individualiste de l'intérêt dans une perception généraliste. Ainsi, il semble évident que l'étude du droit marocain de la famille ne peut être faite qu'à travers la source du droit musulman qui influence fortement les droits et la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge. Ce dernier dont le rôle est considéré de primordiale doit agir dans le respect « des dispositions culturelles en vigueur dans un État donné », ainsi l'étude de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la famille marocain permet de soulever le degré de détachement du juge marocain de l'influence culturelle dans l'objectif de garantir une meilleure prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**32.** Cela dit, l'étude comparative de l'intérêt supérieur de l'enfant entre le droit français et le droit marocain traduit deux idées principales : la première est que l'intérêt supérieur de l'enfant qui est devenu aujourd'hui un principe fondamental en droit de la famille n'est qu'un aboutissement de l'évolution des droits de l'enfant qui est, avant tout, une histoire de consécration ayant permis à travers des réflexions philosophiques de développer et d'adopter de nombreux textes qui reconnaissent à l'enfant des droits qui permettent sa protection dans toutes les questions qui le concerne. Parallèlement à cette évolution, la transformation de la famille dans certaines sociétés telle que la France a permis à ce principe de devenir un des éléments fondateur de la famille contemporaine et de sa branche de droit. Toutefois, dans d'autres sociétés notamment la société marocaine, l'évolution et la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière familiale se heurte au modèle familial traditionnel qui adopte une perception spécifique de cet intérêt et qui lui accorde donc un pouvoir d'influence nuancé dans l'évolution du droit de la famille (Première Partie).

La seconde idée est celle de la concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, si l'adoption de ce principe semble être une évidence dans les deux systèmes juridiques français et marocain à travers son introduction dans les textes nationaux. Son application et sa prise en considération connaît de nombreuses divergences dans la mise en œuvre du droit de la famille (Seconde Partie).

---

<sup>38</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, La famille, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 604, n° 1525.



## **Première partie : L'intérêt de l'enfant dans la construction du droit de la famille.**

33. La famille est une notion qui paraît évidente puisqu'elle existe dans toutes les sociétés et dont chacun connaît intuitivement le contenu. D'une manière générale, la conception de la famille évolue et varie selon les périodes et les environnements. Ainsi, la branche de droit qui lui est consacrée est considérée parmi « *Les notions mouvantes du droit* »<sup>39</sup>. Elle a subi plusieurs mutations durant ces dernières années dans l'ensemble des sociétés. Elle a connu l'influence de multiples facteurs qui participent à son évolution ; une évolution basée sur le changement des mœurs et des idées qui dépassent le modèle familial traditionnel. Avant de se pencher sur le rôle de la protection des droits de l'enfant dans l'évolution du droit de la famille, il serait important d'éclaircir la notion de la famille et son évolution dans les deux systèmes juridiques, afin de comprendre la place qu'occupe l'enfant au sein de la famille.

34. Dans son sens large, la famille est d'abord définie par le clan ou la tribu. Dans son sens réduit, la famille se rapporte à la famille nucléaire ou au groupe de personnes unies par des rapports de parenté ; d'alliance ou d'autorité légale de l'une d'entre elles<sup>40</sup>.

35. En droit français, il n'existe pas de définition de la famille. Cette dernière est considérée comme un phénomène social qui, pour exister, a conçu des règles afin de régir les rapports entre les personnes au sein de la cellule familiale et qui se divise en deux catégories : « *d'abord la famille étendue qui englobe toutes les personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance, sans limitation et la famille au sens étroit qui est limitée aux personnes vivant sous le même toit* »<sup>41</sup>. Cette famille au sens étroit reste le point de repère et de construction de tout être humain, un endroit d'apprentissage et de transmission des valeurs du respect de l'autre et de la solidarité<sup>42</sup>.

36. En droit marocain, la famille tire son origine principalement du droit musulman. En effet, elle est considérée comme l'unité sociale et le fondement de la société islamique, dont le seul cadre légitime est le mariage. Ainsi, la famille en droit musulman a connu de nombreuses transformations : d'une part des transformations issues des distinctions entre le chiisme et le sunnisme et les différences entre les quatre écoles : hanbalite, chafite, hanafite et malékite et d'autre part, des transformations d'ordre historiques et socioculturels.

---

<sup>39</sup> Pierre MURAT, Les sources du droit de la famille, Dalloz action droit de la famille, Dalloz, chapitre introductif, 6ème édition, n° 01, 12, 2013,.

<sup>40</sup> Jean CARBONNIER, Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, éd. PUF, PARIS, 1956, p. 758.

<sup>41</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, La famille, Lextenso éd., PARIS, 2011, p. 9.

<sup>42</sup> Chakira SAMINA, Le statut de l'enfant dans le droit comorien, thèse, Droit, Université de Perpignan, 2014, p. 48.

37. Jusqu'au XXe siècle, le Maroc a toujours été une société dotée d'un système familial patriarcal millénaire, lui-même inséré dans un ordre politique et économique marqué depuis trois ou quatre siècles par le manque d'innovation et d'évolution qui a fragilisé le pays<sup>43</sup>. Au lendemain de son indépendance en 1956, le Maroc, comme tout le reste des pays musulmans, a été obligé de développer et de codifier son arsenal juridique en entier. Le droit français a influencé cette codification et a participé à l'évolution de nombreuses questions notamment celle du droit de la famille.

Par ailleurs, le droit marocain ne donne aucune définition précise de la notion de la famille. En effet, il se réfère au droit musulman et au Code civil français qui considèrent la famille comme une structure se divisant en deux catégories : la famille nucléaire (qui se compose du père, de la mère et de l'enfant) et la famille élargie qui tient compte des autres membres du groupe.

38. La famille est donc une organisation sociale qui exerce de nombreuses fonctions dont deux qui demeurent essentielles à toute société et qui concernent principalement l'enfant. Il s'agit tout d'abord de sa fonction de reproduction et ensuite de sa fonction de socialisation<sup>44</sup>. Autrement dit, la présence de l'enfant dans la famille confirme l'existence et le fondement de cette dernière. Il est ainsi considéré comme le centre de gravité de la famille et fait naître des règles plus ou moins précises en droit.

39. Nous focaliserons notre étude sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'évolution et la construction du droit marocain de la famille en le comparant au droit français qui a été clairement influencé par la prise en compte de cette notion. L'analyse sera centrée sur l'enfant en tant que sujet familial, tout en écartant son analyse en dehors de la famille. L'objectif consistera à éclaircir nombreuses questions concernant l'enfant notamment : à quel point la prise en compte de la protection des droits de l'enfant participe-t-elle à l'évolution du droit de la famille ? Peut-on considérer l'enfant comme un moteur de changement de cette branche de droit ? Est-ce que le droit de la famille permet une meilleure protection des droits de l'enfant et la garantie de son intérêt supérieur au sein de la cellule familiale ?

Pour répondre à cette problématique nous allons, dans cette première partie, commencer par analyser l'enfant en tant que noyau de la famille en se basant sur l'évolution du droit de la famille ainsi que sur la création et la construction de cette dernière, prenant en considération l'émergence et l'évolution des droits de l'enfant au sein de la société en général et de la famille en particulier en ayant comme référence des principes fondamentaux tels que le droit de l'enfant à une famille et de son droit d'être protégé par cette dernière<sup>45</sup> (**Titre Premier**). Ce qui nous permettra, dans un second temps, de se pencher sur le passage de la protection des droits de l'enfant à la protection et la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de la famille (**Titre Second**).

---

<sup>43</sup> Nadira BARKALLIL, Le rôle de l'État dans l'évolution des systèmes de genre au Maroc, colloque international genre, population et développement en Afrique, Abidjan, 16 et 21 JUILLET, 2011.

<sup>44</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, La famille, 4<sup>ème</sup> éd., Lgdj, Paris, 2011, p. 7.

<sup>45</sup> CIDE.

## **Titre Premier : La protection des droits de l'enfant et la construction du droit de la famille.**

40. En droit français, l'organisation de la famille se base principalement sur « *l'alliance et la paternité qui contribuent clairement à déterminer le périmètre et le volume de la famille* »<sup>46</sup>. Le couple apparaît sous diverses formes : le mariage, le pacs ou encore le concubinage. Ces différentes modalités d'union permettent aux deux membres du couple de choisir le meilleur moyen de s'unir selon leurs propres motifs. De plus, ces formes d'union représentent une garantie des droits pour tous les membres au sein de celles-ci.

41. L'évolution des mœurs, de la société ainsi que du droit a permis l'acceptation des différents modes de parenté. Il en résulte que la naissance d'un enfant sous n'importe quelle modalité d'union ne fait plus figure d'exception<sup>47</sup>. Ce qui n'est pas le cas en droit marocain qui tient à garder le modèle traditionnel de la construction familiale où le mariage reste la seule forme d'une union légitime<sup>48</sup>. Ce désir de garder le mariage comme seule institution légale de la famille constitue encore aujourd'hui un obstacle à des réformes profondes en droit de la famille.

42. La place de l'enfant au sein de la famille dans les deux systèmes juridiques est, à l'évidence, régie par des règles qui regroupent de nombreuses divergences, notamment en ce qui concerne la construction de la famille, l'égalité des sexes et les droits de l'enfant. En effet, ce sont ces éléments qui contribuent à l'évolution de la famille et de sa branche de droit en général.

Pour mettre en évidence et étudier ces divergences, il importe d'aborder, dans un premier temps, l'évolution de la construction de la famille dans les deux systèmes juridiques et de montrer comment l'intégration et la prise en considération des droits de l'enfant a participé à l'évolution générale du droit de la famille (**Chapitre I**). Il sera ensuite utile d'étudier la place des conventions internationales relatives aux droits de l'enfant qui constituent un facteur d'accélération de la protection et de l'évolution des droits de l'enfant au sein de la famille (**Chapitre II**).

---

<sup>46</sup> Jean CARBONNIER, *op. cit.*, p. 393.

<sup>47</sup> Abla KOUMDAJI, Islam et parenté, *Revue internationale du droit comparé*, 2017, p. 308.

<sup>48</sup> Irène THERY, p. 161.



## **Chapitre I : La considération progressive des droits de l'enfant dans le droit de la famille.**

43. La transformation de la famille a conduit à la transformation et à l'évolution des droits de toutes les personnes qu'elle englobe. Tout comme les droits de l'enfant qui ont émergé à travers l'évolution de la famille et de ses règles. Pour bien analyser les droits de l'enfant au sein de la famille actuelle, il est important de faire un bref rappel de la situation de l'enfant dans l'ancien modèle familial traditionnel (occidental et musulman).

44. Si aujourd'hui, en France, l'enfant représente une place importante au sein de la famille moderne et qu'il en est considéré comme étant le noyau, dans le temps, il n'était perçu que comme une personne secondaire qui ne bénéficiait d'aucune protection spécifique. En effet, dans l'ancien droit de la famille romaine où la famille était centrée autour du père le *paterfamilias*, le père représentait la puissance paternelle, le pouvoir sur tous les membres de la famille en général et sur l'enfant en particulier (et ce, à partir de sa naissance). Le lien de filiation entre le père et le fils était volontaire, la parenté était légitime et la filiation par adoption était permise. De plus, le père avait un droit de vie et de mort sur ses enfants, ses petits-enfants, et tous ceux de sa lignée et le patrimoine appartenait uniquement au *paterfamilias*. Puis, peu à peu le testament qui permettra au fils d'hériter s'est imposé. Ainsi, le droit évolue et de nouvelles lois surgissent avec l'influence de la philosophie grecque et des religions orientales. La puissance paternelle s'affaiblit et le sort de l'enfant connaît encore une amélioration avec l'ajout des devoirs du père envers sa famille.

45. Le christianisme ne tarde pas à s'installer et à devenir une influence majeure dans les institutions et le droit. Pendant longtemps, l'Église va également influencer la construction de la famille et la place de l'enfant au sein de cette dernière et dans la société en général. En effet, l'Église va tenter d'imposer et de donner une valeur supérieure au mariage tout en interdisant le divorce. De plus, elle va bannir le concubinage et différencier les enfants légitimes des enfants illégitimes. L'enfant va conserver la même place au sein de la famille médiévale, marquée par la chute de l'Empire romain et par la présence de tribus germaniques de Gaule. Le droit canon va insister sur le rôle et les devoirs des parents envers leurs enfants.

46. À la fin de l'Ancien Régime, qui est considéré comme un régime strict, nous assistons à l'augmentation du nombre d'enfants illégitimes, d'où l'expression d'« enfant naturel ». À partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, les enfants vont prendre petit à petit une place importante au sein du couple. L'institution de la famille va connaître une autre évolution liée à la Révolution qui va mettre en place de nouveaux principes dont l'égalité et la liberté qui s'installent au sein du couple.

La puissance paternelle s'affaiblit, l'adoption est rétablie. Il en sera de même avec le Code civil qui va individualiser les droits ; le sort de l'enfant sera alors amélioré.

47. Le XXe siècle va marquer un tournant pour la famille au niveau de sa construction et de sa fonction. En effet, à partir de 1960, la société va connaître une augmentation flagrante du nombre de concubinages, de divorces par consentement mutuel, ainsi que de naissances hors mariages. Ces changements bouleversent le modèle familial existant et mettent en place l'apparition de nouvelles formes familiales.

48. De son côté, la famille marocaine a également connu une évolution grâce à l'histoire et aux changements des mœurs. Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, ce modèle familial se base principalement sur la conception musulmane de la famille avec un changement dû à l'influence du droit français et du droit international.

49. Dans les pays musulmans, la construction de la famille connaît en général une force religieuse et morale plus importante que celle des pays occidentaux et l'évolution des droits de chaque membre de la famille diffère. La religion musulmane est considérée par ses fidèles comme une religion de soumission volontaire et complète à Dieu ainsi qu'un mode de vie complet englobant tous les aspects, y compris la vie familiale.

Dans la majorité des pays arabo-musulmans et notamment le Maroc, la construction de la famille se base principalement sur un texte divin qui est le Coran et sur les traditions prophétiques. Elle désigne une structure dont les membres sont liés les uns aux autres par des liens de sang ou de relations conjugales prescrites et réglementées par la religion. Ainsi, il est important de rappeler que la religion musulmane est venue réformer un système existant à l'époque préislamique qui est à l'origine un système patriarcal et qui ne procure aucun statut juridique ni à la femme ni à l'enfant. Cette religion a pu encadrer de nombreuses situations notamment la polygamie, l'héritage, ainsi que la place de la femme et de l'enfant au sein de la société. Par ailleurs, malgré l'évolution apportée par cette religion, le rôle de la femme reste inférieur à celui de l'homme qui conservait seul le principe de la parenté.

Pour bien mener cette étude comparative sur l'évolution du droit de la famille et de la protection des droits de l'enfant, il importe d'étudier d'abord l'évolution qui s'inscrit dans le passage de la famille d'un modèle traditionnel à un modèle moderne reconnaissant les droits de chaque membre au sein de la famille (**Section 1**). Il conviendra ensuite d'étudier l'intégration des droits de l'enfant dans le droit de la famille et la difficulté que rencontre le système juridique Marocain pour harmoniser une conception traditionnelle religieuse de la protection des droits de l'enfant et une conception plus moderne fondée principalement sur les textes et les principes internationaux (**Section 2**).

## **Section 1 : L'évolution de la famille d'un modèle traditionnel à un modèle moderne.**

**50.** En France, la construction de la famille est passée d'un modèle traditionnel soumis à des défis de survie, basé sur la reproduction de la vie et de la transmission d'un patrimoine biologique, matériel et symbolique<sup>49</sup> à un modèle moderne. Cette modernisation est venue modifier au fil des temps tous les liens existant entre les membres de la famille en transformant d'une part les relations entre les couples et d'autre part les relations entre les parents et leurs enfants. Ce long processus d'évolution a remis en cause le modèle traditionnel, qui est né par le mariage, pour aboutir à un modèle familial différent où l'on parle de familles éclatées, décomposées et recomposées<sup>50</sup>.

**51.** Au Maroc, qui est un pays de tradition musulmane, la construction de la famille ne peut pas exister sans évoquer l'institution du mariage. Cette dernière est considérée comme la cellule de base et le fondement de la famille ; sans cette institution le droit marocain ne reconnaît pas la construction de la famille légale. Cependant, bien que le Maroc ait gardé un modèle qui se base rationnellement sur le couple marié, il a quand même vu évoluer son institution du mariage ainsi que son droit de la famille en général. La compatibilité de l'institution du mariage dans les deux systèmes juridiques et son rôle commun dans la construction de la famille à travers l'histoire permettra l'étude de l'évolution du droit de la famille et la transformation sociale qu'ont subi les deux pays. En effet, afin de comprendre la construction de la famille, il faudra revenir sur l'évolution de la famille d'un modèle traditionnel à un modèle moderne à travers l'institution du mariage (**Paragraphe 1**), pour ensuite évoquer l'émergence des droits de l'enfant et leur intégration dans le droit de la famille (**Paragraphe 2**).

---

<sup>49</sup> Jacques GRANDMAISON, Les différents types de familles et leurs enjeux, présentation Ed. Fidés, 1993, p. 9.

<sup>50</sup> Marie-Hélène RENAUT, Histoire du droit de la famille, édition Marketing S.A, 2012, p. 4.

## **Paragraphe 1 : La construction de la famille.**

**52.** En France, depuis quelques décennies, le couple en général et le mariage en particulier ont subi d'importantes transformations qui se traduisent par les nombreuses réformes introduites au Code civil depuis 1804. En effet, la Révolution française a pu changer la conception du mariage et rompre avec l'ordre supérieur et harmonieux qui dépassait les individus. Le mariage est devenu une représentation de la liberté individuelle qui prévaut sur le groupe social. Pour cette raison, le législateur a tenu le rôle de réglementer et de diriger les rapports familiaux afin de garantir un modèle « d'existence du groupement familial tel que l'ont formé la religion, les mœurs, les conditions de travail et que l'a conservé la tradition »<sup>51</sup>. De plus, cette institution qui est considérée par le doyen CARBONNIER comme « *Un pilier du droit* », va tenter de mettre en place un équilibre entre les membres de la famille à travers l'élaboration de ses règles. Cet équilibre va être encore une fois bouleversé par l'intégration de nouveaux principes qui vont transformer les relations entre les membres de la famille<sup>52</sup>.

**53.** Au Maroc, la famille a subi le même chemin d'évolution à vouloir garantir une égalité entre les membres de la famille et en répondant principalement aux revendications féministes vers une réforme du statut personnel. Par ailleurs, la famille est considérée jusqu'à nos jours comme le pilier de la société et dont la seule union légitime pour sa construction reste le mariage. Cette conception familiale trouve sa source dans le droit musulman, qui considère le mariage comme un lien sacré distinguant la famille légitime fondée légalement de tout autre rapport charnel entre hommes et femmes qui reste strictement interdit en islam.

À partir de cette institution qui est représentée comme le fondement commun de la famille et de son évolution dans les deux systèmes juridiques, il convient de retracer cette évolution dans son cadre historique basé sur une vision purement morale et religieuse (A). Afin de bien étudier le rôle de l'institution du mariage dans l'évolution du droit de la famille, nous tiendrons compte des éléments qui ont contribué à son évolution, à travers une lecture juridique, sociale et religieuse qui nous permettra d'analyser son passage vers une dimension moderne (B).

---

<sup>51</sup> Georges RIPERT, Jean BOULANGER, Traiter de droit civil d'après le traité de Planiol, introduction générale, organisation, organisation judiciaire, institutions juridiques, les personnes, état, famille, incapacité, PARIS, LGDJ, T 1, 1956.

<sup>52</sup> Le mariage est considéré comme l'institution qui articule les liens des membres au sein de la cellule familiale, lien conjugal, lien de filiation et lien fraternel.

### ***A-Le mariage, une dimension morale et religieuse.***

**54.** Le mariage est considéré comme une union sociale qui demeure irréductible. Historiquement, il est perçu comme l'acte qui permet le fondement et la continuité de la famille. Le mariage en Occident en général et en France en particulier découle de trois éléments différents : l'élément romain, l'élément chrétien et l'élément germanique<sup>53</sup>. Le mariage d'aujourd'hui en est une combinaison. En effet, il rassemble la légitimité du mariage romain basé sur le consentement<sup>54</sup> puis celle basée sur la consommation du mariage, tirée des coutumes germaniques et enfin il épouse la conception religieuse chrétienne. Selon le doyen CARBONNIER, l'approche proprement juridique de l'institution du mariage ne pourrait refléter une vision complète sans prendre en considération d'autres liens que le lien juridique, notamment les liens de la religion et de la morale qu'il juge être parfois par-dessus la règle de la loi<sup>55</sup>. En effet, le droit canonique a fortement influencé le droit matrimonial français et ce dernier a été exclusivement régi par l'Église du XIe au XVe siècle.

**55.** Selon le droit chrétien le but suprême de cette indissoluble union qu'est le mariage n'est pas seulement d'assurer la continuité humaine, mais également de permettre aux époux des grâces afin de diriger la famille vers un perfectionnement moral et religieux<sup>56</sup>. La recherche de cette perfection religieuse a permis à l'Église de jouir d'un pouvoir et d'une influence sociale et politique importante au sein de la société, en se basant sur les enseignements de la Bible et de l'Évangile. Ainsi, l'Église a réussi la création d'une nouvelle conception qui intègre les règles du droit romain et qui ne heurte pas les principes religieux chrétiens tels que la monogamie, le consentement et l'âge minimal requis<sup>57</sup>.

**56.** Par ailleurs, la conception du mariage construite par le droit chrétien repose sur trois points principaux notamment : l'institution du mariage par Dieu entre deux personnes - ce qui confirme l'union monogame qui existe dans le droit romain -, l'indissolubilité du mariage et la condamnation du divorce et enfin l'élément spirituel qui est le *sacramentum* qui symbolise l'union du Christ et de son Église<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Marie-Hélène RENAUT, *op. cit.*, p. 21.

<sup>54</sup> Un acte basé sur le consentement des époux ou du *paterfamilias* et qui ne se base pas sur la cohabitation ou l'union sexuelle.

<sup>55</sup> « Par-dessus le lien juridique, il y a un autre lien, religieux ou moral selon les cas, plus solide, plus étroit, plus exigeant (...). Un lien matrimonial ne tient pas seulement son importance de la réglementation propre qu'il édicte, mais aussi des normes de conflits par lesquelles il concède ou dénie une sphère d'application à d'autres règles venues de plus haut » Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in le droit français au milieu du XXème siècle. Etudes offertes à Georges RIPPERT, Paris LGDJ, T. I, 1950, p. 337.

<sup>56</sup> Le mariage chrétien et le mariage civil, p. 6. Disponible sur : <https://books.google.fr/books?id=iQL-AAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=le+mariage+chretien&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKewjOiIjyysjaAhULvRQKHQHQBdMQ6AEIODAD#v=onepage&q&f=false>.

<sup>57</sup> Pierre DAUDET, Étude sur l'histoire de la juridiction matrimoniale, I, Les origines carolingiennes de la compétence exclusive de l'Église, thèse, Paris, 1933 ; L'établissement de la compétence de l'Église en matière de divorce et de consanguinité, Paris, 1941.

<sup>58</sup> Geneviève SERRIER, De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement, et plus particulièrement de la doctrine augustinienne des biens du mariage, thèse, Nancy, Paris éd. De Boccard, 1928.

57. Selon la doctrine de saint Augustin<sup>59</sup>, le mariage se fonde sur la réunion de trois vertus qui sont : la procréation, considérée comme un devoir pour les époux sur cette terre et « *le seul dont Dieu ait parlé au moment de la création du monde : « croissez, multipliez et remplissez la terre»*»<sup>60</sup>, puis la fidélité qui naît du pacte conjugal et représente une importance juridique capitale dans la présomption de paternité et enfin le sacrement qui est l'élément spirituel et qui s'introduit au-delà de la volonté des époux afin de représenter le mariage comme un symbole d'union éternelle. Cet élément spirituel représente la supériorité du lien du mariage et permet son maintien. De plus, à travers ces trois éléments, la doctrine chrétienne a modifié la conception du mariage passant d'une union qui permet principalement la procréation et où le rôle de la femme reste traditionnel dans son rôle de génitrice, à un aspect sacramental qui met en évidence le rôle et la valeur de chaque personne au sein du couple<sup>61</sup>.

58. La conception religieuse et la construction du contrat du mariage ont suscité quelques discussions et ont créé différentes théories. En effet, de nombreuses thèses ont confirmé l'indépendance du caractère religieux qui est le sacrement par rapport au caractère juridique qui est le contrat du mariage. Selon certains théologiens<sup>62</sup>, la conclusion du contrat du mariage transforme ce dernier en un lien indissoluble et le caractère de sacrement vient rendre le mariage gracieux. Pour d'autres théologiens<sup>63</sup>, le caractère religieux et celui du droit sont inséparables, c'est pourquoi le contrat du mariage ne peut être valide sans le consentement et le sacrement dans le contrat. En outre, cette particularité de rendre les deux éléments inséparables a permis à l'Église de contrôler la conclusion du mariage et d'annuler ce dernier en cas de nullité du sacrement.

59. Dans le même ordre d'idées, il est clair que la formation du lien matrimonial a connu l'influence de deux éléments, l'élément canonique avec le décret de Gratien<sup>64</sup> et l'élément théologique avec les sentences de Pierre Lombard<sup>65</sup>. En effet, Gratien va venir concilier deux visions divergentes en matière matrimoniale, notamment celle qui confirme que le mariage se forme par le seul consentement des époux et celle qui consiste à confirmer la formation du mariage par la *copula carnalis*. En outre, il mettra en place une distinction entre : le mariage qui se base sur les fiançailles : le mariage *initiatum* ; le mariage confirmé par le consentement : le mariage *ratum* et puis le mariage consommé par la *copula carnalis*. En effet, selon Gratien, le consensualisme combine la tradition germanique du consentement et les textes religieux qui confirment l'indissolubilité de l'union<sup>66</sup>.

---

<sup>59</sup> Saint Augustin est le premier à établir un lien entre le sacrement et l'indissolubilité du mariage en expliquant explicitement et harmonieusement les biens du mariage.

<sup>60</sup> Dyaa SFENDLA, Thèse, *op. cit.*, p. 44.

<sup>61</sup> Marie-Hélène RENAULT, *op. cit.*, p. 25.

<sup>62</sup> VIGOR, GEBENNENSIS.

<sup>63</sup> Petrus FERNANDEZ.

<sup>64</sup> Evêque de Vérone, professeur de droit canon à Bologne, il met en place un ouvrage qui rassemble tout le droit de l'Église.

<sup>65</sup> Marie-Hélène, *id, ibid.*

<sup>66</sup> Un autre auteur du XVIIe siècle, Antoine Loysel va confirmer cette vision par la formule « *Mariages se font au ciel et se consomment sur la terre* ».

60. Par ailleurs, pour Pierre Lombard le mariage est considéré comme une union des corps autant que des âmes et sa doctrine de consensualisme est fidèle à celle du droit romain, en mettant en avant le consentement des époux sans faire de la *copula carnalis* un critère de fondement du lien matrimonial. D'ailleurs, Lombard distingue deux moments de consentement « *le consentement du futur : erba du futuro ou les paroles de la future promesse pour l'avenir qui fait des fiancées ; et le consentement du présent : Verba de praesenti ou les paroles du présent, le mariage proprement dit qui fait des époux* » À la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, le mariage chrétien est régi par des règles précises : c'est un mariage monogamique, consensuel, indissoluble et sacramental.

61. Ainsi, l'existence de ces différentes doctrines va pousser les canonistes et les théologiens à intégrer le consentement mutuel au mariage qui est une conception romaine afin qu'il soit actuel, réel et non vicié. La combinaison de ces conditions va faire naître deux nouvelles idées : le mariage, institution naturelle relevant du droit des personnes, est donc de compétence et de caractère laïc ; d'autre part, la source de la famille qui reste le fondement de la société et des États, le mariage doit relever d'ordre séculier. La combinaison de toutes ces règles a permis au mariage d'échapper aux seules instances de l'Église et s'est articulée autour de la formation du mariage sous forme de contrat ce qui constitue toujours une union de formation de la famille.

62. Par ailleurs, l'institution matrimoniale marocaine revêt un aspect religieux ; le droit musulman et la morale coranique constituent jusqu'à nos jours le fondement des règles qui régissent la constitution de la famille. Cette organisation familiale islamique se base uniquement sur le mariage qui est légitime et qui est considéré comme le seul lien fondateur de la famille. La loi islamique<sup>67</sup> est venue réglementer et modifier des règles déjà existantes dans la société préislamique. En effet, la conception de la famille en général et du mariage en particulier était auparavant différente. À l'avènement de la religion musulmane, de nouvelles règles sont apparues, principalement celles qui régissent le fondement de la famille. Avant l'arrivée de l'islam, le fondement de la famille dans les terres de l'Arabie préislamique connaissait d'autres formes d'organisation basées sur les traditions et les mœurs de chaque tribu dont l'islam a pu garder la pratique de nombreuses d'entre elles. En outre, l'apparition de l'islam est venue réglementer ou interdire certaines pratiques notamment : interdire le mariage à durée déterminée, le mariage à but procréatif, l'union libre<sup>68</sup> et d'autres types d'unions qui étaient pratiqués. Parmi les plus grandes réformes que l'islam a pu mettre en place, nous pouvons citer la limitation de pratique de la polygamie qui était auparavant illimitée et implantée dans les mœurs, représentant alors un rôle social important. De même pour l'interdiction de l'infanticide<sup>69</sup> qui était pratiqué sur les filles et dont la naissance était considérée comme une humiliation pour la famille.

---

<sup>67</sup> En langue arabe « *la chariâ* » représente la route ou le chemin, la voie, la direction à suivre des croyants « *vers la lumière divine ou le chemin vers l'abreuvoir* ». Selon Hachiya RADD al-muhtar, cité par Nawel GAFSIA, l'intervention coloniale du mariage musulman le cas tunisien, Paris, Lextenso édition, 2008, p. 35.

<sup>68</sup> Imad. KHILLO, « *Conjugalité et concubinage dans le monde musulman : de la loi religieuse à la réalité sociale* », Annuaire droit et religion, PUAM, 2010-2011, vol. 5, p. 277.

<sup>69</sup> Une condamnation divine à travers le verset 58 de la sourate AL-NAHL (les abeilles), « *lorsqu'on annonce à l'un d'eux la naissance d'une fille, son visage s'assombrit, il suffoque, il se tint à l'écart loin des gens à cause du malheur* »

63. En n'opérant pas de séparation entre la disposition juridique, la règle morale et la prescription religieuse<sup>70</sup>, l'islam a, dès son arrivée, donné un caractère moral et religieux très important à l'institution de la famille en général et à celle du mariage en particulier. Il lui a également attribué une importance sociale afin que le cadre familial représente aussi l'unité politique et permette la transmission des valeurs communes.

64. Le caractère religieux de la construction familiale en islam a influencé les rapports sociaux et juridiques entre les membres de la famille. Cette dernière est considérée comme traditionnelle et patriarcale, marquée par une forte hiérarchie des personnes et de leurs droits et devoirs. Chaque individu n'existe qu'au travers de son appartenance à un groupe ou à une hiérarchie et le bien de la famille devance celui de l'individu. Les membres de la famille sont historiquement et traditionnellement compris au sens large du groupe.

65. En outre, en droit musulman, l'institution du mariage garde l'exclusivité du principe de légitimité du lien matrimonial. Cette légitimité est justifiée par l'interdiction des rapports sexuels entre hommes et femmes en dehors du cadre du mariage<sup>71</sup>. Ce dernier est considéré comme un contrat synallagmatique qui met en place des droits et des devoirs entre les époux<sup>72</sup>.

Ces règles de conduite qui sont édictées soit par le Coran soit par des *hadiths*<sup>73</sup> vont former une réglementation très complète du mariage. En effet, la notion du mariage apparaît plus de quatre-vingts fois dans le texte coranique<sup>74</sup> pour régler ou prohiber des rapports entre les membres de la famille afin que sa construction réponde à la pureté réclamée par la religion musulmane.

66. Le mariage en islam est principalement un acte de foi qui doit être fondé sur l'affection et la miséricorde<sup>75</sup>. L'expression désignant le mariage « *âqd'an-nikah*<sup>76</sup> » ou « *le Nikah* » signifie deux actes liés à ce terme qui sont : la formation du lien matrimonial et la relation sexuelle. Ces deux actes représentent le fondement de la conception musulmane du mariage<sup>77</sup>.

---

qui lui été annoncé, va-t-il conservé cette enfant malgré sa honte ou bien l'enfuira-t-il dans la poussière, leur jugement n'est-il pas détestable ? ».

<sup>70</sup> Abd-al-ati AMMUDAH, Family structure in Islam, American trust publications, 1977, p. 15-16.

<sup>71</sup> « L'islam considère l'acte sexuel comme une nécessité physique et morale qui doit être dans le cadre du mariage afin de permettre aux croyants de satisfaire leur sensualité dans des conditions approuvées par la volonté divine », Nawel GAFSIA, *op. cit.*, p. 49.

<sup>72</sup> C'est le *malak* qui signifie l'acquisition et la jouissance de droits.

<sup>73</sup> Le hadith est « le récit, le propos (...) est employé avec l'article *al-hadith* pour désigner la tradition rapportant les actes ou les paroles du prophète, ou son approbation tacite de paroles ou d'actes effectués en sa présence », J. ROBSON, Hadith, Encyclopédie de l'islam, nouvelle Edition, Tome III, Leyede, E.J.Brill, Paris, G-P. Maisonneuve et Larose S.A, 1990, p. 24 et suiv.

<sup>74</sup> Des composés de la racine Z-W-J, et N-K-H qui expriment l'union physique.

<sup>75</sup> Coran, XXX-1, « ...d'avoir créé pour vous des épouses issues de vous, afin que vous vous reposiez auprès d'elles et d'avoir mis en vous affection (Mawadda) et miséricorde (Rahma).

<sup>76</sup> *Aqd' an-nikah*, signifie littéralement : le contrat légalisant des relations sexuelles.

<sup>77</sup> Nawel GAFSIA, L'intervention coloniale du mariage musulman le cas de la Tunisie, *op. cit.*, p. 48.

Ainsi, ce dernier indique le seul cadre licite <sup>78</sup> dont l'objectif principal est d'avoir des enfants légitimes afin « *d'accroître la communauté des croyants, et favoriser la dévotion à Dieu en évitant le Zina* »<sup>79</sup>. Cette conception de légitimité et d'importance donnée au mariage est justifiée par la volonté principale de la religion musulmane, tout d'abord de réglementer la sexualité et ensuite de faire du mariage un acte social et spirituel que chaque musulman est obligé de respecter. Selon le savant AL-GHAZALI « *le mariage est une grâce admirable de Dieu qui a imposé à ses créatures un désir sexuel qui les oblige par-là, malgré leur volonté à assurer la continuité de leur descendance* »<sup>80</sup>.

67. L'importance spirituelle et l'alliance sacrée sont confirmées par de nombreux versets dont : « *et de toute chose nous avons créé deux éléments de couple* » ; « *louange à celui qui a créé d'eux-mêmes tous les couples de ce que la terre fait pousser et de ce qu'ils ne savent pas* » ; « *Un des signes est qu'il a créé pour vous des épouses de votre espèce pour que vous reposiez auprès d'elles, et il a établi entre vous de l'amour et de l'affection mutuelle. Il y a là un signe pour un peuple qui réfléchit* »<sup>81</sup>, ainsi que par des hadiths qui confirment cette sacralité, dont ceux du prophète Mohammed : « *qui se marie a préservé la moitié de sa religion* » ; « *il n'est pas une institution établie sur terre qui soit plus aimée d'Allah que le mariage* »<sup>82</sup>, ou encore « *quiconque parmi vous est capable, doit se marier* »<sup>83</sup>. Ces derniers ont transformé l'institution du mariage en une obligation qui confirme un acte de foi entre le musulman et son seigneur, et en un contrat entre les individus.

Ainsi, de ces textes sacrés découlent le fondement de la conception musulmane de la famille et le principe selon lequel le mariage reste la seule institution qui permet l'union de deux personnes de sexes opposés, ceci dans le but de fonder une vie commune symbolisée par le bien commun qui signifie « *tout ce que l'on peut reconnaître comme étant source de bienfaits pour les êtres humains, et le terme désigne aussi tout ce que la raison reconnaît comme étant juste et dans l'intérêt de tous* »<sup>84</sup>.

68. Toutefois, la conception musulmane du mariage a influencé la place de la femme et de l'enfant au sein de la famille. Dès l'avènement de l'islam, la femme acquiert une personnalité juridique et elle a « *pendant sa vie les mêmes devoirs religieux que l'homme : prière, jeûne, aumône, pèlerinage et fournitures aux guerriers (djihad)* »<sup>85</sup>. Cependant, les règles mises en place ne vont pas mettre en évidence une égalité entre l'homme et la femme dans leurs droits et devoirs au sein de la famille et de la société. Cette inégalité se confirme d'abord par le fait que le Coran s'adresse principalement aux hommes et se traduit explicitement dans de nombreux versets notamment : « *Les hommes ont autorité sur les femmes à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au-*

---

<sup>78</sup> Dans le cadre de la formation du lien matrimonial, l'absence de consommation entraîne des conséquences juridiques fondamentales. La consommation du mariage est considérée comme une condition primordiale.

<sup>79</sup> AL-GHAZALI, Des vertus du mariage, éd., Alif librairie, 1997, p. 27.

<sup>80</sup> AL-GHAZALI, Le livre des bons usages en matière de mariage, trad. BERCHER et BOUSQUET, 1953, p. 6.

<sup>81</sup> Coran, Sourat « les romains », Verset 21.

<sup>82</sup> *Muslim, Sahih, éd. Alhadith, n° 2485.*

<sup>83</sup> Sahih ALBOUKHARI, traduit par O. Houdas et W. Marçais, éd. Maison d'Ennour, 2007, T. III, p. 706.

<sup>84</sup> ASMA LAMRABET, Femmes et hommes dans le coran : Quelle égalité ?, Paris, éd. Dar albouraq, coll. « la croisée des chemins », 2012, p. 76, cité par : Dyaa SFENDLA, *op. cit.*, p. 77.

<sup>85</sup> François PAUL BLANC, Introduction à l'étude du droit musulman, 2<sup>ème</sup> éd., éd. Sirey, Paris, 1987.

*dessus de celles-ci et parce que les hommes emploient leurs biens pour les dépenses de leurs femmes. Les femmes vertueuses sont obéissantes et soumises »<sup>86</sup>, ou encore « Les femmes ont des droits équivalents à leurs obligations, conformément à la bienséance. Mais les hommes ont cependant une prédominance sur elles »<sup>87</sup>.*

**69.** Dans la religion musulmane, le rôle de la femme apparaît nettement inférieur à celui de l'homme et il devient plus important lorsqu'elle réalise sa fonction considérée comme naturelle et principale qui est d'avoir des enfants afin de donner des héritiers à la famille et d'agrandir la communauté musulmane<sup>88</sup>. La procréation et la place des enfants sont très importantes dans la société musulmane ; elles forment un lien crucial entre les générations<sup>89</sup>. Ces dernières représentent la puissance et la richesse familiale. Ce qui est confirmé dans le Coran par : « *Les biens, les fils sont la parure de la vie immédiate...* ». L'enfantement est l'ultime récompense divine dans la mesure où chaque naissance permet d'assurer la transmission du nom et des biens de la famille.

### ***B-Vers une dimension moderne.***

**70.** En France comme au Maroc, la famille va subir de nombreux changements modernisant les règles qui régissent les rapports de ses membres. Cependant, ces changements ne se feront pas sous le même angle d'évolution. En France, la soustraction progressive du caractère religieux de la matière matrimoniale va clairement accélérer le passage de la famille traditionnelle à la famille moderne.

**71.** Entre la Renaissance et la Révolution française, la famille sera témoin du passage vers l'absolutisme de la monarchie. L'autorité royale prépare progressivement la laïcisation de nombreuses questions dont la question familiale. L'Église considérait le mariage comme un sacrement construit sur le consentement des époux et l'unique fondement de la famille. Cependant, le changement social que va subir la société française notamment avec les guerres et les migrations multipliera les situations de concubinages, de mariages clandestins ou encore des situations de bigamie<sup>90</sup>. La monarchie imposera à travers l'ordonnance de Blois de 1579 complétée par celles de 1639 et 1697 un caractère laïc ou civil à l'institution du mariage. Le roi imposera l'obligation de l'accord des parents sur le mariage de leurs enfants. Ces derniers étaient en effet jusqu'alors sous une puissance paternelle renforcée. Ainsi, le divorce était encore impossible et la place de la femme était inférieure à celle de l'homme. Bien entendu, la situation de la femme connaissait des disparités selon son lieu de vie (en province ou en ville).

---

<sup>86</sup> Sourate, an-nissa, (Les femmes), verset : 34, Saint Coran.

<sup>87</sup> Sourate II, 228. Figure dans le contexte de la répudiation où l'époux est le maître de la décision.

Marie-Thérèse URVOY, La morale conjugale dans l'islam, éditions du Cref, Revue d'éthique et de théologie morale, 2006, n° 240, pp. 9 à 34.

<sup>88</sup> Azdeh KIAN-THEBAUT, L'islam, les femmes et la citoyenneté, éd. Le seuil, 2003/1, n° 104, p. 208.

<sup>89</sup> « *L'enfant est la personne qui lie le présent au passé et au futur* », Elizabeth WARNOCK FERNEA, « *childhood in the muslim Middle East*, dans Elizabeth WARNOCK FERNEA dans children, 1st ed, University of Texas press, 1995, p. 5.

<sup>90</sup> Valérie RONGIER, L'insaisissable famille, thèse, Université LE HAVRE, soutenue le 14 décembre 2015, p. 14.

72. Ce parcours de modernisation de la famille traditionnelle vers une famille contemporaine va continuer avec la Révolution française. Une évolution qui s'imposera au nom de deux grands principes : la liberté et l'égalité. Deux idées maîtresses sur lesquelles le législateur s'est appuyé afin de mettre en place un équilibre entre tous les membres de la famille, au nom de la liberté individuelle et de l'épanouissement de chacun au sein de la famille. Cette dernière va connaître une transformation progressive à travers la mise en place du contrat qui devient le fondement de toute chose. L'application de la liberté et de l'égalité va se traduire directement par la construction du lien matrimonial qu'est le mariage, qui devient un acte civil et qui peut être ou non un mariage religieux<sup>91</sup>. La relation parent-enfant, quant à elle, est améliorée. L'adoption est rétablie par la loi du 18 janvier 1792 et l'autorité parentale s'affaiblie ; l'enfant est protégé et sa correction est soumise à une décision du tribunal. L'égalité dans la fratrie sera prise en compte et la différence entre l'enfant naturel et l'enfant légitime est supprimée. Le code napoléonien va confirmer l'individualisation au sein de la famille, mais ne reconnaît que la famille nucléaire constituée du père comme chef de la famille, de la mère et des enfants.

Le rôle du mari et son autorité sont affirmés par rapport à la femme qui n'a aucun statut juridique et l'autorité parentale est renforcée. L'adoption qui était possible et facile sous la Révolution, est limitée et conditionnée dans le Code civil. L'enfant adopté a droit à la succession mais n'intègre pas la famille de l'adoptant. La hiérarchie entre les différentes filiations est rétablie.

73. La famille a connu d'autres réformes avant d'arriver à la famille contemporaine actuelle. Ces réformes se basent principalement sur l'évolution économique et sociale que va connaître la société française, notamment le rôle de la femme qui devient plus important au sein du ménage. De plus, l'autorité parentale est atténuée avec le départ des enfants du foyer pour travailler loin de leurs parents. Le XXe siècle marque l'évolution de l'institution de la famille en général ; les mœurs évoluent et les premières réformes visent à atténuer les disparités de droit entre l'homme et la femme ainsi que l'amélioration des relations parents-enfants.

Si le droit de la famille en France a été influencé par de nombreux événements historiques qui ont contribué à son évolution, notamment la Révolution ou le code Napoléonien, le droit marocain, quant à lui, a connu des circonstances différentes qui ont mené à une évolution qui n'est pas aussi spectaculaire qu'en droit français mais qui reste importante par rapport à d'autres pays arabo-musulmans. Jusqu'au XXe siècle, dans la région du Maghreb en général et au Maroc en particulier, il existait « un pluralisme législatif », à l'intérieur duquel chaque groupe choisit son droit applicable selon son appartenance ethnique et culturelle. En effet, « *La communauté juive se trouve ainsi régie dans une large mesure, par la loi judaïque ; les populations de culture berbère relèvent, dans des mesures variables, des coutumes régionales et les étrangers non musulmans se*

---

<sup>91</sup> Yves. BRULEY, Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », Napoléonica, la revue 2012, n° 2, pp. 111-126.

*trouvent en partie gouvernés par des lois étrangères* »<sup>92</sup>. Toutefois, les questions familiales étaient régies uniquement par les prescriptions coraniques. À cette époque il n'existait pas de droit positif au Maroc.

74. Dans l'histoire du Maroc indépendant, la codification reflète un moment crucial dans la société marocaine, car c'est la première fois que la question du statut personnel est soulevée<sup>93</sup>. Elle est considérée comme la deuxième action gouvernementale après l'abolition du droit coutumier berbère, dans le sens de l'unification juridique du pays laissée par le protectorat français. En effet, la *Moudawana* représentait un symbole d'unité nationale, d'identité islamique ainsi que de modernité. Cette première codification qui date de 1957-1958 est simplement un recueil des règles du rite malékite de l'islam sunnite<sup>94</sup> qui n'apportera aucune évolution et qui sera fidèle et indéfectible de la famille patriarcale.

75. Arrivé au pouvoir, le roi Hassan II met en place une nouvelle constitution confirmant une monarchie constitutionnelle et garantissant les libertés personnelles et politiques au peuple marocain. Cependant, le roi devait utiliser des moyens de plus en plus répressifs pour assurer la prédominance du parti politique représentant ses propres intérêts afin de garder le pouvoir. Les partis d'oppositions et leurs dirigeants ont souvent été arrêtés, emprisonnés, torturés ou condamnés à mort. L'opposition politique ainsi que les groupes de défense des droits humains exigeaient des réformes juridiques pour transformer le pays<sup>95</sup> et plus précisément la *Moudawana*, jugée comme inadaptée à la société marocaine moderne. Soucieux de son image à l'international, le roi Hassan II annonce une première réforme en 1993 par décret royal plutôt que par des processus parlementaires démocratiques, mais selon la sociologue Soumaya NAAMANE GUESSOUS, « *les réformes obtenues en 1993 étaient insuffisantes et ne répondaient pas aux attentes* »<sup>96</sup>.

76. En effet, la réforme de 1993 n'a pas répondu à toutes les revendications des féministes qui confirmaient la différence existante entre le texte juridique et la réalité de la société marocaine<sup>97</sup>. Cette réforme conserve de nombreuses disparités de droits entre l'homme et la femme au sein de la famille. Tout d'abord, le lien du mariage qui s'établissait sur une inégalité concernant la capacité du mariage et qui est restée fixée à 15 ans chez la femme et 18 ans chez l'homme, implique moins de protection pour la femme qui ne peut pas se marier sans le consentement de son *wali*. La révision conserve également le rôle de l'homme et son statut de chef de la famille ainsi que son autorité sur son épouse.

---

<sup>92</sup> Omar AZZIMAN, La tradition juridique islamique dans l'évolution du droit privé marocain, Le Maroc actuel, sous direction Jean-claude SANTUCCI, 2d Institut de recherche et d'études sur les mondes arabes et musulmans, <http://books.openedition.org/iremam/2429#bodyftn7>.

<sup>93</sup> René. MAUNIER, Loi française et coutume indigène en Algérie, pp. 65-76.

<sup>94</sup> Bérénice MURGUE, La Moudawana : Les dessous d'une réforme sans précédent, éd. Centre d'études et de recherches sur le Proche-Orient, les cahiers de l'orient, 2011, n° 102.

<sup>95</sup> Ann Elizabeth MAYER, *Moroccan-citizens or subjects, a people at crossroads*, NYUJ, INTL, L&paul 1993; cité par : FAMILY LAW REFORM in Morocco.

<sup>96</sup> Soumaya NAAMANE GUESSOUS, Une page nouvelle dans l'histoire du Maroc, un espoir fou dans le cœur des femmes, 1 Maghreb canada express, 2003, n° 6, AT6.

<sup>97</sup> Maleka BENRADI, « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana de 1993 à la réforme de 2003 » in *féminin-masculin : la marche vers l'égalité au Maroc, 1993-2003* sous la direction de Mohammed Saidi, Friedrich Ebert Stiftung 2004, pp. 17-89.

L'inégalité s'opère aussi dans la question de la répudiation qui permet alors au mari de garder un pouvoir unilatéral de divorcer de sa femme. La dernière question qui a suscité enfin un grand débat est celle qui porte sur l'égalité dans le régime successoral. La révision n'a pas porté de modification à cette question qui suit un texte coranique explicite et qui dispose que la femme hérite la moitié de la part qui revient à l'homme<sup>98</sup>.

Il est à noter que la codification et la révision qu'a subies la *Moudawana* avaient comme objectif principal, d'améliorer et d'adapter les règles juridiques suivant l'évolution sociale. Cependant, au sein de la société marocaine, il existait de nombreuses tendances, d'une part les partisans conservateurs qui réclamaient la conservation d'un modèle familial traditionnel qui fait ressortir les caractéristiques du droit musulman ; d'autre part, les partisans influencés par les droits de l'Homme et le modèle familial occidental qui réclament la rupture avec la source religieuse. La lutte des partisans défenseurs du modèle moderne va continuer jusqu'à l'avènement du roi Mohammed VI au pouvoir.

77. En 1999 le Roi Hassan II décède et son fils Mohammed VI accède au pouvoir. Arrivé au trône, le Roi affirme sa volonté de changement et de mise en place des réformes affirmant l'égalité homme-femme<sup>99</sup> ainsi que la modernisation des règles régissant la société<sup>100</sup>. En outre, parmi les réformes principales visées par cette modernisation, il y a celles de la *Moudawana*. L'annonce de cette réforme rencontre une forte résistance de la part du courant conservateur. La résistance conservatrice considérait cette réforme non seulement comme un changement illégitime d'une source juridique purement islamique mais aussi comme une atteinte à l'identité culturelle.

78. En sa qualité de commandeur des croyants, le roi a une double légitimité : spirituelle et temporelle. Face à ça, il ne peut autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que Dieu a autorisé. En vertu de ce pouvoir, le Roi va tenter de réconcilier deux camps qui s'opposent sur la vision de la famille marocaine en général en annonçant que la réforme ne vise pas à privilégier la vision d'un camp sur un autre, mais à réformer la *Moudawana* afin qu'elle rende justice à tous les Marocains. La réalisation de cette réforme a débuté avec l'installation d'une commission royale composée des oulémas et de juristes au nombre de 16 dont 3 femmes, avec à sa présidence le Président de la cour suprême Driss DAHAK. En effet, cette commission avait pour objectif de présenter des propositions qui sont compatibles avec les engagements internationaux du Maroc tout en protégeant l'identité musulmane<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Le projet du collectif 95 est allé dans ce sens, l'article 88 dit que « l'épouse et l'époux héritent de la même part dans la succession du conjoint précédé », cité dans : Thèse Montpellier, *op. cit.*, p. 44.

<sup>99</sup> Dans son discours prononcé le 20 Août 1999, le Roi confirme l'importance de traiter la question féminine, et annonce : « Comment assurer progrès et prospérité à une société alors que ses femmes, qui en constituent la moitié, voient leurs droits bafoués et pâtissent d'injustices, de violences et de marginalisations, au mépris du droit à la dignité et à l'équité que leur confère notre sainte religion ? ».

<sup>100</sup> Berenice MURGUE, *op. cit.*

<sup>101</sup> *Ibid.*

79. Le 10 octobre 2003, le Roi présente devant le parlement les grandes lignes de la *Moudawana* en marquant un événement historique pour la famille marocaine et une rupture avec l'ancien modèle familial. Ainsi, cette réforme transformera le statut de la femme et de l'enfant et marquera une avancée dans le monde arabo-musulman en dépassant même celui de la Tunisie jugé le plus avancé dans la région en matière d'égalité entre hommes et femmes au sein de la famille<sup>102</sup>.

80. Dans son discours, le souverain annonce les grands apports de ce nouveau texte en précisant l'importance de voir cette réforme comme une avancée qui concilie la nouvelle réalité sociale marocaine, les textes religieux et les principes universels des droits de l'Homme. En effet, ces apports se traduisent à travers trois grands points : une garantie d'égalité entre les conjoints, une garantie de l'équilibre familial à travers l'application des lois et enfin la protection des droits de l'enfant. À travers ces trois grands axes, la famille marocaine passe d'une famille patriarcale traditionnelle à une famille plus moderne qui consacre à la femme et à l'enfant une place dont ils ont été privés dans l'ancien modèle familial. À travers la réforme de 2004, le Roi a voulu confirmer l'adhésion du Maroc à la modernité et aux principes internationaux.

Cette modernisation qui vise l'institution de la famille, considérée comme un pilier de la société, débute par une volonté égalisatrice qui s'est traduite clairement par le législateur dans le nouveau texte. En effet, cinq grandes catégories ont marqué cette réforme : le mariage, la polygamie, le divorce, la protection des droits de l'enfant et l'héritage.

81. Partant du mariage qui représente toujours la base principale et légale de la construction de la famille, la réforme de 2004 définit le mariage dans l'article 4 comme « *un pacte fondé sur le consentement mutuel en vue d'établir une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour but la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux, conformément aux dispositions du présent code* »<sup>103</sup>. Ainsi, cette nouvelle définition du mariage introduit l'égalité des époux dans la fondation de la famille et leur responsabilité conjointe dans la gestion des affaires du foyer conjugal<sup>104</sup>. Cette égalité est également confirmée par l'article 51 par lequel le législateur confirme sa détermination de mettre en avant le rôle de la femme comme partenaire de l'homme en citant les droits et les devoirs de chacun au sein du couple. S'ajoute aussi comme véritable émancipation la suppression du devoir d'obéissance de la femme, qui est un principe solide du *fiqh* et par lequel s'explique la supériorité de l'homme sur la femme<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Omar BROUKSY, « Le processus d'adoption de la Moudawana entre la prééminence du roi et la lassitude du parlement, in annuaire de l'Afrique du nord, Tome XLI, CNRS éditions, 2003, p. 238.

<sup>103</sup> Code de la famille 2004.

<sup>104</sup> Rude-Antoine EDWIGE, « Le mariage et le divorce dans le code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », Droit et culture, 59 2010-1, pp. 43-57.

<sup>105</sup> J. BADAoui, Le statut de la femme en islam, 2<sup>ème</sup> édition, Iqra 2002, p. 31.

**82.** Dans une nouvelle tentative pour éliminer les disparités entre hommes et femmes, l'article 19 fixe dans le nouveau texte l'âge du consentement au mariage à dix-huit ans pour les deux sexes, tandis que l'article 8 de l'ancienne *Moudawana* exigeait seulement que les hommes aient dix-huit ans et les femmes quinze ans<sup>106</sup>. S'ajoute aussi l'article 24 qui vient modifier les exigences de l'article 12 de l'ancien texte, qui imposait qu'une femme élise un *wali* (tuteur), chargé de conclure le mariage au nom de la mariée et en son nom. Désormais, l'institution de la tutelle matrimoniale est un droit exclusif de la femme dès sa majorité. Dans le même processus de modernisation de la famille marocaine, le législateur était amené à réformer certaines règles sans transgresser les exigences légales du *fiqh* classique. Parmi ces questions, il existe celle de la polygamie.

**83.** En effet, dans l'ancienne *Moudawana* il était exigé que la première épouse soit avisée que son mari avait l'intention de prendre une autre épouse et inversement, la nouvelle épouse devait être informée que son mari était déjà marié. Les femmes avaient le droit contractuel d'exiger que leur mari ne prenne pas une autre épouse et en cas de violation de cet accord ou de ce contrat, le mariage devrait être dissous. Toutefois, dans le cas où il n'y avait pas d'accord avant le mariage et que le mari décidait ultérieurement de prendre une autre épouse, la première épouse pouvait présenter son cas à l'auteur de l'acte qui déterminait le degré de préjudice qui lui est causé par le second mariage. En cas d'injustice manifeste, le juge pourrait refuser d'autoriser le second mariage polygame.

Avec le code réformé, les oulémas chargés de son élaboration ont refusé la suppression de la polygamie. De même, le législateur a décidé de mettre en place un compromis entre l'évolution sociale et les règles classiques, en élaborant par exemple certaines règles permettant de contourner cette pratique sans pour autant interdire ce que le *fiqh* classique a autorisé. La polygamie n'est permise qu'à la discrétion du juge et n'est en aucun cas permise lorsque l'épouse exige que le mari ne prenne pas une autre épouse. Les juges sont tenus d'appliquer des conditions juridiques draconiennes pour évaluer si une injustice découlera du mariage polygame. Ainsi, le mari doit prouver la nécessité du second mariage et démontrer qu'il peut fournir des ressources adéquates et soutenir deux ménages d'une manière équitable. Suite à ces exigences que le juge doit estimer honorées, la polygamie est devenue un contrat difficile à conclure<sup>107</sup>.

**84.** En dernier lieu il y a l'égalité des époux dans le divorce. En effet, dans l'ancien texte la répudiation était une pratique très répandue qui mettait en évidence une inégalité entre hommes et femmes. Cette pratique du divorce par répudiation était la plus fréquente puisqu'elle était la plus facile<sup>108</sup>. Suite aux résultats dramatiques de cette pratique, le nouveau code de la famille a transformé la répudiation en une procédure uniquement judiciaire.

---

<sup>106</sup> Soumaya NAAMANE-GUESSOUS, *op. cit.*

<sup>107</sup> La réglementation de la polygamie est clairement justifiée par la religion musulmane. Ainsi le Roi rappelle dans son discours ce qui suit : « Nous avons pris soin de rappeler que la conception de la justice nous apprend que le Tout-Puissant a créé la possibilité de la polygamie par une série de restrictions sévères : si vous craignez d'être injustes, épousez une seule femme ».

<sup>108</sup> Il y a par exemple : la prononciation orale du *talaq* qui n'est plus considérée comme une répudiation valide ou reconnue.

Ainsi, cette transformation a procuré au juge un pouvoir beaucoup plus large et qui ne se limite plus à homologuer la répudiation. Le juge se voit attribuer un nouveau rôle notamment celui d'intervenir en un rôle de médiation afin de réconcilier les époux et à défaut, d'autoriser la répudiation. Ce rôle permet au juge de garantir les droits de la femme et de l'enfant<sup>109</sup>.

Dans le même cadre de modernisation de la famille, les droits de l'enfant ont été également concernés par la modification et la modernisation afin que les règles de protection soient harmonisées avec la société et la famille moderne.

## **Paragraphe 2 : La modernisation du droit de la famille, un atout pour les droits de l'enfant.**

**85.** En France comme au Maroc, le droit de la famille a représenté le chantier d'un grand changement et d'une modernisation principalement dus à l'accélération du champ socio-économique. En effet, ce dernier a permis l'installation d'un modèle familial qui a remis en cause le modèle traditionnel et religieux. Ainsi, l'élément économique a facilité l'arrivée des femmes sur le marché du travail ce qui a accéléré la transformation de la famille. Ces changements ont entraîné les réformes du Code civil et ils se sont basés sur deux grands principes et qui sont la liberté et l'égalité<sup>110</sup>. De plus, l'individualisation des droits installée depuis la Révolution a permis à la femme et à l'enfant d'intégrer les grandes réformes du Code civil et petit à petit, l'enfant est devenu titulaire de droits face à ses géniteurs. La conception du foyer parental n'était plus celle qui consistait en un espace où l'on éduque l'enfant, et le statut de ce dernier au sein de la famille a subi des changements entre évolution et régression. En outre, les droits de l'enfant ont été influencés par l'évolution de la famille et la transformation du couple.

**86.** Ne connaissant pas le concept d'individualisation, la modernisation du droit marocain de la famille a suscité des réformes afin de modifier les rapports entre les membres de la famille et de préciser le rôle de chacun au sein de cet ensemble. En effet, le mouvement féministe apparu peu après l'indépendance a joué un rôle très important dans ce projet modernisateur de la société. En effet, il s'est livré à un long combat en faveur de l'amélioration de la question féminine et des rapports entre hommes et femmes au Maroc. Parmi les rapports profondément touchés par cette modernisation, il y a également les rapports entre parents et enfants. Depuis la codification, le législateur tente de réviser et de redéfinir le rôle des parents vis-à-vis de leurs enfants ainsi que leur protection au sein de la famille.

---

<sup>109</sup> Paul DECROUX, La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, Clunet 1985, p. 74.

<sup>110</sup> Jean-Louis. RENCHON, La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille, in Mariage-conjugalité, parenté-parentalité, Hugues. FULCHIRON, Paris, Dalloz, 2009, pp. 209-236 ; Philippe JESTAZ, L'égalité et l'avenir du droit de la famille, in Autour du droit civil, Ecris dispensés, idées convergentes, Paris, Dalloz, 2005, pp. 289-304.

Or, la difficulté à réviser ces rapports réside dans l'essai du législateur d'harmoniser des règles existantes en droit musulman, qui est une référence fondamentale, avec les règles du droit positif<sup>111</sup>. Il est clair que dans les deux systèmes juridiques, la modernisation du droit de la famille, traduite à travers les réformes trouve son origine dans le progrès effectué dans l'égalité entre hommes et femmes, ainsi que dans la reconnaissance de la spécificité de l'enfant et son besoin d'être protégé tout au long de sa minorité. À travers ces différentes réformes, il importe en premier lieu d'étudier l'évolution des droits de l'enfant au sein de la famille (A) pour ensuite développer les limites auxquels le système juridique marocain fait face dans la protection des droits de l'enfant (B).

#### ***A-Des réformes favorisant les droits de l'enfant.***

**87.** La question de la protection des droits de l'enfant a suscité de nombreuses réformes afin de garantir à l'enfant des droits personnels au sein de la famille. En droit français comme en droit marocain actuel, la place qu'occupe l'enfant est considérée comme primordiale. Toutes les réformes mises en place par les deux pays confirment l'importance donnée par ces derniers à l'enfant afin de lui garantir une meilleure protection. Cependant, l'évolution des droits de l'enfant dans les deux systèmes juridiques ne prend pas clairement le même chemin et n'aboutit pas aux mêmes résultats. En effet, en droit français depuis le Code civil de 1804 jusqu'à nos jours, la prise en compte de la protection de l'enfant est clairement mise en avant. À travers de nombreuses réformes, le législateur français a su mettre en place une organisation familiale garantissant à l'enfant une place à part entière au sein de la famille. Il est clair que la Révolution française a été porteuse de multiples courants de pensées qui n'ont pu se manifester que tardivement au XXe siècle. Ainsi, ces courants d'idées avaient pour objectif de mettre fin à l'ancien système qui se caractérisait par la puissance paternelle<sup>112</sup>. Dans son objectif de mettre en place une égalité parentale, la première version du Code civil insiste sur les devoirs des parents, obligés d'entretenir leurs enfants durant leur vie<sup>113</sup>.

**88.** Cependant, ces innovations ne sont pas prises en compte dans le code de 1804 et l'enfant se voit privé de nombreux droits. Le code de 1804 rompt avec les idées révolutionnaires ; parmi les règles instaurées par celui-ci, on peut noter, l'affirmation de la supériorité de la filiation légitime et la filiation de l'enfant naturel qui ne peut être établie que par la reconnaissance. Les rédacteurs estiment que les nouvelles règles apparues avec la Révolution ont détruit le rôle du père et son autorité, d'où la restauration de l'autorité parentale en affirmant le rôle du père dans l'exercice de l'autorité parentale durant le mariage. L'enfant appartient au père, puis à la mère jusqu'à l'âge de quinze ans ou en cas de mariage.

---

<sup>111</sup> Mariam MONJID, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, édition L'Harmattan, 2013, p. 115.

<sup>112</sup> François BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : Perspectives comparatistes et internationales*, éd. Economica, 1998, p. 9.

<sup>113</sup> Durant cette période, l'enfant a bénéficié de nombreux droits au sein de la famille et qui se sont traduits dans la société. Par exemple, « *le droit de correction est transféré aux tribunaux de famille. Les parents seront tenus d'apprendre à leurs enfants un métier d'agriculture ou un art de mécanique* ». *Ibid.*

L'enfant a l'obligation de ne pas quitter le foyer familial sans l'autorisation de son père.

De plus, la suppression des tribunaux de famille va remettre au père le droit de correction sur l'enfant qui peut aller jusqu'à l'incarcération. En outre, le manque de textes qui sanctionnent spécialement l'abus du père sur son enfant laisse entendre que cette période a connu également une absence claire de la protection des droits de l'enfant au sein de la famille devant une puissance paternelle aussi forte.

**89.** Par ailleurs, la situation de l'enfant sera modifiée par de nombreuses réformes au cours des XIXe et XXe siècles qui vont répondre au fur et à mesure aux besoins de l'enfant, tout en transformant l'enfant, d'objet à sujet de droit en le protégeant d'une manière plus efficace.

Les réformes vont au fil du temps concerner de nombreuses questions. Par exemple pour la filiation, on peut citer la loi du 3 Janvier 1972 qui est considérée comme une loi révolutionnaire et qui va mettre en place une égalité entre la famille légitime et la famille naturelle ; ainsi aucune différence ne sera faite entre un enfant né d'un mariage et celui né hors mariage et la parenté naturelle est pleinement reconnue par le droit<sup>114</sup>. D'autres lois vont venir ultérieurement améliorer encore plus la situation de l'enfant en la matière, notamment la loi du 25 Juin 1982 qui permet la possession d'état, – ce qui était jusqu'alors réservé à la filiation légitime –, la loi du 8 Janvier 1993 qui généralise la recherche de paternité naturelle ou encore la loi du 3 décembre 2001 qui considère les enfants adultérins égaux aux avec une égalité des filiations confirmée par le législateur<sup>115</sup>.

**90.** D'autres réformes ont également concerné l'enfant au sein de la famille, notamment la puissance paternelle qui sera remplacée par l'autorité parentale partagée par les deux parents. Cependant, au cours des années 1980 cette loi est devenue inadaptée avec l'augmentation des divorces et le développement du concubinage et par conséquent, la croissance du nombre d'enfants naturels. Le législateur crée le principe de la coparentalité avec la loi du 22 juillet 1987 qui permettra l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents même en cas de divorce. S'ajoute à ça la loi du 8 janvier 1993 qui place l'autorité parentale comme principe et qui donne à l'enfant le droit d'être élevé par ses parents qu'il soit né dans le cadre du mariage ou hors mariage. La loi du 4 mars 2002 vient, quant à elle, donner une nouvelle définition à l'autorité parentale en précisant les droits et les devoirs des parents envers les enfants afin que la coparentalité réponde à l'intérêt supérieur de l'enfant. D'autres lois réformant les droits de l'enfant vont aussi participer à protéger l'enfant en cas d'adoption. En effet, la question d'adoption va connaître des réformes marquantes notamment avec le décret-loi du 29 juillet 1939 qui crée la légitimation adoptive pour les enfants abandonnés (suite à la guerre) ; la loi du 11 juillet 1966 qui remplace la légitimation adoptive par une adoption plénière ; la loi du 22 décembre 1976 et puis la loi du 5 juillet 1996 qui permet l'adoption par le concubin et l'adoption de l'enfant du conjoint.

---

<sup>114</sup> Jean-Jacques LEMOULAND, Droit de la famille, Ellipses éd. Marketing S.A, 2014, p. 429.

<sup>115</sup> *Ibid.*

**91.** Dans le même ordre d'idées, il importe de rappeler que les modifications apportées aux droits de l'enfant sont principalement dues à la manifestation de la crise familiale au XXe siècle qui a fait réapparaître le courant individualiste et libéral, ainsi qu'aux deux guerres mondiales. En effet, à l'issue de ces deux dernières, s'est manifestée la volonté de protéger l'enfant à travers des réglementations internationales, d'où l'émergence d'un mouvement pour la création d'une Déclaration des droits de l'enfant<sup>116</sup>. Il est clair que le cadre historique et social de la France était favorable aux changements menés par le législateur afin de réformer au fur et à mesure le droit de la famille en général et les droits de l'enfant en particulier, et qui ont permis une meilleure protection.

**92.** Par ailleurs, les réformes menées par le législateur marocain concernant la protection des droits de l'enfant ont pris une différente voie d'évolution depuis la codification jusqu'à la dernière réforme du code de la famille de 2004. À la lecture des réformes du code de la famille, il est clair que le législateur a donné une grande importance à la question de la femme et de l'enfant. L'histoire des réformes du droit de la famille au Maroc n'est pas glorieuse, puisque le droit de la famille marocain n'a pas connu de nombreuses réformes. Depuis la codification en 1957-1958, le législateur marocain a mené des réformes très timides en ce qui concerne la protection des droits de l'enfant. En effet, en l'absence d'une égalité entre l'homme et la femme dans leur responsabilité commune envers la famille il était difficile de parler d'une protection des droits de l'enfant.

Cependant, la dernière réforme du code de la famille a accordé une importance sans précédent à la protection de l'enfant. Ainsi le législateur a intégré pour la première fois des garanties tirées directement des conventions internationales signées et ratifiées par le Maroc. De nouvelles règles ont vu le jour afin de répondre aux besoins de l'enfant dans la modernisation de ses droits. En outre, pour que le nouveau texte réponde aux exigences nationales et internationales dans la protection de l'enfant au sein de la famille, de nombreuses questions ont été réformées par le législateur marocain notamment, l'âge légal du mariage, la filiation et l'autorité parentale au sein de la famille unie ou désunie.

**93.** Parmi les plus importantes dispositions du code de la famille, le législateur est intervenu dans l'élévation de l'âge du mariage. En effet, dans l'ancien code de la famille il existait une grande disparité entre les enfants en ce qui concerne l'âge du mariage, qui était fixé à dix-huit ans pour les garçons et à quinze ans pour les filles.

Cette divergence avait permis de nombreux mariages précoces privant les jeunes filles de leurs droits d'enfance, y compris le droit à l'éducation, au jeu, à la protection et à la tendresse ainsi qu'au développement naturel, tout en les exposant à diverses violations physiques, mentales et sexuelles. Le texte de 2004 est venu supprimer cette règle en uniformisant l'âge du mariage à dix-huit ans<sup>117</sup> pour tenter d'empêcher le mariage des mineurs.

---

<sup>116</sup> Yves DENECHERE, Droits des enfants au XXe siècle, Presse universitaires de Rennes, 2015, p. 10. Disponible sur : <http://www.pur-editions.fr/>.

<sup>117</sup> Le législateur a tenté d'introduire une règle qui trouve son origine dans le droit étranger ou international mais qui reste conciliable avec le droit musulman qui, lui, connaît la notion de la puberté pour conclure un contrat de mariage.

Cependant, malgré le travail mené par le législateur, pour mettre un terme à toutes les discriminations et garantir une protection économique et sociale des enfants, ses efforts dans cet objectif n'ont pas été jusqu'au bout ; l'article 20 dispose que l'uniformisation de l'âge du mariage n'empêche en aucun cas la possibilité de la réalisation de ce mariage et donne au juge de la famille le pouvoir d'autoriser les mariages avant l'âge légal si la situation lui semble justifiée.

Cette justification est basée sur quelques conditions que le juge considère comme obligatoires, notamment si le mariage du mineur ne présente aucun danger pour la santé du mineur et aucune perturbation dans sa vie. Par ailleurs, selon les associations féministes, cette exception est devenue la règle et le nombre des mariages précoces a dépassé 47 000 en 2009 et continue d'augmenter d'année en année pour atteindre 12 % des mariages en 2011. De plus, les juges donnent leurs accords aux filles de moins de 14 ans ce qui est considéré comme inacceptable<sup>118</sup>, puisqu'ils dépassent les 80% en 2018 selon les taux affirmés par le ministère de la justice. .

94. Dans le même ordre d'idées, s'ajoute la question des réformes qui portent sur les rapports parents-enfants. En effet, ces rapports ont subi un grand changement social que le législateur a pu traduire dans le texte de 2004. La modernisation des rapports entre parents-parents est passée par une restructuration du droit musulman classique. C'est la raison pour laquelle, le législateur a tenté à travers le nouveau texte de modifier l'aspect patriarcal de la famille traditionnelle dans la filiation et dans l'exercice de la garde. À l'image du droit musulman, le droit de la filiation en droit positif marocain a toujours été dominé par une conception patrilinéaire de la famille. En effet, cela explique les difficultés que le législateur a rencontrées dans les réformes concernant la filiation, considérées comme timides ; cette timidité est traduite dans le fait que le champ des réformes est limité aux règles relatives à la filiation paternelle légitime. Ainsi, les règles qui concernent l'enfant naturel ne bénéficient d'aucune réforme et le droit positif garde le principe du droit musulman en ce qui concerne la prohibition de tous les rapports sexuels hors mariage.

En effet, par l'article 83 de l'ancien statut personnel le législateur avait clairement défini les conditions qui régulent la filiation. Une filiation basée sur des principes du droit musulman classique : « - *le principe patrilinéaire, qui pose que l'enfant accède à la parenté de son père et que celle-ci sert de fondement aux droits successoraux ; - le principe, lié au premier, que l'enfant suit la religion de son père ; - la non-reconnaissance d'effets de lien de parenté vis-à-vis du père dans le chef d'enfants nés hors mariage ; et enfin l'interdiction d'adopter* »<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Anissa NAQRACHI, Early marriage in morocco, A new paradigm: Perspectives on the changing Mediterranean, chapter Sixteen, p. 219.

<sup>119</sup> Marie-Claire FOLETS, Jean-Yves CARLIER, Le code Marocain de la famille, incidences au regard du droit international privé en Europe, éd. Bruylant, 2005, p. 75.

**95.** D'autres matières ont connu d'importantes réformes qui ont traduit la prise en compte de la place de l'enfant en droit de la famille. En effet, dans la loi islamique traditionnelle ainsi que dans l'ancien statut personnel, la femme qui se remarie perd automatiquement la garde des enfants. Ce principe juridique découlait de l'hypothèse patriarcale selon laquelle les enfants d'une personne (en l'occurrence le père) ne devraient pas être élevés par un autre homme. Le texte de 2004 a également tenté d'atténuer cette disposition, à travers les articles 173, 174 et 175 abordant la question de la garde des femmes remariées et soulignant plusieurs exigences techniques qui règlementent cette problématique.

Il a accordé une échappatoire qui permet à la mère de conserver la garde même si elle se remarie ou s'éloigne de son mari, tant que l'enfant ne subisse aucun préjudice et que l'une des quatre situations suivantes s'applique :

- Lorsque l'enfant ne dépasse pas l'âge de sept ans ou lorsque sa séparation avec sa mère lui cause préjudice ;
- Lorsque l'enfant souffre d'une maladie ou d'un état qui rend impossible sa prise en charge par quelqu'un d'autre que la mère ;
- Lorsque le nouvel époux est le tuteur légal de l'enfant ;
- Lorsque la mère est la tutrice légale de l'enfant.
- Lorsqu'il y'a une incapacité d'élever l'enfant, de sauvegarder et de le protéger sur les plans religieux, physique et moral.

Bien que ces réformes constituent une amélioration par rapport à la loi islamique traditionnelle, les nombreuses dispositions et le langage vague continueront probablement à poser problème à la femme souhaitant se remarier et conserver la garde de ses enfants. Il lui est en effet difficile de prouver devant les juges, en cas de conflit de garde, sa capacité avec son nouveau mari de protection sur le plan moral et religieux et notamment en cas de mariage avec des personnes vivant à l'étranger. Aussi, les réformes concernant les pensions alimentaires en faveur des enfants offrent des améliorations et des protections juridiques plus fortes à ces derniers, en obligeant le mari à assurer de la nourriture, un logement et un soutien financier.

**96.** En outre, le gouvernement a créé un fond spécial pour les enfants dont les pères ne pouvaient pas subvenir à leurs besoins en cas de force majeure. Un autre changement positif est celui de l'enfant qui atteint ses quinze ans, et qui a la possibilité de décider du parent avec qui il veut vivre, alors que dans le texte précédent, les garçons pouvaient prendre cette décision à douze ans et les filles à quinze ans. Ce changement élimine un préjugé sexiste en faveur des garçons et met en œuvre une règle non sexiste qui démontre le large engagement de la *Moudawana* réformée à faire progresser les droits des femmes. La réforme de la garde des enfants la plus positive concerne probablement le système judiciaire. Sous le code précédent, il n'y avait pas de délais précis pour résoudre les différends juridiques d'un divorce.

L'inertie judiciaire pouvait amener une femme et des enfants à attendre des années avant de recevoir un quelconque soutien de la part du mari. En effet, certains cas ont traîné pendant plus de quinze ans sans aboutir à un verdict<sup>120</sup>. Sous la réforme *Moudawana*, un juge est tenu de clore l'affaire en six mois ; bien que le texte réformé n'offre pas aux femmes des changements concernant la garde des enfants, notamment en ce qui concerne le mariage, les réformes du divorce accordent des droits importants aux femmes et aux enfants.

97. S'ajoute à cela l'intégration de la preuve scientifique en matière de filiation, à travers laquelle le législateur a voulu marquer et affirmer le caractère évolutif du nouveau texte à travers la possibilité accordée à la femme de recourir au test ADN dans l'objectif de faire reconnaître son enfant. Cependant, cette mesure est clairement limitée par un principe religieux qui affirme que le recours à cette preuve ne peut se faire qu'en cas de fiançailles officiels reconnus par le droit musulman.

98. L'héritage a également subi une réforme jugée comme superficielle par les militants des droits de l'Homme puisque les nouvelles dispositions concernent uniquement les cas qui permettent aux petits-enfants d'un fils ou d'une fille décédés d'un grand-parent de recevoir un montant obligatoire de la succession des grands-parents, alors que seuls les petits-enfants d'un défunt y étaient éligibles. Il y a obsolescence sur la coutume tribale, pas sur des motifs religieux ou juridiques. La *Moudawana* réformée élimine cet écart. Par ailleurs, le législateur marocain n'a pas abordé la réforme de la question de l'inégalité de l'héritage entre homme et femme et a conservé l'ancienne réglementation qui entrave les principes des droits de la femme et de l'enfant reconnus au niveau international.

99. Alors que le Maroc avait ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant qui exige des actions similaires, le nouveau texte réformé établit pour la première fois des principes internationaux dans le droit interne marocain. Comme pour les réformes en matière de divorce, les réformes de la loi sur l'héritage renforcent les droits des femmes et des enfants<sup>121</sup>. Par ailleurs, il demeure évident que cette évolution soit nettement limitée et se soit heurtée aux principes du droit musulman qui résistent aux réformes profondes du texte de droit. Dans son ensemble, le code de la famille de 2004 a marqué une grande évolution sur toutes les questions qui concernent les membres de la famille tout en s'attardant sur des droits individuels de chaque membre. Par ailleurs, malgré les efforts fournis par le législateur, la majorité des réformes qui visent la femme et l'enfant demeurent limités et ne répondent pas à toutes les exigences de l'évolution sociale ou encore des textes internationaux.

---

<sup>120</sup> Joe CHRISTENSEN, Family law and reform in Morocco - The Mudawana : Modernist islam and women's rights in the code of personal status, University of Detroit Mercy law. Review 687, 2005, p. 696.

<sup>121</sup> *Ibid*, p. 664.

## ***B- Les limites de la protection des droits de l'enfant dans le droit marocain.***

**100.** Il est clair que le droit marocain de la famille a connu une grande évolution à travers les réformes menées et plus particulièrement avec le texte de 2004. Cependant, toute cette évolution qu'a connue le droit de la famille en général et les droits de la femme et de l'enfant en particulier ont eu de nombreuses limites. En effet, après quelques années de la mise en place du nouveau texte, les limites de ce dernier se sont manifestées et de nombreuses contradictions au sein du texte se sont clairement traduites dans l'application. Ainsi, en ce qui concerne la femme, nombreuses sont les revendications auxquelles le texte n'a pas répondu. En effet, la dernière réforme met en évidence de nombreuses disparités en ce qui concerne les droits des femmes et qui peuvent influencer les droits de l'enfant.

**101.** Dès le premier article du livre I, le législateur met en avant et confirme l'égalité en droits et en devoirs des époux pendant le mariage et après le divorce. Cependant, il existe des situations où l'égalité mise en avant est violée ; notamment en matière de mariage, la tutelle juridique sur les enfants continue d'appartenir à l'homme qui peut la léguer uniquement par testament, ce qui explique qu'une femme peut être la gardienne des enfants mais sans aucune autorité légale sur eux, ce qui semble contradictoire avec l'esprit de la loi qui confirme une responsabilité partagée de la famille<sup>122</sup>. Ainsi, la question de la polygamie, qui est rendue difficile par le législateur, demeure possible mais sous un contrôle renforcé. Le législateur marocain n'est pas allé aussi loin pour interdire la polygamie et se montre compréhensif quant au droit de l'Homme d'être polygame. En effet, cette possibilité est clairement traduite par la marge d'appréciation laissée au juge. Ce dernier donne une autorisation judiciaire préalable qui conditionne la possibilité à la capacité de traiter équitablement les épouses et leurs enfants<sup>123</sup>. Ainsi, cette marge de liberté accordée aux juges représente un risque clair en connaissant l'esprit conservateur des juges et la corruption dont souffre la société marocaine.

**102.** S'ajoute à cela la question de la protection de l'enfant au sein du mariage et une première difficulté se pose par rapport à la définition de l'âge à partir duquel le législateur met fin à l'obligation des parents de prendre en charge l'enfant et de le protéger. En effet, l'article 54 dans son premier alinéa arrête cette protection à la majorité de l'enfant donc à ses dix-huit ans. Cependant, l'article 54 perdure cette protection et les obligations des parents envers leurs enfants jusqu'à la fin de leurs études<sup>124</sup>, ce qui crée une grande contradiction entre les deux dispositions dans la protection des droits de l'enfant au sein de la famille unie. D'autres limites se sont manifestées à travers le nouveau texte, notamment la perte de la garde.

---

<sup>122</sup> Leila RHIWI, La réforme du code marocain de la famille, éd. C.E.R.A.S, 2004/5, n° 282, p. 37.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Article 54, 7° « leur assurer 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 ». Le Code de la famille, 2004.

De plus, si le texte de 2004 avait donné le droit à la femme de garder ses enfants même en se remariant, le texte n'est pas allé jusqu'au bout de la réforme et a mis en place une importante disparité entre les enfants. En effet, cette divergence vise les enfants malades et ceux en bonne santé. L'enfant de plus de sept ans et qui est en bonne santé est privé de sa mère en cas de remariage de cette dernière, alors que si l'enfant est malade, la mère ne perd pas la garde. Cette disposition risque d'encourager la corruption des médecins afin que l'enfant soit gardé.

**103.** D'autres limites ont continué d'exister dans le texte réformé en matière de filiation. En effet, les grandes lignes qui réglementent cette dernière sont maintenues. La recherche de paternité a fait son entrée dans la loi marocaine, mais ce droit reste limité par la non-autorisation de la recherche de cette paternité en cas de viol ou de relation sexuelle en dehors du cadre légal du mariage.

**104.** Une limite est restée gravée depuis l'ancien texte et qui est celle du maintien de l'interdiction de l'adoption tirant son origine du droit musulman classique et qui s'est clairement traduite dans l'article 149. Ainsi, ce texte met en avant une règle claire qui confirme l'absence de la valeur juridique de l'adoption en droit musulman et le fait qu'elle ne permette aucun effet sur la filiation parentale légitime. Par ailleurs, le législateur reconnaît le maintien de la *kafala* qui est considéré comme une simple prise en charge de l'enfant ou encore, la gratification qui est considérée comme une adoption testamentaire et qui reconnaît à l'enfant un héritage ne devant pas dépasser le tiers. Un autre point connaît une limite au niveau de la protection des droits de l'enfant, et qui est la reconnaissance de l'enfant né après la promesse de mariage où la conclusion de l'acte du mariage n'aurait pas pu se faire. En effet, le législateur a donc conditionné la protection qu'il offre à ces enfants. Ainsi, le préambule du code prévoit que la disposition de cette reconnaissance est une disposition qui est considérée comme transitoire<sup>125</sup>. Cependant, le problème qui se pose est qu'une fois le délai de cinq ans passé, la demande des enfants nés après la promesse de mariage ne sera pas recevable, ce qui limite l'article 156.

**105.** Dans le même ordre d'idées, la garde de l'enfant a aussi connu quelques limites dans son application et dans le respect des droits de l'enfant. En effet, le préjudiciable est tenu de « *prendre toutes les dispositions nécessaires à la préservation et à la sécurité, tant physique que morale, de l'enfant soumis à la garde, et veiller à ses intérêts en cas d'absence de son représentant légal et en cas de nécessité, si les intérêts de l'enfant risquent d'être compromis* »<sup>126</sup>. Par ailleurs, malgré l'essai du législateur de mettre en place des règles modernes afin de donner à l'enfant de nouveaux droits, l'institution de la garde est restée attachée à l'application des règles et des motifs religieux, qui sont restés basés sur le motif du maintien de l'enfant au sein de la religion musulmane.

---

<sup>125</sup> Le législateur considère que la période transitoire est de « cinq ans ... pour régler les questions restées en suspens dans ce domaine, et ce pour épargner les souffrances et les privations aux enfants dans une telle situation ».

<sup>126</sup> Article 163, Code de la famille, 2004.

Cette prise en compte de la religion et ses limites se traduisent clairement pendant le mariage et après le divorce ; ainsi, par cette disposition le code se contredit avec l'article 14 de la Convention de New York.

**106.** De plus, le codificateur marocain s'est trouvé devant la problématique d'adapter les règles du droit de la famille avec le changement qu'a connu cette dernière et le législateur marocain n'a pas pu soulever en profondeur les règles du droit de succession. En effet, les règles qui régissent ce dernier n'ont pas connu un grand changement et l'ancienne réglementation est reconduite dans le texte réformé. Ainsi, les règles limitent la part successorale des filles dans l'article 342 et l'article 332 continue d'exclure les non-musulmans de la succession.

**107.** En outre, d'autres limites se manifestent dans l'application du Code de la famille qui concerne les dispositions transitoires. Ces dernières sont regroupées dans les articles allant de 396 à 399. Ces dispositions ont permis des lacunes dans de nombreuses situations notamment : l'action en reconnaissance de mariage qui limite la recevabilité de ces demandes à une période transitoire ne dépassant pas les cinq ans à partir de l'entrée en vigueur du dernier texte. La question qui se pose est de connaître l'état de ces situations après le délai de cinq ans. « *Lors d'un débat au parlement, le groupe de justice et développement avait proposé de supprimer cette limitation dans le temps au motif qu'elle serait difficilement applicable, mais cette proposition d'amendement a été refusée* »<sup>127</sup>.

**108.** Une autre disposition pose problème qui est celle de l'article 156 permettant à l'enfant conçu en période de fiançailles, le droit à la reconnaissance de paternité. Cette disposition vient donner un délai de cinq ans « *pour régler les questions restées en suspens dans ce domaine, et ce pour épargner les souffrances et les privations aux enfants dans une telle situation* »<sup>128</sup>. Passé ce délai de cinq ans, l'action en reconnaissance de filiation est considérée comme compliquée. Ainsi, pour les parents ou l'enfant qui vont tenter une reconnaissance de filiation après ce délai, l'action est considérée comme irrecevable. De plus, en dépit du fait que l'objectif principal de l'article 156 étant de protéger l'enfant, si cette protection est limitée par le délai, elle mettra en place des disparités avec les enfants nés antérieurement à l'entrée en vigueur du code de 2004 et qui seront aussi des enfants illégitimes au regard du droit marocain.

**109.** Une autre situation se présente dans l'article 49 qui permet aux époux de choisir le régime selon lequel ils souhaitent se mettre d'accord sur la gestion des biens acquis pendant le mariage. En effet, cet article représente également une limite pour les personnes qui ont contracté le mariage avant l'entrée en vigueur du nouveau texte ainsi que pour les personnes qui n'auraient pas mentionné un accord séparé pour la gestion de leurs biens. Dans cette situation le législateur mentionne qu'« *à défaut d'accord, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des époux, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille* ».

---

<sup>127</sup> Marie-Claire FOLETS, Jean-Yves CARLIER, *op. cit.*, p. 116.

<sup>128</sup> *Id, ibid.*

Le législateur marocain prend en considération le rôle de la femme au sein de son foyer et considère que son travail domestique ou salarié contribue à l'épargne du ménage ; ainsi, même sans apporter une preuve matérielle, le codificateur estime possible le partage de cette épargne.

**110.** Il est clair que le nouveau texte apporte de nombreuses modifications qui ont permis l'évolution du droit marocain de la famille, mais l'une des réserves sur laquelle les progressistes trouvent qu'elle pose problème est celle de la dernière disposition du nouveau texte. En effet, cette disposition prévoit pour toutes les situations dont le texte modifié ne permet pas d'apporter une réponse claire, le recours supplétif « *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* »<sup>129</sup>. Ainsi, par cette disposition le législateur démontre sa volonté de ne pas gérer toutes les questions du droit de la famille par le droit civil et il laisse sur maints points la liberté aux tribunaux d'y répondre avec la référence au droit musulman classique. Ainsi, le législateur confirme le non-abandon du droit musulman même avec l'approche occidentale qu'il dégage. En outre, selon les dispositions de l'article 400, le législateur marocain a réaffirmé la référence du droit musulman dans le contexte de la société marocaine en général et de la réforme du droit de la famille en particulier.

Les juges de la famille fonderont principalement leurs décisions sur le code réformé, puis sur la jurisprudence de la cour suprême si elle existe et enfin cet article permet et donne au juge le pouvoir de justifier toute décision prise sur la base principale qui est le droit musulman ou encore sur les règles de l'école malékite. Il est donc possible pour le juge de donner des décisions qui se fondent sur différentes sources notamment : *la sharia, la sunna, l'ijtihad*, la jurisprudence des anciens tribunaux de droit musulman et enfin le droit positif.

**111.** Selon les réformes menées par le législateur sur le droit de la famille, il est évident que la réforme a pu garantir une continuité du rite malékite, afin de garder toute possibilité à ce recours et ne pas prendre le risque de supprimer tous les recours possibles au droit musulman classique. Par ailleurs, le problème qui se pose est celui de savoir à quel point le juge peut se permettre de prendre en considération cette disposition afin de répondre à de nombreuses questions qui ne trouvent pas de réponses claires et explicites dans le texte réformé. C'est ce que nous allons traiter ultérieurement dans une deuxième partie sur le rôle du juge et sa référence juridique, pour voir à quel point cet article représente une grande limite pour l'ensemble de la réforme. Une limite qui s'ajoute à un ensemble d'éléments qui participent à ralentir la progression des droits de l'enfant dont ceux relatifs à la spécificité

---

<sup>129</sup> Code de la famille Marocain, 2004.

## **Section 2 : Une lente progression des droits de l'enfant en droit marocain.**

**112.** Le concept des droits de l'enfant est un concept très récent dans l'histoire du droit. Cependant, toutes les civilisations avaient leur propre conception de l'enfance selon laquelle ils réglaient la place de l'enfant dans la société en général et au sein de la famille en particulier. En effet, comme nous l'avons précisé auparavant, en Occident et plus particulièrement en France, la question des droits de l'enfant n'existait pas au Moyen Âge ; elle est seulement apparue avec la Révolution et s'est développée avec les deux guerres mondiales et la mondialisation. De la même manière, dans la société arabe en général et plus précisément au Maroc, la situation a aussi connu un long chemin d'évolutions mais qui n'a pas abouti aux mêmes résultats. En effet, les droits de l'enfant dans la société arabe ont connu d'abord la période préislamique où l'enfant était perçu comme une propriété personnelle et c'est avec l'émergence du nouveau message du prophète Mohamed que le statut juridique de l'enfant est établi et une dynamique de la prise en compte de l'enfant est née.

**113.** Les droits de l'enfant en France ont connu une évolution construite sur une conception philosophique et sur l'individualisation des droits, ce qui a permis un progrès rapide et une prise en compte claire qui s'est traduite dans les différentes branches du droit. Par ailleurs, au Maroc la situation s'avère être différente ; la progression des droits de l'enfant et la prise en compte de ce dernier en tant que personne à part entière est différente. En effet, en droit marocain la protection des droits de l'enfant a connu une évolution due à l'influence des pays occidentaux à travers la colonisation, la mondialisation et puis la signature des traités internationaux.

Cependant, le droit de la famille a gardé une grande spécificité en droit marocain suite à la préservation de nombreuses règles du droit musulman et à l'intégration de règles avec des normes internationales. Cette originalité du législateur marocain en droit de la famille a mis en place un code qui regroupe des règles du droit musulman ainsi que des règles modernes. Cette cohabitation permet des fois des contradictions dans la protection des droits de l'enfant. Afin de comprendre à quel point l'originalité défendue par le législateur marocain dans le droit de la famille a pu répondre aux besoins actuels de la protection de l'enfant au sein de la famille, et à quel point la combinaison du droit musulman et du droit positif a pu procurer à l'enfant une meilleure protection, il est important de revenir sur la perception spécifique des droits de l'enfant dans le droit musulman (Paragraphe 1), pour ensuite comprendre le renforcement de ces droits au lendemain de l'indépendance (Paragraphe 2).

## Paragraphe 1 : Une perception spécifique des droits de l'enfant en droit musulman.

**114.** En islam, la protection de l'enfant se traduit dans la protection de la famille à travers la religion et la législation. Ce regroupement représente l'unité de la famille qui est la base de la société musulmane. Ainsi, l'enfant a fait l'objet d'une protection particulière en le considérant comme la personne la plus fragile et la plus vulnérable que ça soit au sein de la famille ou dans la société en général. Comme nous l'avons déjà précisé, la compréhension du statut de l'enfant en islam ne peut se limiter au Coran. Ce dernier ne donne qu'une appréciation générale et limitée sur le rôle des adultes à l'égard de l'enfant.

Ce rôle est précisé dans l'obligation de lui garantir sa vie, veiller à son bien-être physique et moral, subvenir à ses besoins, protéger ses biens et veiller à son éducation. Par ailleurs, la Sunna qui est la tradition du prophète, vient compléter le texte coranique et apporter des explications et des précisions sur le sens du texte coranique. Sur ce dernier texte s'ajoute d'autres sources du droit musulman dont le travail des juristes dans la question de la protection de la famille en général et de l'enfant en particulier<sup>130</sup>.

**115.** Selon la terminologie islamique, l'enfant se définit par de nombreux termes qui se présentent tout d'abord dans le texte coranique. Dans ce dernier et en langue arabe en général l'enfant se fait désigner par plusieurs termes : *Tifl*, *Sabiy*, *Saghir*, *Walad*, *Fata*, *Ghoulam*. Ainsi, ces termes représentent tous la même signification mais ils sont utilisés différemment selon la spécificité de la période de l'enfance.

– Le mot *Tifl*, pluriel *Atfal* désigne le nouveau-né, tendre et doux.

– Le mot *sabiy*, désigne le jeune.

– Le mot *Walad*, au pluriel *Awlad* est souvent utilisé pour les deux sexes.

– Les mots *Fata* et *Ghoulam* désignent le jeune au masculin qui a atteint une force. Ils sont souvent utilisés pour désigner la période de l'adolescence et au féminin on parle de *Fatate* et au pluriel de *Fitiyah*.

– S'ajoute le mot *Ibn*, pluriel *Abnaa*, qui désigne la progéniture masculine et *binte* qui désigne la progéniture féminine.

Tous ces mots se rassemblent dans *Zurriya*, qui désigne les descendants en général.

De plus, il existe d'autres adjectifs qui désignent l'enfant en se référant à sa situation notamment : la situation d'orphelinat, la situation d'allaitement ou celle quand il n'est pas encore pubère. En effet, à partir de ces désignations nous allons tout d'abord étudier les étapes par lesquelles passe l'enfant depuis sa conception, passant par sa naissance et jusqu'à sa majorité (A) afin de comprendre par la suite, son statut spécifique au sein de la famille musulmane (B).

---

<sup>130</sup> Mohamad NOKKARI, L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient), Actes du colloque du 14 Janvier 2008, Société de législation comparée, 2008, p. 33.

#### *A- L'enfant de l'embryon à la puberté en droit musulman, une perception spécifique.*

**116.** En droit musulman, l'enfant est celui qui passe par de nombreuses étapes depuis sa naissance afin d'atteindre la puberté<sup>131</sup>. Cette période contient des étapes qui sont clairement réglementées par le droit musulman. Ces règles fixées par de nombreux juristes musulmans précisent la création du statut juridique de l'enfant dès l'embryon dans l'utérus et mettent fin à la puberté qui représente la majorité de l'enfant<sup>132</sup>.

**117.** Ainsi, le droit musulman considère que ce dernier bénéficie de droits préalables à sa naissance jusqu'à sa majorité. Toute cette période passe par cinq étapes notamment :

- *La période de sa conception depuis qu'il est fœtus jusqu'à sa naissance.*
- *De la naissance jusqu'à l'âge de sept ans.*
- *De l'âge de sept ans jusqu'à l'âge de la puberté.*
- *De l'âge de la puberté jusqu'à l'âge de la majorité.*
- *Enfin l'âge de la majorité qui permet une indépendance financière entière »<sup>133</sup>.*

**118.** Concernant la première étape, les juristes musulmans considèrent que la religion musulmane protège l'enfant même avant qu'il ne soit né. En effet, en droit musulman avant de devenir enfant, qui est le résultat d'une évolution prénatale, l'enfant est considéré comme un être humain. Dans le Coran, les étapes de la construction de la vie de l'être humain sont clairement exposées. Les étapes de cette création débutent d'abord en se référant à des éléments génétiques. La période embryonnaire est décrite en deux étapes, d'abord par la création d'un certain nombre de tissus et de liquides qui vont construire les traits psychiques et physiques des parents ; cette période dure les deux premiers mois de la grossesse<sup>134</sup>.

De plus, c'est sur ce principe que la Sunna vient confirmer la responsabilité de chacun des parents de bien choisir le partenaire afin de garantir de bonnes caractéristiques génétiques aux enfants. C'est dans ce sens que nous trouvons de nombreux conseils du prophète qui confirment à l'homme l'importance de choisir sa femme selon quelques critères « *La femme est choisie pour sa beauté, sa lignée, sa richesse et sa droiture* »<sup>135</sup> ; « *l'homme désirant le mariage doit aussi prendre en considération la joie que lui procure le fait de regarder sa femme* »<sup>136</sup>. Et il en va de même pour le choix de la femme ; cette dernière doit être exigeante sur la qualité de la droiture du futur mari qui se traduit dans les qualités morales et la religiosité.

---

<sup>131</sup> Cette puberté est déterminée par l'apparition des signes physiques qui laissent comprendre le pouvoir de l'enfant d'avoir des rapports sexuels qui doivent être dans le cadre légal du mariage. De plus, la puberté est aussi atteinte à l'âge de quinze ans malgré la non-apparition de signes physiques.

<sup>132</sup> Une définition basée sur la Coran, Sourate 40 verset 67 : « *C'est lui qui vous a créés de terre, puis d'une goutte sperme, puis d'une adhérence puis il vous fait sortir petit enfant pour qu'ensuite vous atteignez votre maturité et qu'ensuite vous deveniez vieux* ».

<sup>133</sup> Mohamad NOKKARI, L'enfant en droit musulman, (Afrique, Moyen-Orient) Actes du colloque du 14 janvier 2008, p. 35.

<sup>134</sup> « *Nous avons créé l'homme d'une combinaison de liquides pour le mettre à l'épreuve* », Saint Coran, Sourate Al insan, Verset 2.

<sup>135</sup> Hadithe.

<sup>136</sup> *Ibid.*

Ces deux critères s'expliquent dans l'obligation du futur mari de transmettre à l'enfant les qualités morales et physiques. Ce choix est considéré par le droit musulman comme l'un des premiers droits garantis à l'enfant avant même qu'il ne soit né<sup>137</sup>.

**119.** En outre, l'ensemble de cette période est décrit explicitement à travers de nombreux versets qui viennent confirmer la considération de l'être humain avant même sa conception. Cette dernière est visiblement mentionnée, « *Nous avons certes créé l'homme d'un extrait d'argile, puis Nous en fîmes une goutte de sperme dans un reposoir. Ensuite, Nous avons fait du sperme une adhérence ; et de l'adhérence Nous avons créé un embryon ; puis, de cet embryon Nous avons créé des os et nous avons revêtu les os de chair. Ensuite, Nous l'avons transformé en une toute autre création* ». « *Il vous a créé, dans le ventre de vos mères, création après création, dans trois coiffes (Voiles de ténèbres)* », « *Puis nous l'avons consigné, goutte de sperme, dans un espoir sûr* ».

À travers ces nombreuses sources, de nombreux savants sont arrivés à conclure qu'il existe une grande conformité entre la conception musulmane de l'humanité de l'embryon avec la conception contemporaine et scientifique. Cette conformité vient affirmer la personnalité juridique de l'enfant comme un être humain avant même qu'il ne soit né. Comme nous l'avons précisé, la Sunna est venue compléter les énoncés du texte coranique sur le début de l'être humain. Ainsi, « *Selon Abdullah ibn Omar, le prophète a dit : chacun d'entre vous rassemble ses éléments constitutifs durant quarante jours dans le ventre de sa mère : une goutte puis une adhérence durant la même période, puis un embryon (Mudhgha) puis l'ange est envoyé pour lui insuffler (arrûh) l'esprit* »<sup>138</sup>. Les juristes musulmans se sont référés à ces sources afin de préciser le statut de l'être humain avant sa naissance et de confirmer le rôle de la sharia dans la conservation de la foi, de la vie, de la raison, de la descendance et de l'être humain de manière générale.

**120.** Ensuite, on parle de l'enfant fœtus ; cette étape de la vie se traduit par la maturation des tissus et des organes du bébé ainsi que par une croissance rapide de son corps. La période fœtale voit une reconnaissance de nombreux droits pour la mère et l'enfant avant sa naissance. En effet, ce dernier acquiert avant tout le droit à la vie et toute intervention médicale qui ne soit pas dans son intérêt est interdite et est considérée comme illicite. Par ailleurs, en ce qui concerne cette intervention, les écoles juridiques connaissent quelques divergences. Les écoles *Hanbalite*, *Hanafite*, et *chafiite* autorisent l'intervention médicale jusqu'aux 120 jours alors que les *Malikit* interdisent catégoriquement l'interruption volontaire de la grossesse dans toutes les périodes<sup>139</sup>. De plus, le droit musulman vient confirmer à l'enfant avant sa naissance de nombreux droits dont : « *le droit à la possession des biens, le droit à la succession et l'enfant reste titulaire de son droit d'héritage, le droit de recevoir un testament et aux bénéfices des biens Waqf* ».

---

<sup>137</sup> Dans de nombreuses occasions les compagnons du prophète ont aussi confirmé l'importance de ce choix notamment : Omar IBN-ALKHATAB qui a été questionné sur le droit de l'enfant envers son père et qui a répondu : qu'il choisisse bien sa mère, qu'il lui donne un joli prénom et qu'il lui enseigne le coran ».

<sup>138</sup> عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أحدكم يُجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً.

<sup>139</sup> L'avortement est strictement interdit dans la religion musulmane même en cas de viol. Cependant il peut être pratiqué avant cent vingt jours à condition qu'il soit motivé par des raisons claires ou quand il met en danger la vie de la mère.

De plus, durant cette période la femme enceinte bénéficie également d'une protection spécifique comme le droit à une pension alimentaire et à un traitement avec distinction.

**121.** À partir de la naissance et au détachement de l'embryon vivant du ventre de sa mère, débute la période de l'enfance appelée en arabe (*Attoufoula*) qui dure jusqu'à l'âge du discernement. Le Coran va aussi insister sur la place que préoccupe l'enfant dans la vie sentimentale des parents et de l'importance de son arrivée dans la famille. Ainsi, le texte coranique met en place toute une réglementation des différentes situations auxquelles l'enfant va être exposé depuis sa naissance, notamment : Un droit à la filiation qui doit être le fruit d'un mariage légal, l'interdiction de l'adoption avec possibilité de la KAFALA, son droit à l'allaitement<sup>140</sup>, le droit à la garde et à la succession.

**122.** À travers cette réglementation, le texte coranique a mis en place une réglementation qui vise à produire une personne responsable dès ses sept ans. Arrivé à l'âge de discernement, l'enfant acquiert une capacité de jouissance complète. En effet, il devient capable de disposer de ses propres droits, mais quelques droits restent limités par son état de faiblesse<sup>141</sup>. Ainsi, à partir de cet âge appelé (*Attamyiz*) en arabe et qui résulte du verbe *mayyaza* signifiant distinguer une chose d'une autre, les *Fuqahaa* considèrent que l'enfant commence à concevoir et raisonner, à avoir une place sociale auprès des adultes et à se voir plier aux règles sociétales. Et son éducation morale et religieuse devient une obligation pour les parents, puisque c'est à cet âge-là que la Sunna exige à l'enfant d'accomplir ses pratiques religieuses, telles que le jeûne et la prière. Cette obligation est confirmée par une parole prophétique « *Ordonnez à vos enfants de faire la prière lorsqu'ils atteignent l'âge de dix ans ; et donnez-leur des lits séparés* ». L'éducation morale est exigée à cet âge et l'enfant est tenu au respect de nombreuses règles de politesse et de discrétion afin de garantir la bonne construction de la société<sup>142</sup>. Par ailleurs, malgré son arrivée à cet âge, sa capacité reste incomplète, car cette éducation est inachevée, que ce soit physiquement ou moralement.

**123.** Une autre étape est considérée comme très importante dans l'évolution de l'enfant au sein de la société et sur laquelle de nombreuses règles se basent. La période de la puberté ou « *al boulough* » en arabe. Pour les savants musulmans cette période définit la force qui survient à la personne et à travers laquelle cette personne devient responsable de ses actes. La puberté se traduit principalement par des transformations physiques et psychologiques et le cas échéant, se définit par l'âge.

---

<sup>140</sup> « *Les mères qui veulent donner à leurs enfants un allaitement complet, les allaiteront deux années entières* », Sourate albaqara, verset 232.

<sup>141</sup> Les doctes de l'islam ont développé avec précision les droits redevables des enfants, qui se divisent en deux : d'abord les droits des gens et puis ceux de Dieu. Ainsi, en ce qui concerne les premiers, ils précisent ceux qui doivent être exécutés par le représentant légal. On cite des droits dont l'enfant n'est pas débiteur comme ceux qui ont un aspect financier comme les tributs, les redressements et les pensions alimentaires pour les femmes.

<sup>142</sup> La sourate Loqmane contient un grand nombre de versets concernant les règles relatives à l'éducation de l'enfant afin que l'enfant soit attentif à ses comportements envers ses parents, sa famille et sa société en général, telle quelle : « *ô mon enfant, accomplis la prière, commande le convenable, interdis le blâmable et endure ce qui t'arrive avec patience. Telle est la résolution à prendre dans toute entreprise et ne tourne pas ton visage des hommes, et ne foule pas terre avec arrogance : car Dieu n'aime pas le présomptueux plein de gloriole. Sois modeste dans ta démarche, et baisse ta voix, car la plus détestée des voix, c'est bien la voix des ânes* ».

La désignation de cet âge connaît quelques divergences entre les écoles. En effet, pour les Chafrites et les *Hanbalits*, il est estimé à l'âge de 15 ans, pour les *Malikits* il est fixé à 18 ans pour les garçons comme pour les filles. À cet âge, la personne devient donc capable de remplir ses obligations et d'assumer les conséquences de ses actes ainsi que de jouir d'une capacité d'exercice complète<sup>143</sup>. Arrivé à la puberté, le mineur peut reprendre le pouvoir d'administrer ses biens et d'en disposer librement s'il atteint la maturité et la raison qu'il faut pour qu'il puisse les gérer correctement<sup>144</sup> et aussi de se marier. Dans ce cas, le père est dans l'obligation de prendre en charge les dépenses du mariage qui sont considérées comme une des obligations qu'a le père envers ses enfants, que ce soit pour le garçon comme pour la fille. Par ailleurs, cette dernière connaît des limites pour contracter son mariage ; ainsi quelques juristes considèrent que la fille, bien qu'elle devienne pubère, n'acquière pas la capacité de contracter un mariage sans l'autorisation de son père. Alors que les *Hanifits* en s'appuyant sur des versets coraniques, autorisent la femme à contracter son mariage seule sans le consentement du père. Cette justification s'explique dans les versets qui traitent le mariage ou le divorce mais qui s'adressent uniquement et directement aux femmes.

À la différence d'autres conceptions de l'enfance qui vont faire de cette période s'étalant de la naissance à la majorité de l'enfant, une période qui dure le plus longtemps possible et qui soit cruciale et sacrée. La perception musulmane valorise la période de l'enfance sans qu'elle fasse d'elle le centre de la vie humaine. Car selon cette perception musulmane, l'enfance est capitale pour chaque être humain mais reste passagère et n'acquiert pas la même importance dans la perception moderne.

**124.** En outre, bien que la période de l'enfance en droit musulman soit considérée comme courte et passagère, elle est caractérisée par une grande originalité qui se traduit par d'autres règles qui s'ajoutent à celles énoncées auparavant, comme par exemple le fait qu'il soit recommandé de dire discrètement la formule de l'appel à la prière dans l'oreille du nouveau-né. Le choix du prénom représente aussi son importance, dans l'obligation des parents de choisir un joli prénom pour l'enfant, car selon un Hadith prophétique le prénom est celui par lequel la personne sera appelée le jour du jugement.

Ainsi, ce prénom est choisi lors d'une cérémonie traditionnelle organisée le septième jour et au cours de laquelle on pratique la circoncision qui est une obligation pour tous les nouveau-nés de sexe masculin. Il est évident, que les droits attribués aux enfants en droit musulman ont d'abord un fondement spirituel et ensuite un fondement matériel. Des fondements qui visent à garantir à l'enfant une enfance épanouie et achevée afin d'atteindre l'âge adulte. En effet, elle est perçue comme une période passagère et spécifique mais qui ne représente pas une entité en soi. Ainsi, des récits prophétiques viennent confirmer la spécificité de cette période.

---

<sup>143</sup> Azzuhaili, *alfiqh wa adilatouhou*, Partie 4, p. 125, ibn hijr, fath albari, deuxième édition, Partie 5, p. 203.

<sup>144</sup> En ce qui concerne l'enfant orphelin, le Coran est clair sur cette question et mentionne : « *Epreuvez la capacité des orphelins jusqu'à ce qu'ils atteignent l'aptitude au mariage ; et si vous ressentez en eux une bonne maturité, remettez-leur leurs biens* », Sourate al Nissaa, Verset 6.

**125.** Le droit musulman se réfère à un Hadith qui évoque clairement la capacité qui mentionne que : « *Trois ne sont pas responsables : celui qui dort jusqu'à ce qu'il se réveille, l'enfant jusqu'à ce qu'il soit pubère et l'aliéné jusqu'à ce qu'il devienne sain d'esprit* ». Comme nous l'avons déjà évoqué, en droit musulman l'enfant voit sa capacité juridique et son rôle au sein de la société évoluer par rapport à son âge et sa maturité. Cette période permet à l'enfant de se préparer progressivement pour accomplir ses devoirs. Cette conception a des conséquences sur de nombreuses situations, notamment en ce qui concerne la prise en compte de la parole de l'enfant en droit musulman. En effet, il n'est pas considéré comme raisonnable de tenir compte ni de la parole de l'enfant ni de ses actes jusqu'à sa puberté. C'est pourquoi l'enfance en droit musulman se réfère principalement à une explication traditionnelle qui estime que l'ensemble de la période de l'enfance, est une progression croissante de l'enfant pour qu'il soit une personne responsable. De plus, l'acquisition de cette responsabilité comporte en elle des étapes d'âge, dont chacune est perçue différemment. La conception musulmane confirmée est synonyme d'innocence et d'incompétence ; elle ne peut être qu'une période passagère d'une prise en charge physique et morale pour les parents afin que cette période soit consacrée à l'apprentissage<sup>145</sup>.

**126.** Il est clair que contrairement à la conception occidentale qui accorde à l'enfant la place centrale au sein de la famille, la conception musulmane valorise la place de l'enfant dans la structure familiale tout en conservant la place centrale du couple et du groupe. Ainsi, l'enfant est considéré comme un accomplissement de tout ce qui a été établi entre le couple. Toutefois, cette différence de la prise en compte du statut juridique de l'enfant ne doit pas être comprise comme une indifférence du droit musulman envers l'enfant mais plutôt comme un intérêt basé sur la différence de la conception de l'ensemble de la famille dans les deux visions. L'unité et la référence familiale représentent la base de la société musulmane et de ses règles. C'est pourquoi l'individualisation des droits de l'enfant apparaît difficile ; même s'il est considéré comme une personne à part entière, son statut juridique demeure intégré au sein de la famille.

---

<sup>145</sup> Masoud RAJABI-ARDESHIRI, The rights of the child in the islamic context: The challenges of the local and the global, The international journal of children's Rights, Volume 17, Issue 3, 2009, pp. 475-489.

## ***B- Le statut spécifique de l'enfant dans sa famille.***

**127.** En droit musulman, le Coran trace le cadre légal de l'union sexuelle. Ainsi, le mariage représente la seule institution qui permet l'accueil légal de l'enfant. Ce dernier comme nous l'avons précisé auparavant acquiert un statut juridique depuis la période de sa conception jusqu'à sa puberté. Durant cette période, le droit musulman met en place des droits spécifiques à l'enfant afin de le protéger au sein de la famille et de la société en général. De plus, d'autres droits d'ordre moral ont été valorisés par le droit musulman afin de garantir à la société un être autonome et responsable. Ces droits influencent l'avenir de l'être humain et se basent sur la valorisation du rôle des parents à travers des fonctions autre que ceux d'être de simples géniteurs. Dans un Hadith, il est narré que « *Les œuvres de l'être humain s'achèvent avec sa mort sauf trois : un don permanent, une science dont tout le monde profite et un enfant pieux qui lui fasse des invocations* ». En effet, l'expression de l'enfant pieux fait référence à la responsabilité des parents dans l'instruction et la bonne éducation de l'enfant, cela dit garantir un enfant bien éduqué pour l'avenir de l'Oumma. Ainsi, il est important de souligner que le droit musulman place le droit de l'enfant à l'affection et à la bonne éducation parmi les droits fondamentaux des enfants que les parents sont tenus de respecter.

**128.** Le droit à l'affection trouve son obligation dans de nombreux *Hadith*, le prophète dit : « *Recevront la miséricorde de Dieu, les parents qui aident leurs enfants à être bienfaisants envers eux* ». « *Recevra la miséricorde de Dieu celui qui aide son enfant à être bienfaisant envers lui en le prenant avec bonté, avec amitié et en l'instruisant et en l'éduquant* ». « *Recevra la miséricorde de Dieu celui qui aide son enfant à être bienfaisant envers lui en pardonnant ses fautes et en lui faisant des invocations en ce qui concerne sa relation avec Dieu* ». « *Recevra la miséricorde de Dieu celui qui aide son enfant à être bienfaisant envers lui en acceptant ses bonnes actions et en dépassant les mauvaises et sans l'alourdir ni le violenter* ».

**129.** En outre, le droit de l'éducation succède directement à celui de l'affection. Étant donné qu'il occupe une partie très importante dans le Coran et les *Hadiths*, il est évident que dans la pensée islamique, l'éducation est fortement marquée par une empreinte religieuse. Ainsi elle consiste principalement à transmettre à l'enfant dès son plus jeune âge, deux valeurs fondamentales : la foi et la connaissance que comporte la révélation coranique<sup>146</sup>. Cette conception est considérée par les pédagogues musulmans comme le modelage de l'âme, qui doit être réalisé dès le plus jeune âge. Cette obligation apparaît clairement dans le texte coranique qui insiste sur le rôle du prophète dans l'éducation religieuse de toute sa communauté. Dans la Sourate La Vache Dieu dit : « *Notre seigneur ! Envoie-leur un prophète pris parmi eux : il leur récitera tes versets, il leur enseignera le livre de la sagesse* »<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Louis GARDET, Panorama de la pensée islamique, éd. Sindbad, Paris 1984, p. 207.

<sup>147</sup> La Coran, Sourate 2, Verset 129.

En outre, le Coran consacre un chapitre à l'éducation de l'enfant, il s'agit de Sourate « *Louqmân* » qui concentre le plus de versets relatifs à l'éducation. Cette sourate nous rapporte l'enseignement d'un sage qui s'appelait *Louqman* qui est un descendant d'*Abraham* à son fils.

Le tout premier enseignement est celui de ne pas attribuer à Dieu d'autres associés ; Dieu dit « *ô mon fils, ne donne pas d'associés à Allah, car l'association à Allah est vraiment une injustice énorme* »<sup>148</sup>. Ensuite, il lui fait remarquer que Dieu est attentif à tout ce que nous faisons ce qui signifie que l'enfant doit apprendre à bien se comporter sans avoir peur de ses parents mais du Dieu Tout-Puissant : « *Ô mon enfant ! Même si c'était l'équivalent du poids d'un grain de moutarde et que cela fût caché dans un rocher ou dans les cieux, ou sur la terre, Dieu le présentera en pleine lumière. Dieu est subtil et bien informé* »<sup>149</sup>. Ensuite, on trouve la précision sur la pratique religieuse : « *ô mon enfant, accomplis la prière, commande le convenable, interdis le blâmable et endure ce qui t'arrive avec patience. Telle est la résolution à prendre dans toute entreprise ! Et ne détourne pas ton visage des hommes, et ne foule pas la terre avec arrogance : car Allah n'aime pas le présomptueux plein de gloriole. Sois modeste dans ta démarche, et baisse ta voix, car le plus détestée des voix, c'est bien la voix des ânes* »<sup>150</sup>.

D'autres versets portent sur le comportement de l'enfant arrivé à l'âge de la puberté qui incite l'enfant à observer la nature autour de lui et d'avoir une attitude scientifique « *Ce sont autant de bienfaits de la part de Dieu !* » ; « *Certains hommes, cependant, discutent au sujet de Dieu, sans aucune science, ni direction, ni livre lumineux* »<sup>151</sup> ; « *Si on leur dit : Suivez ce que Dieu a révélé, ils répondent mais non... Nous suivrons plutôt les coutumes que nous avons apprises de nos ancêtres...* »<sup>152</sup>. À travers ces nombreux versets, le devoir des parents dans l'éducation de l'enfant est clair, pour qu'il soit un être propice pour la société musulmane et qu'il soit capable de contribuer dans la société. (Une autre spécificité pour l'enfant).

**130.** Il est évident qu'en droit musulman la prééminence du groupe sur l'individu est claire, et chaque musulman en tant qu'individu a un devoir vis-à-vis du groupe et de la société auxquelles il appartient. Ce devoir débute tout d'abord avec celui que l'enfant a envers sa famille et ses deux parents. Ces devoirs tiennent leurs fondements du texte coranique et de la Sunna. Ces fondements sont basés sur le principe d'obéissance. En effet, la base de la morale musulmane repose sur l'obéissance à Dieu qui se traduit clairement dans les commandements et les interdictions sont nettement définis. De plus, cette obéissance est explicitement hiérarchisée entre Dieu, son prophète et ses délégués dans le texte coranique quand Dieu dit : « *Croyants, obéissez à Dieu, au prophète et à ceux d'entre vous qui exercent l'autorité. En cas de désaccord entre vous, sur quelque sujet que ce soit, remettez-vous en à Dieu et à son Apôtre, si vous croyez vraiment en lui*

---

<sup>148</sup> Le Coran, Sourate 31, Verset 13.

<sup>149</sup> Le Coran, Sourate 31, Verset 16.

<sup>150</sup> Le Coran Sourate 31, Versets 17 et 19.

<sup>151</sup> Le Coran, Sourate 2, Verset 170.

<sup>152</sup> Le Coran, Sourate 2, Verset 129.

*et au jugement dernier. C'est là la solution la plus sage qui mène à bonne fin »<sup>153</sup>. Ce qui est confirmé par le prophète Mohammed quand il dit : « Ne dois-je pas attirer votre attention sur les plus graves des péchés capitaux ?... l'associationnisme et la désobéissance envers père et mère ! ». Qui réaffirme la parole de Dieu dans le Coran qui dit « Et rappelle-toi, lorsque nous avons pris l'engagement des enfants d'Israël de n'adorer qu'Allah, de faire le bien envers les pères et les mères, les proches parents... »<sup>154</sup>.*

Ainsi, cette règle d'obéissance de l'enfant à ses parents a toujours représenté un fondement de la relation parent-enfant dans la religion musulmane, affirmant que la place de l'enfant doit être prise en considération dans le cadre familial qui doit forger l'enfant à cette relation marquée d'un devoir d'obéissance aux parents dès son jeune âge. AL-GHAZALI affirme que « l'enfant est un dépôt confié aux parents, son âme pure est une substance précieuse, innocente, dépouillée de toute inscription ou image. Elle reçoit tout ce qu'on y grave, elle s'incline là où on l'incline ». Ce qui renvoie à l'obligation des parents d'inculquer aux enfants ce principe fondamental de la relation familiale. Cette référence religieuse principale a donc influencé d'une manière directe la place de l'enfant au sein de sa famille, et ce, dans la majorité des systèmes juridiques qui ont fait le choix de conserver la référence religieuse en matière familiale notamment le système juridique marocain. Toutefois, ce dernier va progressivement connaître de nombreux éléments d'influence qui vont participer d'une manière directe à modifier le champs de la protection des droits de l'enfant et à apporter de nouveaux principes fondamentaux relatifs à la famille en général et à l'enfant en particulier et ce, à partir de l'indépendance du pays.

---

<sup>153</sup> Le Coran Sourate 4, Verset, 59.

<sup>154</sup> Le Coran, Sourat 2, Verset 83.

## **Paragraphe 2 : Une protection renforcée au lendemain de l'indépendance.**

**131.** Dès son indépendance, le législateur marocain a opté pour la promulgation d'un code unique afin d'harmoniser la loi applicable en matière familiale à tous les Marocains musulmans<sup>155</sup>. La promulgation du premier statut personnel, était principalement caractérisée par l'influence de la forme du pouvoir monarchique ainsi que celui de la religion musulmane. En effet, toutes les réformes par lesquelles est passé le statut personnel ont montré l'importance que possède le pouvoir monarchique dans la figure du Roi en son rôle de chef des croyants ; un pouvoir qui justifie son intervention dans la gestion de la matière familiale. Ce rôle est clairement défini par la religion musulmane, qui donne aux dirigeants musulmans un pouvoir élargi afin de prendre les bonnes décisions et de gouverner la communauté des croyants avec les commandements de Dieu. À partir de ce principe toutes les révisions qu'a connues le code du statut personnel depuis sa promulgation ont visé l'amélioration et la modernisation de ce dernier tout en restant conforme aux règles du droit musulman.

**132.** La codification du droit de la famille au Maroc, à l'image d'autres pays africains au lendemain de l'indépendance a été un choix stratégique de la part des dirigeants afin de réunir les fractions nationales qui existaient pendant la période coloniale. En effet, la codification ne fut qu'une simple restriction des règles classiques du droit musulman qui se base sur un fond traditionnel enveloppé dans un cadre moderne. Le cadre traditionnel de la codification a gardé une référence et une fidélité au rite malékite, ce qui limitait le champ d'action des juristes<sup>156</sup>. Cette limite se traduira dans l'élaboration d'un code de statut personnel rigoriste, avec le maintien de la polygamie dans l'article 29, le maintien de la répudiation sans garantir à la femme des droits, le maintien de l'autorité du mari dans le mariage qui doit veiller à l'entretien et l'égalité entre les épouses, le mariage comme cadre légal de la filiation et d'autres cas que nous évoquerons plus tard. Ainsi, le texte précise le renvoi à la jurisprudence du rite malékite en cas de vide ou de lacunes juridiques. C'est à partir de cette base traditionnelle que le Maroc a commencé un long parcours de réformes mené par les réformistes de visions modernes afin de réussir son processus de renouvellement.

**133.** Il est évident que la norme juridique est clairement soumise à une double référence d'abord religieuse ensuite politique ; de nombreuses ambiguïtés peuvent apparaître malgré les tentatives de les estomper. Ces tentatives ont été principalement menées par des féministes qui visaient l'amélioration de la situation de la femme au Maroc. Le mouvement réformiste présidé principalement par des associations féministes<sup>157</sup>, visait principalement une égalité entre l'homme et la femme sans pour autant évoquer explicitement les droits de l'enfant.

---

<sup>155</sup> En matière de statut personnel, la communauté juive continue jusqu'à présent de se référer à la législation hébraïque.

<sup>156</sup> Faiza TOBICH, Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 2008, p. 58.

<sup>157</sup> Dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, plusieurs femmes se sont regroupées au sein d'un mouvement afin de contester les injustices qu'elles subissaient et demander une réforme du statut personnel existant.

Cependant, le contexte des droits de l'enfant en droit marocain connaît aussi une complexité dans l'établissement d'une universalité des droits, étant donné la référence au droit musulman qui peut être une source de complexité. En outre, comme nous l'avons déjà remarqué, la complexité ne réside pas dans le droit musulman sachant que ce dernier a une conception spécifique de la protection de l'enfant au sein de la famille et de la société en général. Mais la difficulté réside dans la délimitation de la norme positive par la vision ou la pensée musulmane étant donné que ce dernier joue un rôle primordial pour le législateur marocain.

Afin de mieux saisir la place que l'enfant ait occupée dans le mouvement de la codification, il serait judicieux de se pencher sur le cadre de la promulgation de l'ancien code marocain depuis 1957 jusqu'à sa dernière réforme de 2004 (A), pour ensuite saisir la complexité de la double référence du droit de la famille en droit marocain (B).

#### *A- Un cadre nouveau pour le code de la famille.*

134. Le Maroc a débuté depuis l'indépendance un long processus de modernisation du droit de la famille, avec la promulgation d'un code de statut personnel qui était insuffisante devant le progrès qu'a connu la famille marocaine. La nouvelle version de la *Moudawana* est venue améliorer et supprimer les disparités existantes au sein de la famille marocaine. En effet, cette réforme a connu un environnement politique et social qui a favorisé cette réforme. Il est clair que le pouvoir politique en la personne du Roi a joué un rôle très important dans l'adoption de la nouvelle réforme en tranchant le conflit qui existait entre deux camps de la société marocaine. D'une part, le clan des réformateurs qui demande la révision du statut personnel et d'autre part, celui des conservateurs qui réclame le maintien du modèle classique régit par le droit musulman.

À partir des premières années du règne de Mohammed VI, ce dernier s'est retrouvé confronté à de nombreux chantiers laissés par son père, dont celui de la réforme du statut personnel qui rassemble de nombreuses questions considérées comme sensibles dans la société marocaine. Ces questions portées par un nombre important d'associations féminines<sup>158</sup> ont donné au Roi l'occasion de marquer son arrivée au pouvoir et de parrainer la réforme du statut personnel, ainsi que de confirmer le pouvoir unique de la monarchie dans la réforme et l'interprétation de la norme religieuse. L'intervention du Roi dans sa qualité d'arbitre pour trancher dans les questions d'ordre religieux<sup>159</sup> a été demandée par les deux camps des conservateurs ainsi que des modernistes. En effet, comme nous l'avons déjà précisé, dans tous les pays musulmans notamment le Maroc la religion pèse encore sur la norme juridique.

---

<sup>158</sup> Un ensemble de 27 associations de diverses régions du Maroc ont formé un comité appelé « *le printemps de l'Égalité* », qui va lutter pour réformer le statut personnel. Aicha HAJJAMI, La problématique de la réforme du statut juridique de la femme au Maroc : entre référentiel et procédure », *in* revue de droit et d'économie, Fès, N° 19, 2002, pp. 33-53. CASEY, Débat autour de la réforme du code de statut personnel au Maroc : vers une recomposition du champ politique ? Mémoire de DEA en Science politique, Université Lumière Lyon 2, M-CH FERJANAL, dir., 2003, cité par : Faiza TOBICH, L'harmonisation des statuts personnels dans les pays arabes, Université de Perpignan, soutenue en 2007.

<sup>159</sup> Faiza TOBICH, Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation, Droit et religions, éd Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, sur : <https://books.openedition.org/puam/1002>.

De plus, un événement crucial va permettre l'accélération de la réforme, c'est celui des attentats du 16 mai 2003 qui va donner au Roi la possibilité d'exercer son pouvoir politique en tant que gardien de la démocratie et protecteur de la société<sup>160</sup>.

**135.** Contrairement à l'expérience tunisienne, qui avait réformé le code du statut personnel en s'inscrivant dans le principe de l'émancipation de la femme et d'une modernisation de son rôle au sein d'une société moderne, le législateur marocain a eu recours au principe de *l'ijtihad* afin de légitimer toutes les réformes portées au statut personnel, en favorisant le principe d'une interprétation moderne de la religion musulmane au profit de la famille marocaine traditionnelle. Cette vision va être défendue dès le début du projet notamment par M. BOUCETTE qui souligne l'importance de la méthode utilisée dans la réforme : « *Il s'agissait en outre de présenter à sa majesté un projet qui respecte les fondements de l'islam, et de trouver dans l'islam, ce qui permet à la société d'avancer et de se mettre au diapason du monde* »<sup>161</sup>. En outre, le principe de *l'ijtihad* dans le cadre du droit musulman a représenté la base et l'unique possibilité pour le législateur marocain de réformer le texte de la *Moudawana*. Ainsi cette importance a été soulignée par le Roi et par les responsables du comité de révision du texte.

**136.** Dans de nombreuses reprises notamment dans son discours devant le parlement, le Roi confirme son autorité religieuse : « *Je ne peux en ma qualité de commandeur des croyants, autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé* ». Ce repère religieux représente un élément qui fait partie de la stratégie menée par le pouvoir politique afin de légitimer à la fois la réforme mais aussi le rôle du Roi en sa légitimité religieuse<sup>162</sup>. La possibilité qui a été mise en place pour le législateur marocain a permis l'installation d'un nouveau modèle familial musulman, ayant connu une importante réforme juridique. Cette dernière était clairement imprégnée par l'adaptation du droit musulman aux mutations sociales que connaissait le Maroc. De même, le pouvoir du Roi en la matière permet d'imposer et de maîtriser tout courant qui soit contraire aux projets de la monarchie. Les directives données aux responsables de cette réforme étaient d'accueillir les membres des associations et les défenseurs des droits de l'Homme et de prendre en considération le besoin social et sa diversité. La question de la norme religieuse et juridique va se poser tout au long du projet ; elle va influencer de nombreuses questions sur lesquelles les membres de la commission ne seront pas d'accord même à la fin de la réforme. En effet, M. BOUCETTA<sup>163</sup> va rechercher tous les éléments nécessaires pour de légitimer la réforme. Cette vision a permis une nouvelle orientation législative avec des principes plus modernes qui permettent l'intégration du rôle de la femme et de l'enfant dans la société et dans la famille.

---

<sup>160</sup> Faiza TOBICH, L'harmonisation des statuts personnels dans les pays arabes, op, cit, p. 76.

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Cette légitimité du Roi-sultan écrit Mohamed TOZY : « Le Roi sultan dans sa quête de légitimité religieuse réécrite et aseptisée, combine avec un certain savoir-faire les registres hagiographiques, juridiques et théologiques. Cela dans deux directions : politique (affaiblissement des clercs et entretien du pluralisme religieux) et doctrinale (monopolisation de l'interprétation de la religion et sacralisation de la personne du descendant du prophète) », Mohamed TOZY, Monarchie et islam politique au Maroc, Presse de la fondation nationale des sciences politiques Paris, 1999, p. 20.

<sup>163</sup> Une grande figure du parti *d'istiqlal* (indépendance) qui va remplacer M. Driss DEHAK.

**137.** Il est évident que la réforme de 2004 a porté en elle deux grands aspects d'évolution : l'égalité des sexes et la protection de l'enfance. L'harmonisation de la norme religieuse avec celle juridique a permis la libération de la femme de la domination de l'époux afin de créer un couple équilibré dans les conditions du mariage et la gestion des affaires familiales. Par ailleurs, malgré les efforts, cette réforme sera également marquée par le maintien de nombreuses pratiques qui font clairement référence à la religion et dont le législateur n'a pas pu les modifier ou utiliser la méthode de *l'ijtihad* notamment pour les pratiques qui sont explicitement autorisées dans le texte coranique dont la polygamie et le droit des successions. En ce qui concerne la première, le législateur fait l'effort de réglementer la pratique et de donner au juge un rôle majeur dans son autorisation. En ce qui concerne les successions, le législateur s'est affronté à un texte dont les dispositions sont clairement expliquées dans le Coran. Ainsi, en ce qui concerne cette question, le législateur ne va rien changer en la matière.

**138.** Il est important de mettre la lumière sur un point qui pèse sur l'évolution du droit de la famille et qui laisse une certaine résistance en la pratique de ce droit. En effet, dans une société comme le Maroc où la religion musulmane et la tradition restent ancrées dans la conscience de chaque membre de la société, il est difficile de parler de changement ou de tout acte contraire aux mœurs et aux cultures<sup>164</sup>. Par conséquent, toute révision du droit de la famille était perçue comme un outrage à la norme et à l'héritage culturel qui reste conservateur.

Cette vision conservatrice de la famille se traduit dans le refus de la société marocaine d'accepter le changement de la famille classique considérée comme la famille large qui lutte contre l'individualisation des droits de ses membres, et d'accepter l'existence de la famille moderne à l'image de celle occidentale ; un paradoxe qui reflète la grande difficulté de réformer un droit familial à une double référence.

---

<sup>164</sup> Khoulood BENTAYEB, La réforme du divorce en droit marocain : entre traditions religieuses et influences occidentales, Mémoire, Université catholique de Louvain, 2015, p. 43.

## ***B- La complexité de la double référence juridique des droits de l'enfant.***

**139.** Le droit musulman constitue jusqu'à présent une source principale pour les droits de l'enfant. Le législateur marocain a modernisé ce droit à travers l'intégration du droit positif qui comprend les lois constitutionnelles, les traités internationaux et les lois ordinaires. Ainsi, le législateur a tenté de réglementer la question des droits de l'enfant d'une façon originale, marquée d'un caractère composite entre la norme du droit musulman et celle du droit positif. Cette composition tient son origine de l'histoire du pays et ce, depuis le protectorat en 1912. Avant cette époque, *le Maroc se basait uniquement sur le droit musulman afin de régir toutes les matières juridiques : le droit des contrats, le droit commercial, le notariat, le statut personnel et la hisba*<sup>165</sup>. Par ailleurs, à partir du protectorat, le droit marocain va connaître un bouleversement juridique avec l'adoption d'un certain nombre de règles inspirées directement du droit français<sup>166</sup> et seul le statut personnel et le droit successoral, les questions relatives aux immeubles non immatriculés et au *waqf*, resteront régis par le droit musulman. En outre, à l'indépendance, l'État marocain ne va rien changer à cette situation. En effet, le statut personnel a connu une codification assez complexe qui se base sur le texte divin mais aussi sur la jurisprudence du rite malékite, ce qui explique la difficulté de mettre en avant des réformes qui améliorent les textes concernant la femme et l'enfant.

**140.** La complexité du système juridique marocain se traduit clairement dans sa référence à la fois à la norme musulmane et à la norme positive. Ainsi, l'État a fait un choix qui reste original mais complexe à appliquer en la matière. Le choix du Maroc, dès son indépendance, a été l'adoption d'un islam d'État qui a été inscrit dans toutes les constitutions qui vont avoir une volonté d'une dominante identité arabo-musulmane<sup>167</sup>. Elles confirment que la religion officielle de l'État est l'islam<sup>168</sup>. Ainsi, dans la constitution de 2011, il est inscrit que : « *L'islam est la religion de l'État, qui garantit à tous le libre exercice des cultes* »<sup>169</sup>. Également, dans son préambule il est confirmé que : « *L'État musulman souverain, attaché à son unité nationale et à son intégrité territoriale, le royaume du Maroc entend préserver, dans sa plénitude et sa diversité, son identité nationale indivisible... Son unité forgée par la convergence de ses composantes arabo-islamique, amazighe et saharo-hassanie...* »<sup>170</sup>. Ce texte de la constitution confirme clairement le rôle exclusif de l'État en matière religieuse ; un rôle qui se traduit dans la détermination du rite et de l'interprétation religieuse à suivre.

<sup>165</sup> Hanane ELQOTNI, thèse, *op. cit.*, p. 159.

<sup>166</sup> De nombreux textes ont vu le jour à partir de cette époque: Un Dahir du 12 août 1913 sur la condition des Français et des étrangers au Maroc ; Dahir du 12 août 1913 formant le code de procédure civile ; Dahir 12 août 1913 pour le code de commerce ; Dahir dans la même année sur l'immatriculation foncière ; le code de commerce maritime du 31 mars 1919 ; Le code foncier du 2 juin 1915 ; le code minier par le Dahir du 15 septembre 1923 et bien d'autres. Ainsi, il est à noter que ces règles ont été appliquées sur les Marocains alors qu'au début elles étaient appliquées uniquement sur les étrangers ou sur les Marocains qui ont des rapports avec les Français. Ahmed CHERKAOUI « L'évolution du droit marocain à travers la législation », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, n°10, Rabat, 1981, p. 171.

<sup>167</sup> Dans l'article 106 de la constitution de 1996, il est clairement précisé que les dispositions relatives à la religion musulmane ne peuvent faire l'objet d'une révision constitutionnelle.

<sup>168</sup> Dans la constitution Marocaine de 1996, l'islam est la religion de l'État qui garantit à tous le libre exercice des cultes.

<sup>169</sup> La constitution Marocaine de 2011, art. 3.

<sup>170</sup> La constitution Marocaine 2011, Préambule.

En effet, ce rôle exercé par l'État a été renforcé par l'influence occidentale ; le droit musulman et l'Islam vont être considérés comme des affaires d'État<sup>171</sup>. Cette vision est aussi renforcée avec un pouvoir de la monarchie en la personne du Roi.

**141.** Ainsi, à travers la légitimité de la monarchie et du monarque en tant que commandeur des croyants, le droit musulman se trouve soumis aux directives du Roi avec la consultation des oulémas. Par cette confirmation constitutionnelle de l'État, l'importance de la référence religieuse malgré sa différente prise en compte est explicite dans tous les domaines du droit, même dans les domaines où elle n'est pas appliquée directement représentant une source d'inspiration<sup>172</sup>.

Cependant, pour l'État marocain l'aménagement de la norme religieuse et du droit positif paraissent clairement difficiles dans les textes juridiques en général et en droit de la famille en particulier. Il est clair que, contrairement à d'autres pays arabes qui ont le droit musulman comme seule source du droit et où les textes de la sharia s'appliquent directement, le choix du Maroc est différent.<sup>173</sup> En effet, avoir le droit musulman comme source pour le législateur marocain signifie avoir ce droit comme une source d'inspiration et un esprit général. Par ailleurs, l'essai de nombreux pays arabes comme les pays du Maghreb en général, dont le Maroc, trouve sa difficulté dans cette caractéristique complexe où il est délicat de séparer la norme juridique de la norme religieuse. De plus, il est à noter que le législateur marocain tente toujours d'avantager la norme juridique afin de moderniser les règles de la *sharia* et du *fiqh*.<sup>174</sup>

**142.** Cet aménagement peut prendre deux formes : soit celle d'une intégration catégorique de la norme religieuse comme l'exemple de mentionner la religion de l'État dans la constitution, – ce qui confirme la référence explicite au droit musulman et justifie la présence du droit musulman dans de nombreuses lois –, soit de séparer la norme religieuse de la norme juridique en fonction des domaines. En effet, le législateur marocain a déjà fait le choix de séparer le rôle de la religion selon les domaines, en modernisant de nombreux secteurs tel que le droit commercial, le droit pénal, le Code civil, etc., tandis que pour le droit de la famille en général ainsi que quelques secteurs traditionnels, le législateur fait le choix de garder le droit musulman comme référence mais aussi comme la base principale de réglementation<sup>175</sup>. Un autre exemple tenté par le législateur marocain se base sur la combinaison claire entre les deux normes afin que ça soit dans l'intérêt politique et stratégique de l'État comme l'exemple de la Baya'a.

---

<sup>171</sup> Stéphane PAPI, p. 443.

<sup>172</sup> Layachi MESSAOUDI, *Grandeur et limites du droit musulman au Maroc*, RIDC, 1995, p. 151.

<sup>173</sup> Dans le monde arabe, la référence religieuse diffère d'un pays à un autre. Certains pays exigent la conformité de la loi de la sharia avec leurs lois, d'autres prennent cette référence en tant que source d'inspiration pour le législateur.

<sup>174</sup> Il est important de souligner qu'actuellement au Maroc les lois applicables sont celles établies par le législateur qui puise ces lois dans la référence au droit musulman, considéré comme une référence nationale ainsi que dans les conventions et les traités internationaux qui sont ratifiés par le Maroc et qui sont marqués par un aspect laïque.

<sup>175</sup> Le choix du législateur marocain de moderniser quelques domaines à travers l'application du droit positif crée quelques discriminations dans de nombreuses situations notamment dans le cas du non-recours de la personne au droit positif ; le recours est clairement fait pour le droit musulman. Ainsi que pour d'autres questions, le droit musulman reste le seul droit qui maintient la situation en absence du droit positif.

La complexité de trouver un aménagement entre les deux normes apparaît clairement dans les lois, avec l'absence d'une seule méthode explicite pour cet aménagement ce qui crée une pluralité dans le système juridique et rend assez difficile l'interprétation et l'application par les juristes<sup>176</sup>.

Il est évident que le droit musulman marque le droit de la famille dans l'ensemble des pays arabes, notamment le droit marocain (malgré la réforme de 2004) considéré par un grand nombre de juristes marocains comme révolutionnaire pour la protection de la famille et de l'enfant. Le droit musulman continue d'irriguer l'ensemble du texte du droit de la famille dans une influence directe, explicite et vaste.

**143.** La latitude donnée au droit musulman par le législateur est claire puisque en cas de silence du texte, le législateur précise et insiste dans l'article 400 du code de la famille, sur l'obligation du juriste de se référer au droit musulman et au rite malékite ou à la jurisprudence (ijtihad). Cette référence est aussi confirmée dans le préambule du code de la famille avec le recours au discours royal qui insiste sur l'obligation de garder à l'esprit la source de l'islam pour tout jugement rendu<sup>177</sup>. Ce recours au droit musulman comme nous l'avons déjà précisé est avant tout une volonté souveraine qui veille au respect de l'islam.

**144.** Par ailleurs, ce renvoi au droit musulman et son application ne sont pas identiques pour l'ensemble des membres de la famille. En effet, les règles changent et les degrés de la prise en compte du droit musulman diffèrent par rapport à chaque situation juridique des membres de la famille ; elle peut être explicitement détaillée comme elle peut être symbolique. En droit marocain, les questions qui ont le plus gardé les dispositions du droit musulman et qui ont marqué la dernière réforme de 2011 sont principalement celles du mariage, du divorce et de la filiation. Comme nous l'avons précisé au début de ce chapitre, le mariage est l'une des institutions qui a gardé une marque réelle du droit musulman à partir des fiançailles (promesse du mariage) jusqu'à la conclusion de l'acte du mariage<sup>178</sup>. Ainsi, la totalité des articles du code de la famille qui traitent la question attestent que le législateur ne s'est pas éloigné du cadre religieux en la matière.

**145.** Néanmoins, en ce qui concerne le divorce, le législateur a pu intégrer la norme juridique en avantageant l'intervention du juge dans la procédure du divorce, ce qui a affaibli le caractère religieux de l'institution. Cependant, l'attachement du législateur au droit musulman est clair dans le texte réformé. À savoir qu'il s'agit d'une réforme qui touche plus la forme que le fond de l'institution ; l'abandon des qualificatifs de la dissolution du mariage utilisés en droit musulman en les remplaçant avec d'autres termes notamment avec l'exemple de la répudiation qui est maintenue malgré les revendications des féministes de la supprimer<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Les juristes connaissent une difficulté qui se traduit dans l'application des lois, selon la formation des juges, la région, la religion et le mode de travail dominant. Laraychi MESSAOUDI, *op. cit.*, p. 147.

<sup>177</sup> Code de la famille marocain de 2004.

<sup>178</sup> Toutes les conditions de la conclusion du mariage gardent le caractère du droit musulman.

<sup>179</sup> La répudiation est maintenue dans l'article 78 du code de la famille sous le vocable de : Divorce sous contrôle judiciaire. Caroline HENRICOT, L'application du code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage, in : journal des tribunaux, n°6449, p641.

Toutefois, la volonté du législateur de moderniser et de mettre en place la règle juridique est considérée comme une avancée avec l'apparition du divorce par consentement mutuel qui est prévu dans l'article 114 du Code marocain de la famille. Un article qui permet de mettre en avant le principe de l'égalité entre un homme et une femme et de donner la possibilité au couple de se mettre d'accord pour divorcer.

Cette méthode est considérée comme nouvelle et méconnue par le droit musulman, cependant c'est loin qu'elle puisse représenter un vrai progrès, étant donné que la jurisprudence démontre qu'« il y a un décalage entre la formulation libre, volontaire et égalitaire qui aurait dû faire de ce divorce un mode civilisé et respectueux de dissolution du mariage, et une pratique qui semble parfois assimiler le divorce par consentement mutuel au divorce khôl »<sup>180</sup>. Une autre question marquée par le maintien explicite de la norme religieuse est celle du sujet de la filiation. Le législateur marocain n'a accordé aucune modification en ce qui concerne les dispositions sur la filiation qui ont gardé les mêmes appellations : *Nasab, Alfirach, Iqrar, Choubha, Istilhak, Liâane*. Malgré les quelques modifications apportées dans le code de la famille, la question de la filiation reste l'une des questions avec laquelle le législateur a eu le plus de difficulté à modifier vue la force de la référence au droit musulman. En outre, avec une lecture stricte du droit musulman, même le travail de réflexion « *Al ijtihad* » reste difficile pour les praticiens<sup>181</sup>.

Nous consacrerons un chapitre au cours de la deuxième partie à la question de la filiation afin de détailler la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit marocain. Il est important de souligner que le droit musulman ne constitue pas une source directe en ce qui concerne la protection des droits de l'enfant en général mis à part la question de la filiation et de la garde (*Al Hadana*) dont le code marocain de la famille s'inspire pour quelques obligations<sup>182</sup>. Ceci est clairement démontré dans les divergences qu'entretient le code de la famille avec le droit musulman. En effet, si l'enfance en droit musulman débute de l'embryon jusqu'à la puberté, le code de la famille ne définit pas l'enfant ou l'enfance mais il fixe l'âge de la majorité à 18 ans et considère que l'enfance est l'ensemble de la période depuis la naissance jusqu'à la majorité.

De plus, le code marocain de la famille n'attribue aucun statut juridique à l'enfant avant sa naissance et ne précise dans aucun de ses articles une référence aux droits de l'enfant avant la naissance auxquels le droit musulman donne une grande importance. Le choix du législateur marocain d'orienter les règles de la protection des droits de l'enfant vers le droit positif et de ne pas accorder à l'enfant des droits pendant cette période à l'exception de l'alinéa 1 de l'article 54 du code de la famille qui insiste sur le fait d'*assurer leur protection et de veiller à leur santé depuis la conception jusqu'à l'âge de la majorité* ».

---

<sup>180</sup> Caroline HENRICOT, *op. cit.* p. 10. Thèse Lyon.

<sup>181</sup> De nombreuses associations féministes estiment que le Maroc a raté son rendez-vous avec l'évolution de la famille et de la société en général à travers la réforme de 2011 en refusant de briser la sacralité de la question de la filiation, et de garantir à l'enfant une protection complète au sein de la société.

<sup>182</sup> L'article 54 du code de la famille énumère les devoirs des parents à l'égard de leurs enfants.

Par ce choix, le législateur a tranché en laissant les règles du droit musulman de côté, en les considérant d'ordre moral et religieux sans plus et en ôtant le caractère juridique et obligatoire à ces règles. Ce choix a facilité au Maroc l'harmonisation du droit national de la famille en général et ceux de la protection des droits de l'enfant en particulier avec les règles du droit international et de toutes les conventions que le Maroc a ratifiées. En outre, il a permis au législateur d'intégrer la protection des droits de l'enfant dans le code de la famille à travers :

- Les droits de l'enfant à la naissance.
- Les droits de l'enfant au moment du mariage.
- Les droits de l'enfant pendant la vie conjugale.
- Les droits de l'enfant à la rupture du lien conjugal.
- La capacité, la représentation légale et la protection personnelle et patrimoniale de l'enfant.

Par ailleurs, malgré la tentative du législateur marocain de mettre en place un Code de la famille moderne qui tente de répondre aux besoins de la société actuelle, l'influence du droit musulman représente une complexité dans de nombreuses questions et la confrontation des conventions et des traités internationaux ratifiés par le Maroc en matière de protection des droits de l'enfant à cette différence de la conception ne facilite pas l'effectivité de ces derniers en droit marocain, bien qu'elles soient un facteur important de la protection et de l'accélération des droits de l'enfant.



## **Chapitre II : La place des conventions internationales.**

**146.** Une des notions les plus glorieuses que le monde a connue est celle des Droits de l'Homme. Cette notion a permis la naissance des droits fondamentaux de chaque personne, à travers les dispositions des instruments internationaux qui ont constitué un grand bouleversement d'abord en Occident et puis dans d'autres sociétés qui ont accepté de signer et de ratifier ces instruments. En effet, ces derniers ont poussé la réflexion sur l'humain en général et sur l'enfant en particulier. De plus, les transformations politiques, économiques et sociales ont affecté la conception des droits de l'Homme. Ces instruments sont composés de ceux de portée générale qui ont touché indirectement l'enfant et qui ont permis l'accélération de la naissance des textes spécifiques à chacun notamment ceux relatifs aux droits de l'enfant. Ainsi, pour les premiers, leur généralité relative aux droits de l'homme et à valeur déclarative a mis en place une difficulté de reconnaissance à la spécificité de l'enfant.

**147.** Cependant, la reconnaissance des droits de l'enfant à travers des conventions spécifiques n'a pas pu estomper certaines particularités notamment les différentes sources d'inspiration relatives aux particularismes nationaux et régionaux, les différences culturelles et religieuses ainsi que la vision spéciale de l'être de l'enfant au sein de chaque société mais aussi la différence des systèmes juridiques des pays signataires. Toutes ces différences ont mis en place des obstacles à l'universalité des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme et de l'enfant, ce qui a permis l'émergence de certaines limites au respect des droits de tous, dont l'enfant dans de nombreux pays et dans de différentes situations.

Malgré la prise en compte de la question des droits de l'enfant dans les dispositions des instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme qui touchent indirectement l'enfant et leur intégration comme une garantie formelle des droits de ces derniers (Section1), ces conventions ont gardé une forme déclarative et sont restées insuffisantes dans le traitement de toutes les questions qui concernent la protection spécifique de l'enfant. Ainsi, la communauté internationale, a pris en compte cette spécificité de la personne de l'enfant et a adopté la CIDE ou la Convention des Nations Unies relative aux droits des enfants. Toutefois, la CIDE qui va mettre en avant la priorité universelle des droits de l'enfant va aussi être confrontée à de nombreuses limites dans la protection de la personne de l'enfant (Section 2).

## **Section 1 : L'intégration des conventions internationales comme une garantie formelle des droits de l'enfant.**

**148.** En occident, la reconnaissance universelle des droits de l'enfant a été d'abord déclenchée par une révolution sociétale marquée par une pensée philosophique durant le siècle des Lumières. La reconnaissance d'une nouvelle conception de l'enfant a vu le jour à travers l'émergence des droits spécifiques à l'enfant. Cette pensée philosophique a servi de fondement pour les textes internationaux qui, à travers leur caractère juridique, obligent les États au respect des droits de l'Homme en général et de l'enfant en particulier. Ces textes sont la première garantie formelle des droits de l'enfant.

**149.** Par ailleurs, l'élaboration des conventions internationales relatives à la protection des enfants a débuté depuis quelques années, mais elle a connu une grande multiplication dans la période récente qui a vu la création d'autres grands textes qui visent la protection de l'enfant dans l'ensemble des situations. L'élaboration récente de ces textes est aussi le fruit d'un contexte historique et d'une prise de conscience des dangers auxquels le mineur est confronté, de l'abaissement du taux de la natalité, de la circulation des biens et des personnes ou encore de l'évolution de la société.

De plus, d'autres situations ont permis également cette accélération notamment : l'enlèvement d'enfants d'un État à un autre, le manque d'enfant adoptable, l'accroissement du désir d'enfants, le progrès de la science, le sort des enfants réfugiés et les enfants exploités. En droit marocain l'adoption et l'intégration des conventions internationales relatives aux droits de l'enfant ont connu un autre contexte d'adoption et d'application qui reste considéré comme récent et fragile.

**150.** Ainsi, de nombreuses conventions mises en place sont considérées comme des facteurs d'accélération de la protection des droits de l'enfant dans la plupart des pays signataires. En effet, l'intégration de ces conventions en droit interne permet une grande évolution dans les différentes branches de droit qui concernent l'enfant notamment le droit de la famille (Paragraphe 1). Cependant, le contexte historique et culturel influence clairement l'adoption de ces conventions ainsi que l'application de leurs règles. Par ailleurs, elles sont considérées dans les deux systèmes juridiques telle une garantie formelle de la protection des droits de l'enfant. Toutefois, l'engagement capital pour ces Etats dans l'objectif de garantir une meilleure protection des droits de l'enfant est celui de la CIDE et son exclusivité à l'égard des droits de l'enfant (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : La protection des droits de l'enfant au regard des conventions internationales.**

**151.** À partir de la Deuxième Guerre mondiale, la reconnaissance du besoin de protéger l'enfance a pris une très grande ampleur, d'abord en Occident, puis progressivement dans le reste des pays du monde. La mise en place des Nations Unies en 1945, a permis l'adoption d'importants textes en vue de l'affirmation des droits de l'Homme. En effet, les premiers instruments juridiques internationaux gardaient un caractère général à valeur déclarative.

Le besoin d'une reconnaissance spécifique aux droits de l'enfant a permis l'émergence de nombreuses conventions internationales relatives à l'enfant. Toutes ont pour sujet la protection de l'enfant, ainsi que l'affirmation de ses droits fondamentaux. Pour autant, *« il importe de souligner la diversité de ces textes qui découlent tout d'abord de différents organes tels que les Nations-Unies, le Conseil de l'Europe, la conférence de la Haye de droit international privé, ou encore des négociations bilatérales entre les États »*<sup>183</sup>. En outre, le champ d'application de ces textes est considéré comme assez divers, et connaît aussi une divergence entre des textes à vocation universelle et d'autres régionaux ou nationaux.

**152.** La diversité de ces textes touche également leurs rôles qui se répartissent en deux catégories. D'une part, il y a les textes qui incitent les États parties à modifier leurs législations internes en les invitant à intégrer et à veiller au respect des normes de la convention. D'autre part, on retrouve les textes qui gardent un caractère international et qui mettent en place des règles afin de répondre aux conflits de lois et de juridictions qui peuvent exister entre les États notamment l'exemple des conventions de La Haye.

---

<sup>183</sup> Hugues FULCHIRON, L'enfant et les conventions internationales, sous la dir de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Rainer FRANK, Presse universitaires de Lyon, 1996, p. 19.

#### ***A- La ratification des conventions internationales et la spécificité du régime Marocain.***

**153.** La reconnaissance des droits de l'enfant est passée par de nombreuses étapes qui ont marqué son histoire d'évolution. En effet, les premiers instruments juridiques internationaux qui touchaient d'une manière directe ou indirecte l'enfant étaient considérés comme des textes à valeur déclarative et générale qui ne présentaient aucun caractère contraignant<sup>184</sup>. Ainsi la mise en place des Nations Unies en 1945 a été accompagnée avec l'adoption de nombreux textes qui affirmaient l'obligation du respect des droits de l'Homme en général. Ces textes représentaient des instruments sûrs qui valorisent l'être humain et la protection de ses droits.

**154.** En France, la question des droits de l'Homme est considérée comme ancienne et découle d'un long processus d'évolution qui a débuté avec le siècle des Lumières en passant par la Révolution française puis en affirmant les principes de la Déclaration des droits de l'Homme et des citoyens de 1789 pour arriver à la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Ces éléments ont permis à la France et à tous les pays occidentaux de manière générale de développer les principes des droits de l'Homme à travers de nombreux mécanismes. Par ailleurs, la question des droits de l'Homme dans le monde arabe en général et au Maroc en particulier est estimée comme récente. En effet, sa nature, son origine et son émergence ont connu un contexte différent. Le régime marocain a, depuis l'indépendance, tenté de caractériser la transition politique et démocratique par l'affirmation de la notion des droits de l'Homme, une notion qui est restée longtemps un tabou social et politique et qui a présenté un enjeu pour le pays.

**155.** Le Maroc, depuis 1956, a participé et adhéré à un large dispositif conventionnel qui a été adopté aussi bien dans un cadre régional qu'universel. Pour cela, il est important de souligner le rythme accéléré du Maroc dans la ratification des traités internationaux afin de démontrer la volonté politique de s'engager dans le changement et le développement du respect des valeurs universelles des droits de l'Homme. Cette adhésion se traduit aussi à travers le nombre de conventions bilatérales qui permettent d'évaluer le niveau d'adhésion du Maroc aux valeurs universelles<sup>185</sup>. Ainsi, la souscription du Maroc aux différents textes internationaux met en évidence la valeur de ces instruments clairement introduits dans le droit interne du pays. Par conséquent, l'intégration de ces textes a aussi été influencée par le contexte historique, culturel et surtout religieux du royaume.

**156.** Deux grands acteurs ont permis la préparation politique et sociétale pour le renforcement des droits de l'Homme : tout d'abord, l'image de la monarchie sur le plan international à travers la volonté et les réalisations des trois monarques depuis l'indépendance, puis la naissance des partis politiques notamment ceux issus du mouvement anticolonial.

---

<sup>184</sup> Jean. FERNAN-LAURANT, Les droits de l'homme, fondement de toute éthique et de toute idéologie : De la déclaration française à la déclaration universelle in Commission Nationale consultative des droits de l'Homme, 1989, Les droits de l'homme en question, LA DOCUMENTATION FRANCAISE, Paris, 1989, p. 214.

<sup>185</sup> C. SERGUINI, Le Maroc et les règles internationales des droits de l'Homme, in Driss. BASRI, Le Maroc et les droits de l'Homme, positions et perspectives, L'Harmattan, Paris 1994, p. 286.

Afin de comprendre la question de l'adhésion du Maroc aux principes et aux valeurs des droits de l'Homme à travers les nombreuses conventions qu'il a signées et ratifiées, il est important de mettre la lumière sur la spécificité du régime marocain dans l'intégration des principes internationaux dans la constitution et dans le droit interne. Le Maroc a connu six constitutions à travers lesquelles le royaume a insisté sur sa prise en compte des principes universels des droits de l'Homme. Ainsi, durant le règne des trois monarques, la question des droits de l'Homme a toujours représenté une priorité. De plus, le Roi est considéré comme un acteur principal dans l'instauration et le développement des droits de l'Homme dans le pays ; cette domination du Roi confirme sa légitimité en tant que commandeur des croyants et représentant suprême de la nation. C'est un rôle qui a été explicitement introduit dans les anciennes constitutions<sup>186</sup>. En effet, la politique des trois monarques dans l'instauration d'un État de droit débutait tout d'abord par l'adhésion de l'appareil étatique aux conventions internationales, avec la conservation de la spécificité du système politique.

157. Dans les constitutions antérieures à celle de 2011, la ratification des conventions internationales était principalement attribuée au chef d'État dans sa qualité de représentant suprême de la nation ainsi que pour son statut religieux du commandeur des croyants. La concentration et l'unité du pouvoir en la personne du Roi influençaient clairement les décisions étatiques dans la ratification des conventions. Cependant, cette situation a connu un grand changement à l'avènement du nouveau texte. En effet, le rôle du Roi en la matière a connu quelques modifications : désormais la dernière constitution a renforcé les compétences législatives et de nombreuses dispositions ont renforcé les compétences du parlement notamment en matière de loi<sup>187</sup>. Ce renforcement permet dorénavant au parlement de ratifier certaines conventions internationales comme « *les Traités de paix ou d'union ou ceux relatifs à la délimitation des frontières, les traités de commerce ou ceux engageant les finances de l'État ou dont l'application nécessite des mesures législatives ainsi que les traités relatifs aux droits et libertés individuelles ou collectives des citoyennes et des citoyens* »<sup>188</sup>. Cependant, malgré la réforme portée par la constitution sur la délégation du rôle du roi dans la ratification des textes internationaux, l'accord de ce dernier reste obligatoire et influence clairement les choix du royaume dans l'harmonisation du droit interne avec les principes internationaux.

Ainsi, Il est évident que l'adhésion aux textes internationaux influence clairement le droit interne ; cette influence peut être évidente dans l'intégration explicite d'un principe universel dans le droit positif ou indirecte par le biais de moderniser l'esprit des lois réformées après la ratification d'un texte international. L'influence directe ou indirecte des textes internationaux demeure difficile à définir dans le système juridique marocain.

---

<sup>186</sup> Dans l'ancienne constitution de 1994, l'article 19 énonce que « *Le Roi, Amir Al Mouminine, représentant suprême de la nation, symbole de son unité, garant de la pérennité et la continuité de l'État, veille au respect de l'islam et de la constitution. Il est le protecteur des droits et libertés des citoyens, groupes sociaux et collectivités. Il garantit l'indépendance de la nation et l'intégrité territoriale du Royaume dans ses frontières authentiques* ».

<sup>187</sup> Omar BENDOUROU, La nouvelle constitution Marocaine du 29 juillet 2011, Revue française de droit constitutionnel, n°19, 2012/3, p. 527.

<sup>188</sup> Article 55 de la constitution Marocaine de 2011.

En effet, pour qu'un texte international ratifié soit intégré dans le droit interne, il est important de comprendre le rapport de la norme internationale et la position des juridictions nationales ainsi que la suprématie de la norme internationale sur l'ordre juridique interne.

158. Si, en droit français, l'applicabilité des conventions internationales est précise et clairement interprétée par le conseil de l'État notamment après le tournant jurisprudentiel de 2012, en droit marocain la question a toujours été complexe. En effet, dans l'ancienne constitution, la question de la suprématie des textes internationaux demeurait imprécise sur l'autorité du droit international, bien que dans son préambule, l'affirmation de la prise en compte des conventions et des traités internationaux reste ambiguë et non explicite<sup>189</sup>. Par ailleurs, la constitution de 2011 a rompu avec les anciens textes en la matière. Le texte confirme clairement dans son préambule ce qui suit : « *État musulman souverain, attaché à son unité nationale et à son intégrité territoriale, le Royaume du Maroc entend préserver dans sa plénitude et sa diversité, son identité nationale unie et indivisible (...) le Royaume du Maroc État uni, totalement souverain appartenant au grand Maghreb, réaffirme ce qui suit et s'y engage (...) accorder 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 harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale* »<sup>190</sup>.

En effet, par la réforme constitutionnelle de 2011, le Maroc a confirmé sa volonté d'intégrer le droit international comme une source interne qui permet le meilleur respect des valeurs universelles. Cependant, la suprématie du texte international n'est pas automatique, étant donné qu'elle doit répondre à un nombre de conditions mentionnées dans la constitution marocaine, notamment : la ratification des textes internationaux, le respect de l'identité nationale et la publication. Ces mécanismes sont considérés par de nombreux auteurs et acteurs associatifs comme des limites dogmatiques à l'alignement sur les conventions internationales. Ainsi, la complexité de l'intégration des conventions internationales dans le droit interne est claire dans les modalités d'intégration citées dans l'article 55 de la constitution<sup>191</sup> qui confirme que les conventions internationales ne sont ratifiées qu'après l'approbation de la loi.

---

<sup>189</sup> La suprématie d'un texte international sur le droit interne ne se manifeste pas clairement, par exemple : « la possibilité d'une personne de faire valoir, devant une juridiction interne un droit que lui confère une convention internationale reste difficile à réclamer » in Pierre. MAYER, L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, in Delmas-Marty, Claude Lucas. LEYSSAC, Liberté et droits fondamentaux, Editions du seuil, 1996, Collection Inédit-Essais, P. 205.

<sup>190</sup> Préambule de la constitution marocaine de 2011.

<sup>191</sup> Article 55 de la constitution marocaine de 2011 : « *Le Roi accrédite les ambassadeurs auprès des États étrangers et des organismes internationaux. Les ambassadeurs et les représentants des organismes internationaux sont accrédités auprès de lui. Il signe et ratifie les traités. Toutefois, les traités de paix ou d'union ou ceux relatifs à la délimitation des frontières, les traités de commerce ou ceux engageant les finances de l'État ou dont l'application nécessite des mesures législatives, ainsi que les traités relatifs aux droits et libertés individuelles ou collectives des citoyennes et des citoyens, ne peuvent être ratifiés qu'après avoir été préalablement approuvés par la loi. Le Roi peut soumettre au parlement tout autre traité ou convention avant sa ratification. Si la cour constitutionnelle, saisie par le Roi ou le chef du gouvernement ou le président de la chambre des conseillers ou le sixième des membres de la première chambre ou le quart des membres de la deuxième chambre, déclare qu'un engagement international comporte une disposition contraire à la constitution, sa ratification ne peut intervenir qu'après la révision de la constitution* ».

Ce qui signifie que la convention internationale ne produit d'effet direct qu'à partir du moment où celle-ci est reprise par une loi. Cette complexité ouvre un autre débat que nous allons étudier plus tard, qui est le rôle du juge et son interprétation de la norme internationale.

**159.** Concernant les conventions internationales, La France comme le Maroc a signé et ratifié la majorité des instruments internationaux, notamment le premier instrument juridique qui met en évidence la protection des droits de l'Homme qui est la Charte des Nations Unies<sup>192</sup> adoptée en 1945. À travers ce texte l'organisation des Nations Unies a confirmé la naissance d'un instrument juridique international que reconnaissent les droits fondamentaux de l'Homme, en obligeant les pays membres à respecter et à mettre en évidence les valeurs proclamées par le texte.

**160.** L'émergence de ce texte international est considérée comme le fondement de tout autre instrument qui a suivi. Un texte qui a permis la mise en place des jalons des droits de l'Homme en incitant « *au respect et à la reconnaissance de la dignité humaine, de leurs droits égaux, de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »<sup>193</sup>. Un autre texte adopté et promulgué le 10 décembre 1948<sup>194</sup> par la communauté internationale est la Déclaration universelle des droits de l'Homme (ci-après la DUDH). Un texte qui vient confirmer les principes de base de la dignité humaine et du respect des droits de l'Homme dans les pays signataires. Cependant, ce texte a fait l'objet de nombreux reproches. Ces derniers concernent d'abord sa valeur juridique qui demeure générale et déclarative, et son caractère universel qui remet en question l'efficacité de ses droits proclamés<sup>195</sup>.

**161.** D'autres reproches concernent l'absence de précision sur les droits spécifiques à la personne de l'enfant. En effet, la DUDH n'expose pas explicitement les droits de l'enfant dans le texte, mais ils sont plutôt introduits dans certains articles qui sont marqués d'un caractère général. Ainsi, la déclaration énonce dans son premier article que *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits (...)* (ART. 1) ; que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées dans la déclaration, sans distinction aucune notamment de race, de couleur, de sexe..., de religion..., de naissance... (ART. 2) ; tout individu a droit à la vie (ART. 3) ; la famille est l'élément naturel et le fondement de la société et a droit à la protection de la société (ART. 16 al. 3). D'autres articles traitent la maternité et l'éducation de l'enfant (ART. 25-26)<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Texte Disponible sur : <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter>

<sup>193</sup> Claude Lucas, LEYSSAC, Mireille, DELMAS-MARTY, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, Seuil, 1996, pp. 135-232.

<sup>194</sup> Sur 56 États à la cession élective de l'ONU, 48 ont voté POUR, Zéro CONTRE et 8 abstentions.

<sup>195</sup> De nombreux auteurs considèrent que la DUDH n'est pas un instrument juridique, notamment M. FERNAND-LAURANT qui se base sur un des discours prononcés par l'un des fondateurs et rapporteur du groupe de rédaction de la commission de droits de l'homme CASSIN René qui insiste sur la valeur morale de la DUDH et qui la considère comme un programme d'action et un document à caractère éthique et pédagogique in Jean. FERNAND-LAURANT, Les droits de l'homme, fondement de toute éthique et de toute idéologie : De la déclaration française à la déclaration universelle, pp. 213-214.

<sup>196</sup> Il est important de préciser que la majorité des pays arabes ont relevé la non-conformité de certains articles avec leurs législations, notamment ceux qui évoquent le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester une religion autre que l'islam... ce qui implique le droit de changer de religion chose interdite dans les pays d'Islam.

**162.** L'absence du caractère juridique et obligatoire de la DUDH va pousser l'Organisation des Nations Unies à adopter d'autres textes internationaux à caractère obligatoire à l'égard des États parties afin de combler ce vide juridique. De plus, l'ensemble des textes élaborés et adoptés seront des textes qui touchent de manière directe ou indirecte les droits de l'enfant. Ainsi est le rôle des pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme de 1966. En effet, il s'agit du pacte international des droits civils et politiques (PIDCP) et du pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) qui vont marquer l'histoire des droits de l'Homme et qui seront considérés comme un tournant important au niveau international, spécialement pour les États qui ont ratifié ces deux pactes. Ces deux deniers vont mettre en évidence la valeur accordée à l'individu au sein de la société en invoquant de nombreux droits spécifiques.

**163.** En ce qui concerne le PIDCP, de nombreuses règles qui visent l'enfant en tant qu'être humain vont voir le jour à travers ce pacte qui engage juridiquement les États parties à respecter et à garantir les droits de l'enfant. En outre, deux articles visant principalement l'enfant sont : l'article 23 paragraphe 1 qui porte directement sur l'enfant au sein de sa famille, en précisant que la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État, de même que la reconnaissance de l'égalité des droits entre l'Homme et la femme dans le mariage et en cas de sa dissolution, avec la référence à la protection de l'enfant ; l'article 24 qui précise que tout enfant sans aucune discrimination a droit à une protection à travers les mesures adaptées prises par l'État et la famille, notamment son droit à l'enregistrement immédiat après sa naissance, à avoir un nom et à acquérir une nationalité<sup>197</sup>.

Au sein du PIDESC, qui représente un élément juridique contraignant pour les États parties, la question des droits de l'enfant est traitée de manière claire dans de nombreux articles. L'article 10 traite les droits sociaux de la famille par le biais de quelques règles que l'État doit garantir, par exemple : « *une protection et une assistance aussi large que possible doivent être accordées à la famille (...); une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance de l'enfant (...); des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres. Les enfants et les adolescents doivent être protégés contre l'exploitation économique et sociale* »<sup>198</sup>. D'autres articles seront dédiés uniquement à l'enfant comme les articles 11, 12, 13 et 14 qui traiteront de la garantie d'un niveau de vie stable pour l'enfant, de sa santé et de son éducation.

---

<sup>197</sup> L'objectif est aussi de lutter contre l'apatride, chose proclamée par la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

<sup>198</sup> Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels.

**164.** D'autres instruments internationaux traitent des droits de l'enfant à travers les droits d'autrui, comme par exemple la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de 1967, qui par son article 6 appelle à l'égalité entre l'homme et la femme au sein de la famille et lors de la dissolution du mariage tout en respectant l'intérêt de l'enfant et à ce que ce principe demeure la considération primordiale dans toutes les situations qui le concernent. L'alinéa 3 traite également du mariage de filles mineures et met en évidence l'obligation des États de modifier leurs législations dans le but de fixer un âge minimum pour le mariage et l'obligation de l'inscrire au registre officiel.

**165.** La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, traite de l'égalité des sexes dans le domaine de l'éducation et de la responsabilité égale des parents envers leurs enfants ainsi que de l'obligation des États de mettre en place des services pour répondre aux besoins familiaux. En outre, d'autres conventions évoquant la protection des droits de l'enfant ont vu le jour, notamment, la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondée sur la religion, les conventions de l'OIT, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles<sup>199</sup>, etc. L'État marocain a tenté de modifier ses lois internes et de faire évoluer la structure familiale afin qu'elle réponde au mieux aux exigences des textes internationaux<sup>200</sup>.

Malgré la multiplication des instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme en général et qui traitent des droits de l'enfant dans de nombreuses situations qui sont ratifiées par la majorité des États membres, l'évolution de la famille et de la société en général a imposé une prise de conscience des conditions de l'enfant. À cet effet, la communauté internationale sera à la recherche de la protection et de la promotion des droits de l'enfant à travers le long processus de construction de la convention internationale des droits de l'enfant. Toutefois, il est à noter que la difficulté de garantir l'universalité des traités internationaux et face à la spécificité des systèmes juridiques, de nombreux États ont également eu recours à un nombre de traités régionaux afin de promouvoir les droits de l'enfant dans le cadre de leur spécificité.

---

<sup>199</sup> Abderrazak MOULAY RCHID, *op. cit.*, p. 71.

<sup>200</sup> Le Maroc a contribué et participé à de nombreux événements historiques internationaux et régionaux ; d'abord dans le cadre des Nations Unies, il a participé aux conférences de Copenhague en 1980, à la conférence de Mexico en 1975, à celle de Beijing en 1995, ainsi que sur le plan continental au sein de la commission Economique des Nations Unies pour l'Afrique, et au sein de la ligue arabe. Aussi, le Maroc a arbitré de nombreuses conférences mondiales à Rabat dans le cadre de CEA notamment sur l'éducation, le travail des jeunes filles et des femmes dans les pays d'Afrique.

## **B- Des traités régionaux, des revendications spécifiques.**

**166.** Le Maroc a fait partie de ces pays arabo-musulmans qui ont revendiqué la spécificité de leurs systèmes juridiques par rapport aux textes internationaux ce qui a conduit à émettre certaines réserves. Ainsi, dans un contexte régional et pour illustrer leur spécificité, les pays arabo-musulmans vont créer de nombreuses organisations<sup>201</sup> œuvrant pour les principes des droits de l'Homme de manière générale. En effet, ces organisations vont élaborer un nombre important d'instruments juridiques afin d'affirmer leur attachement aux principes des droits de l'Homme mais avec une spécificité culturelle et religieuse qui marque ces textes. Ainsi, de nombreux textes vont voir le jour comme par exemple, la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en islam qui se base sur les droits et les libertés de la charia ou la Charte arabe des droits de l'Homme de 1994 révisée en 2004.

**167.** Les pays arabes, dont le Maroc, ont voulu mettre la lumière sur leur besoin d'avoir des textes qui prendraient en considération le caractère culturel et surtout religieux de leurs législations. En effet, suite à l'évolution des droits de l'Homme en Occident, les pays arabes ont été obligés de même à s'intéresser aux droits de l'Homme au vu de leurs engagements à l'ONU et à qui ils sont appelés à présenter l'évolution de la situation des droits de l'Homme suite aux pactes de 1966<sup>202</sup>. C'est au début des années 1980 que l'évolution sociale de la majorité des pays arabes va obliger les régimes en place à répondre aux revendications d'ouverture sociale et politique des peuples, une situation à laquelle s'ajoutera la pression internationale. Les pays arabes se trouveront alors devant un défi moral qui les obligera à répondre à la situation des droits de l'Homme, une réponse faite à titre individuel en droit interne puis à titre collectif à travers la création de la ligue des États arabes. En effet, cette dernière va élaborer un grand nombre de textes, en premier lieu ceux de portée générale qui vont évoquer l'enfant dans certains de leurs articles, ensuite ceux dédiés uniquement à l'enfant arabe<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> On note par exemple : la ligue des États arabes ou l'organisation de la coopération islamique, l'organisation de la coopération islamique, l'organisation arabe pour l'éducation, la culture et les sciences et l'association des universités islamiques.

<sup>202</sup> *Idem.*

<sup>203</sup> Un des plus importants textes qui visent la protection des droits de l'enfant dans le monde arabo-musulman est : le Pacte des droits de l'enfant de 1983.

## Paragraphe 2 : La préoccupation exclusive de la CIDE.

**168.** La Convention internationale des droits de l'enfant est un instrument juridique international qui, par sa nomination même, invite à comprendre l'esprit du texte et des droits évoqués. En effet, c'est un texte qui est venu couronner l'ensemble des efforts de la communauté internationale dans le but de confirmer les droits spécifiques à l'enfant et de transformer l'ancienne conception de la protection de l'enfant<sup>204</sup>.

L'adoption de la CIDE est l'aboutissement d'un long processus d'évolution qui se confirme à partir de 1924, avec l'adoption de la Déclaration des droits de l'enfant connue sous le nom de la Déclaration de Genève par la ligue des Nations<sup>205</sup>. Cette dernière comprend cinq grands principes de base qui visent à avertir les adultes sur leur responsabilité dans la protection de l'enfant mais qui est restée insuffisante par rapport à l'ampleur des guerres. Avec la création des Nations Unies en 1945 et de l'Unicef en 1946, les Nations Unies ont voté un autre texte plus perfectionné qui est l'ancienne déclaration en 1959.

**169.** Par ailleurs, il a fallu attendre 1989 pour que la première convention internationale des droits de l'enfant voie le jour. La CIDE est une convention qui est venue combler les lacunes des anciens textes ; elle porte sur l'ensemble des droits civils, politiques, économiques et sociaux-culturels qui concerne l'enfant. Selon le professeur Bertrand DE LAMY « *elle est considérée comme la fille légitime de la déclaration universelle des droits de l'Homme, et s'inscrit dans la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine* »<sup>206</sup>. En effet, la convention de 1989 s'appuie sur les acquis préalables de l'histoire de la conception philosophique des droits de l'Homme<sup>207</sup>. La consécration juridique des droits de l'enfant dans la CIDE est le début d'une réelle reconnaissance de la spécificité de l'enfant dans la société. En effet, en ratifiant ce texte, les États parties ont confirmé l'engagement de respecter l'ensemble des droits énoncés dans la CIDE en reconnaissant à l'enfant de nombreux droits primordiaux notamment « *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* ». Ou encore en précisant, les conditions difficiles dans lesquels se trouvent de nombreux enfants dans tous les pays du monde, des enfants à qui il faut accorder une attention particulière.

---

<sup>204</sup> Bertrand DE LAMY, La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, A propos de la nature qu'elle proclame, éd Dalloz, 2014, p. 15.

<sup>205</sup> Actuellement les Nations Unies.

<sup>206</sup> Bertrand DE LAMY, *op. cit.*, p. 15.

<sup>207</sup> Le préambule de la CIDE précise que les droits reconnus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme sont applicable à l'enfant : « *Les Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

Ainsi, le respect des règles énoncées par la CIDE et l'effectivité de cette dernière oblige les États parties d'intégrer un ensemble de mesures « législatives, administratives et autres qui peuvent être appropriées afin que l'intégration de la CIDE soit établie »<sup>208</sup>.

De plus, cette effectivité passe tout d'abord par la prise en compte des dispositifs du texte qui doivent représenter une référence inspirante pour le législateur afin de mettre en conformité le droit interne avec le texte international en réformant les lois et en modifiant celles qui ne sont plus conformes à la CIDE.

**170.** Afin de comprendre l'effectivité de la CIDE et ses limites dans les deux systèmes juridiques, il est important de mettre la lumière sur les droits qu'elle proclame<sup>209</sup>. Forte par la proclamation de nombreux droits, la CIDE à travers l'ensemble de ses articles vise à présenter le statut de l'enfant dans un monde respectueux de la dignité humaine en général et des enfants en particulier. Le contenu de la CIDE remplit l'ensemble des droits qui lient l'enfant à son entourage, partant des droits civils et politiques, des droits économiques et des droits sociaux et culturels. Selon Gilbert DELAGRANCE, l'ensemble de ces droits est énuméré sans classification de thèmes ou d'importance. Ainsi, il se divise en trois principales catégories qui sont : le droit à la prestation, le droit à la protection ainsi que le droit à la participation<sup>210</sup>. Depuis l'adoption de la CIDE par la majorité des États, il est unanimement admis que le terme « enfant » s'applique à toute personne âgée de moins de 18 ans révolus, sauf quand la loi nationale accorde la majorité plus tôt ou même plus tard, comme c'était le cas dans de nombreux pays en voie de développement dont le Maroc avant les dernières réformes législatives.

Ainsi, à travers l'article premier de la CIDE<sup>211</sup>, la convention limite son application aux enfants à partir de la naissance jusqu'à l'âge de 18 ans<sup>212</sup> et ignore par cela toute période qui précède la naissance contrairement à ce qu'on a pu développer précédemment sur la reconnaissance des droits à l'enfant avant sa naissance par le droit musulman. En outre, la précision de la majorité à l'âge de 18 ans, semble regrettable par de nombreuses doctrines dont celle de M. RAYMOND qui « regrette l'absence de précision sur la référence à des seuils d'âge qui permettent à l'enfant une évolution progressive vers sa majorité ».

---

<sup>208</sup> Articles 2-2 de la CIDE.

<sup>209</sup> Il est important de souligner la divergence existante sur la qualification des droits proclamés par la CIDE, une divergence qui se base sur la qualification de ces droits entre « droits subjectifs et droits fondamentaux ». En effet, certains auteurs retiennent la première qualification d'autant que la CIDE prenne en considération que l'enfant représente un sujet de droit et non un objet de droit. Cependant, cette qualification ne peut être indiscutable, et il est même souvent délicat de faire la différence puisque les droits fondamentaux peuvent s'appliquer sur tous les rapports humains. Mais la différence faite reste celle de préciser que les droits subjectifs représentent un fond précis et celui des droits fondamentaux : *en précisant que les droits subjectifs sont des « Droits de » alors que les droits fondamentaux sont « des droits à » ce qui permet aux juges une grande liberté de délimitation*, in Bertrand DELAMY, *op. cit.*, p. 17.

<sup>210</sup> Gilbert DELAGRANCE, Comment protéger l'enfant ? Protection, éducation, répression, éd. Karthala, Coll Questions d'enfances, 2004, p. 43.

<sup>211</sup> L'article premier de la CIDE dispose qu' : « *Au sens de la présente 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* ».

<sup>212</sup> Dans son préambule, la CIDE précise qu'elle s'applique aux enfants en raison du manque de maturité physique et intellectuelle, et que l'enfant a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux.

Cette imprécision du texte est souvent soulevée car elle permet de considérer l'enfance de la naissance jusqu'à la majorité sans prendre en considération l'évolution que peut subir un enfant durant toute son enfance qui représente toute une période dans la vie de l'être humain, qui est souvent marquée par l'évolution et la transformation de sa personne ainsi que des droits qui lui sont attribués.

Cette définition de l'enfance demeure critiquée par rapport à son sens restrictif, par lequel le texte semble ignorer l'importance de nombreuses conditions qui peuvent influencer l'évolution de l'enfant notamment, la progression physique, psychique ou socioculturelle. Cette influence peut aussi se constater clairement dans les pays en voie de développement en général, suite aux mutations tardives de ces sociétés et au long processus d'éducation qui peut dépasser les dix-huit ans dans certains pays. Ainsi, ce passage brutal de l'enfance à la vie d'adulte à cet âge, peut affecter la préparation de l'enfant à son avenir<sup>213</sup>.

**171.** Pour cette préparation à la vie d'adulte, la CIDE présente ses conditions dans l'ensemble de ses articles, qui, comme nous avons précisé auparavant, ne sont pas organisés selon les catégories ; des conditions qui englobent le rôle de l'État, de la société et de la famille. Ainsi, les articles qui suivent la définition de l'enfant<sup>214</sup>, portent principalement sur des principes généraux que nous allons développer ultérieurement, notamment, la non-discrimination, l'intérêt supérieur de l'enfant ou autre que les États signataires doivent mettre en exergue afin de garantir les droits énoncés dans la convention à tous les enfants pour une protection meilleure et puis une organisation législative qui les protège le mieux durant toute la période de leur enfance.

**172.** Au premier rang des droits visant à protéger l'enfant se trouve la protection de sa personne et tous les droits qu'elle implique. Le premier principe est celui de reconnaître « *que tout enfant a un droit inhérent à la vie. Les États parties assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant* »<sup>215</sup>. Un article vise à garantir à l'enfant l'élément principal de son existence qui est son droit à la vie, un droit retrouvé dans différents instruments juridiques à portée internationale. Un droit qui ne doit pas être examiné de façon étroite, car il ne signifie pas seulement le droit de rester en vie mais englobe également le droit à l'intégrité physique et morale. Le droit à la vie englobe aussi d'autres éléments qui sont explicitement cités dans l'article 24 de la convention. Un article qui dispose que : « *Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier des services médicaux et de rééducation...qu'aucun enfant ne soit privé d'avoir accès à ces services* ». De plus, l'obligation des États de prendre les mesures nécessaires afin de réduire « *la mortalité parmi les nourrissons et les enfants ; d'assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, (...) de lutter contre la maladie et la malnutrition (...)* ».

---

<sup>213</sup> RAYMOND, Droit de l'enfance et de l'adolescence, 5<sup>ème</sup> éd. JurisClasseur, Litec, 1997, p. 47.

<sup>214</sup> De l'article 2 jusqu'à l'article 6 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

<sup>215</sup> Article 6 de la CIDE.

Par ailleurs, ce droit qui apparaît simple et évident, représente pourtant un élément dérangeant pour certains États parties par rapport à la législation nationale. En effet, en ne définissant pas le début de l'enfance, la question du droit à la vie reste aussi un principe passible d'une libre interprétation. Cette dernière influence clairement les réformes législatives des États parties, notamment la liberté de certains États de mettre des réserves ou d'interdire catégoriquement l'avortement. Par cette interdiction, le droit à la vie est violé dans la majorité des pays musulmans par la pratique clandestine de l'avortement. Par cette pratique, la vie de l'enfant est clairement mise en danger ainsi que celle de la mère. De plus, dans ces pays, souvent la personne qui a recours à l'avortement n'atteint pas sa majorité.

S'ajoute à ce droit à la vie, celui à la survie et au développement. Des droits que les États parties doivent garantir dans l'objectif de préserver l'enfant de toutes les difficultés auxquelles il peut être exposé notamment celles de la vie d'adulte afin de lui permettre un développement normal et qu'il puisse profiter de son enfance. Ce développement connaît de nombreuses limites dans les pays qui prennent en compte l'âge de nubilité spécialement pour les jeunes filles qui sont confrontées aux mariages précoces.

**173.** Pour la CIDE, garantir un développement normal à l'enfant c'est accorder une protection globale contre toutes les atteintes auxquelles il peut être exposé même de la part de son propre entourage. Cette protection est principalement garantie par les États parties qui doivent considérer l'enfant comme une personne libre qui n'appartient ni aux parents ni à la société, ce qui peut être difficile pour les sociétés qui semblent encore garder un caractère patriarcal<sup>216</sup>. Un autre droit qui semble être important est celui de son éducation à travers le jeu. Ainsi, la responsabilité de l'État et des responsables de l'enfant est de lui assurer un droit inhérent à la vie et de l'accompagner vers un développement sain de sa personne jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge adulte. Cet accompagnement est aussi marqué par des éléments cités par la CIDE dans l'article 31 qui met en évidence l'obligation des États de reconnaître « *le droit de l'enfant au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge et de participer librement à la vie culturelle et artistique ; les États parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique (...)* ».

**174.** L'ensemble de ces droits protecteurs de l'enfant que nous avons cité vise à mettre en évidence le rôle et les obligations des États parties de porter le regard sur la priorité de la santé de l'enfant pour ensuite permettre l'évolution et le développement de l'enfant dans un cadre sain. Cependant, l'aspect universel de ces droits semble être freiné par l'impuissance de quelques États dans l'application de ces garanties. Ainsi, cette impuissance étatique influence aussi bien le rôle de la société que celui de la famille dans la protection de l'enfant.

---

<sup>216</sup> Article 19 de la CIDE : « *Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour 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, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié* ».

175. La CIDE considère que l'accompagnement de l'enfant est le secret d'une transition réussite de l'enfance vers l'âge adulte. C'est pour cela que le texte insiste sur la présence des parents et leur rôle durant cette période. Ainsi, dans son préambule, le texte précise d'une manière explicite que « *la famille est l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous les 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, reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité doit grandir dans un milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension* ». Par ce préambule et par la majorité de ses articles qui traitent la minorité des enfants, la CIDE confirme en toute intelligibilité le rôle direct de l'institution familiale comme la première unité fondamentale de la société et met en évidence le fait que la minorité de l'enfant rime clairement avec l'autorité parentale<sup>217</sup>.

176. Une autorité parentale qui permet aux parents l'exercice de nombreuses obligations qui garantissent à l'enfant la croissance dans un milieu vital afin qu'il soit une personne épanouie. Ainsi, la lecture de ce texte permet deux visions et crée une ambiguïté dans le fait de considérer l'épanouissement de l'enfant entre un idéal à obtenir et une condition du maintien de l'enfant dans sa famille. Cette ambivalence influence clairement le reste du texte et son application par les États parties. Toutefois, pour parler de l'enfant dans sa famille, la CIDE a consacré une part importante à ce sujet. En effet, de nombreux articles traitent et réglementent explicitement l'enfant dans sa famille à partir de sa naissance. Tout d'abord il y a l'article 7 qui consacre à l'enfant « *le droit d'être 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* ». Cependant, ce droit qui est considéré comme fondamental est clairement limité par « ...la mesure du possible », une expression qui influence l'application et le respect de ce droit dans de nombreux pays notamment ceux qui sont limités par la culture ou la religion.

Un autre article traite l'enfant dans sa famille en insistant sur les obligations des États et des parents dans la garantie d'une protection spéciale en prévoyant par l'article 5 que : « *Les États 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 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* ». Cet article confirme le rôle de la famille comme un des premiers qui protègent l'enfant, une protection qui se traduit dans le rôle des parents dans l'exercice de leurs devoirs envers l'enfant. De plus, cet article préserve aux parents leurs droits et obligations mais il insiste aussi sur le rôle des autres membres de la famille « famille élargie », des obligations adaptées et qui incitent au développement des capacités de l'enfant, des obligations qui se basent sur l'orientation et le conseil.

---

<sup>217</sup> Jean CARBONNIER, Droit civil : la famille, l'enfant, le couple, Tome 2, PUF, Avril 2002, p. 129.

Par ailleurs, il est important de signaler que ces deux grandes obligations sont adaptées à un âge précis de l'enfant, ce qui laisse un vide en ce qui concerne l'enfant en bas âge qui a besoin de plus que l'orientation et le conseil mais d'un accompagnement complet et continu.

**177.** Aussi, le maintien des relations familiales de l'enfant constitue l'un des droits primordiaux consacrés par la CIDE. Un droit abordé dans l'article 8 de la convention et qui oblige les États parties à « *respecter le droit de l'enfant à préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale* ». En effet, un grand intérêt est porté par le texte sur la question du maintien des relations familiales, il confirme à de nombreuses reprises qu'il est important que l'enfant grandisse dans son milieu naturel qui est sa famille et que la séparation de l'enfant avec cette dernière doit être faite dans des conditions exceptionnelles qui peuvent être contraires à sa protection. En outre, la convention prend en considération cette possibilité de séparer l'enfant de sa famille, et incite les États parties à considérer que le maintien de l'enfant dans sa famille est la règle et que leur séparation est l'exception. Cette séparation parents-enfants est clairement réglementée par la CIDE dans son article 9 qui incite les États parties à respecter les modalités et les règles de la séparation notamment que cette dernière ne doit pas se faire contre le gré des parents ou de l'enfant ; que la décision de séparer l'enfant de ses parents doit émaner d'une décision judiciaire ; la décision doit avoir épuisé toutes les voies de recours ; elle doit répondre à l'un des plus grands principes du texte qui est l'intérêt supérieur de l'enfant ; la possibilité de participation des parties concernées.

**178.** La séparation parents-enfants peut être le résultat de deux situations ; d'abord lorsque la séparation de l'enfant de ses parents ne se passe pas contre leur gré et puis quand la séparation émane d'une décision judiciaire étatique à l'encontre des parents. Dans les deux situations, la CIDE insiste sur l'obligation des États parties dans le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents<sup>218</sup>.

**179.** Dans le même ordre d'idée, il convient aussi de s'interroger sur un autre droit fondamental de l'enfant qui est le rôle des parents en ce qui concerne l'éducation de l'enfant. La CIDE consacre quatre articles à ce sujet. Cependant, dans l'ensemble de ces articles, la convention ne donne pas d'indication explicite sur le rôle éducatif des parents. Par exemple, dans son article 5, le texte met en évidence la responsabilité des parents dans l'orientation et le conseil. Des droits qui confirment la rupture avec l'ancien mode d'éducation parentale qui existait dans la famille patriarcale<sup>219</sup>. Le texte évoque le terme éducation dans son article 28 en insistant sur l'obligation des États parties de présenter une reconnaissance explicite du droit de l'enfant à l'éducation.

---

<sup>218</sup> Lorsque la séparation parents-enfants est à l'encontre des parents ou de l'enfant, les États parties ont l'obligation de garantir par tous moyens le maintien des relations familiales sauf si ces dernières vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, le maintien de ces relations est aussi la règle principale pour tous les enfants quelles que soient les situations familiales même quand elles concernent des personnes qui sont dans deux pays différents.

<sup>219</sup> Avant l'émergence de la CIDE, l'éducation avait un sens pluriel qui signifiait à la fois, la nourriture, l'entretien et la transmission des valeurs de la vie.

Dans cet article, l'expression éducation ne définit pas le terme traditionnel d'éduquer l'enfant, mais il fait référence à la scolarisation des enfants et à la responsabilité des États pour veiller à prendre toutes les mesures afin que cette éducation soit un droit réalisé pour tout enfant, un droit qui doit être constitué sur les principes d'égalité et de la dignité humaine<sup>220</sup>. Ainsi, selon l'article 29 de la convention, ce droit à l'enfant doit viser l'amélioration et le développement « *des dons et des aptitudes mentales et physiques de l'enfant (...)* » ; « *inculquer à l'enfant le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (...)* » ; « *inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles ainsi que les valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne* » ; « *préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes (...)* ». S'ajoute au droit de l'éducation celui de garantir à l'enfant un niveau « *de vie suffisant afin de lui permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social* »<sup>221</sup>.

**180.** Avec l'ensemble de ces droits accordés à l'enfant et leur examen, la CIDE est considérée comme un texte révolutionnaire qui a pu assurer la protection des enfants dans l'ensemble des situations qui peuvent le concerner<sup>222</sup>. Par ailleurs, malgré la ratification de la CIDE par la quasi-totalité des États des Nations unies, le texte n'a pas réussi à faire disparaître les atteintes aux principes généraux des droits de l'enfant. Cette insuffisance dans le respect et l'application du texte est due à de nombreuses raisons, notamment l'inexistence d'une juridiction internationale afin d'assurer son respect en droit interne<sup>223</sup>, son insuffisance qui est révélée dans la concurrence avec les autres instruments internationaux qui jouent le rôle de complément nécessaire. Une insuffisance qui touche de nombreuses situations notamment, le droit de la santé ou de la Sécurité sociale, le droit à l'éducation et à la scolarisation, les droits de l'enfant handicapé, ou ceux de l'enfant victime d'infraction pénale. Néanmoins, malgré le fait que la CIDE soit considérée comme un texte historique qui valorise la place de l'enfant et qui représente une ligne de conduite pour les États, il demeure très limité par ces derniers qui se retrouvent face à une absence de sanctions (A) suite à un non-respect des dispositions du texte qui engendre une remise en cause du caractère obligatoire et universel dont le texte est doté (B).

---

<sup>220</sup> L'article 28 de la CIDE se base sur quelques principes qui rendent « la scolarisation » un droit inhérent de l'enfant ; ces principes sont, l'obligation de la scolarisation de l'enfant et la gratuité de cette scolarisation.

<sup>221</sup> Article 27, CIDE.

<sup>222</sup> S'ajoute aux droits qui concernent l'enfant dans sa famille, ceux qui concernent la protection de l'enfant en danger et ils concernent les enfants maltraités, les enfants abandonnés, les enfants handicapés, les enfants travailleurs, les enfants privés de liberté, les enfants des conflits armés, les enfants réfugiés et les enfants placés.

<sup>223</sup> Il existe seulement un comité des droits de l'enfant « aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente convention ».

#### ***A- Le caractère obligatoire de la convention remis en question.***

**181.** La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est le texte le plus ratifié de toute l'histoire par les États. Bien que son application soit mise à l'épreuve par la difficulté de son application, la garantie du respect de son application consiste à confirmer son caractère universel en valorisant ses directives et ses dispositions. Afin que cette valorisation soit réelle, le texte a pris la mesure de mettre en place un organe de contrôle international qui est le comité des droits de l'enfant, un organe dont le rôle est important mais qui est remis en question par les défenseurs des droits de l'enfant notamment dans les pays en voie de développement (a). En effet, l'existence de ce comité est censée jouer un grand rôle dans le respect de la convention et son caractère universel, une tâche qui n'est pas facile à mettre en place, ce qui a permis l'existence d'autres instruments internationaux pour renforcer la mission du contrôle de cet organe (b).

#### ***A- La création d'un organe de contrôle.***

**182.** La création d'un organe chargé de veiller à l'application d'un traité international n'est pas consacrée uniquement à la CIDE. En effet, d'autres comités existent afin de vérifier le respect des États dans l'application des traités qu'ils ont ratifiés<sup>224</sup>. Ainsi, comme pour toutes les conventions de l'organisation des Nations Unies, l'ONU a créé le comité des droits de l'enfant le 10 février 2003, conformément à une décision de l'Assemblée générale des Nations Unies en 1996 qui est entrée en vigueur le 18 novembre 2002. En vertu de l'article 43 de la Convention internationale des droits de l'enfant<sup>225</sup>, le comité des droits de l'enfant est un organe démocratiquement élu et considéré comme indépendant de toute influence nationale, religieuse ou culturelle. Il est composé d'experts indépendants dotés d'une importante compétence reconnue dans le domaine des droits de l'enfant, élus tous les quatre ans<sup>226</sup>. Le comité est actuellement composé de dix-huit membres choisis de manière à prendre en compte la représentation de l'ensemble des pays et de leurs systèmes juridiques<sup>227</sup>.

**183.** Le travail du comité est primordial dans la mise en œuvre de la convention ; il examine les rapports que les États parties transmettent sur l'évolution de l'application interne de la convention dans leurs pays. D'ailleurs, chaque année, le comité se réunit trois fois par an à Genève pendant quatre semaines afin d'examiner et de commenter les rapports présentés par les États. Le comité organise aussi pendant ses sessions des débats de sensibilisation sur le contenu du texte et des traités qui se rattachent à ce dernier.

---

<sup>224</sup> Il y a eu avant le comité des droits de l'enfant, la création de nombreux comités qui ont en charge les mêmes fonctions, notamment le comité des droits de l'Homme créé en 1966 et le comité des droits économiques créé en 1985. Il y a aussi le comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le comité des travailleurs migrants et aussi le comité des droits des personnes handicapées.

<sup>225</sup> Article 43 : « Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente convention (...) ».

<sup>226</sup> Pour que la représentation du comité garde son caractère démocratique, l'article 43 prend en considération la nécessité de toutes les régions du monde et veille à ce que les représentants soient de différentes régions.

<sup>227</sup> Le texte précise que les membres du comité n'ont pas le droit de porter, présenter ou défendre les présentations de leurs pays d'origine ; ils doivent siéger à titre personnel.

Des débats qui permettent au comité de connaître l'ensemble des efforts fournis par les institutions de l'ONU ainsi que ceux des ONG existants dans les États parties<sup>228</sup>.

**184.** Le travail du comité débute par l'examen des rapports qui lui sont présentés. Un groupe de travail du comité examine le rapport avant la session officielle, une pré-session qui permet au comité d'examiner l'ensemble des données présentées dans les rapports, en ayant recours à tous les acteurs locaux comme l'UNICEF<sup>229</sup>, dans l'objectif de vérifier la fiabilité du rapport et de savoir s'il reflète la réalité de l'application du texte dans le pays concerné. Le comité fait appel à d'autres acteurs afin de connaître l'évolution de la question des droits de l'enfant dans cet État.

Cette vérification permet au comité de prendre en considération les informations transmises par les acteurs du terrain et de les présenter lors de la session du comité avec les représentants de l'État partie. En effet, ce premier travail mené par les groupes des pré-sessions se fait en préparant une liste qui englobe l'ensemble des points et des questions auxquels le gouvernement de l'État concerné doit répondre<sup>230</sup>. Des questions qui sont souvent le résultat de la comparaison entre le rapport présenté par l'État et celui des acteurs sollicités par le comité qui présentent souvent des rapports et des données contradictoires avec ceux officiellement présentés par l'État. Dans ces situations, le processus mené par le comité est le suivant : dans un premier temps d'appeler l'État lors d'une session ordinaire et d'apporter des éclaircissements sur les questions ou les problématiques soulevées par le comité, ce qui représente une occasion pour l'État partie de modifier son rapport afin qu'il puisse représenter la réelle situation de l'enfant dans l'État. Dans un second temps, le comité invite l'État partie à mettre à jour l'ensemble de son rapport en insistant sur les mesures prises et celles envisagées par l'État afin de favoriser et de garantir la protection des droits de l'enfant. Enfin, avant de passer à la session de discussion entre le comité et les représentants de l'État partie, le comité présente à ces derniers un sommaire de son travail réalisé et des questions qu'il compte aborder à l'occasion du débat.

**185.** Le débat public à propos des rapports, débute par la discussion des questions dégagées par le groupe de travail de la pré-session, une discussion qui se base principalement sur les divergences entre le rapport officiel de l'État et celui des partenaires du comité. Suite à ce débat, le comité des droits de l'enfant rédige un rapport qui contient toutes les observations finales, au cours desquelles il fait le point sur le rapport présenté par l'État partie. Le rapport se rend public<sup>231</sup> à la fin de chaque session, et il est largement diffusé auprès de tous les acteurs qui travaillent sur la protection de l'enfance.

---

<sup>228</sup> L'objectif de ces réunions est de démontrer au comité la concrète réalité sur l'application et le respect de la CIDE. En effet, le rôle des ONG permet plus de clarté sur les difficultés rencontrées.

<sup>229</sup> L'article 45 permet au comité des droits de l'enfant de demander des rapports à de différents acteurs qui agissent dans le domaine de l'enfance ; cette demande peut être faite aux ONG, aux experts dans la matière ainsi qu'aux agences de l'ONU.

<sup>230</sup> Le comité des droits de l'enfant préfère que le débat se fasse avec des personnes haut placées comme les ministres ou les vice-ministres afin que les réponses puissent se traduire en décisions.

<sup>231</sup> Article 44, 6 de la CIDE : « *Les États parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays* ».

L'ensemble de ses observations permettent avant tout de pointer les manquements de l'État partie dans son engagement dans le respect de la convention ainsi que l'accompagnement de l'État dans l'amélioration des conditions d'application de la convention.

**186.** De plus, il est important de souligner les nombreux obstacles que rencontre le comité dans son exercice du contrôle de l'effectivité de la convention. En effet, ce contrôle est limité par deux principales raisons, celle de la convention elle-même et celle de la non-coopération des États parties. En ce qui concerne la première, elle se base avant tout sur le texte qui comporte des dispositions relevant plus d'un caractère déclaratoire ou de la *soft law* que de celui d'un caractère juridique obligatoire<sup>232</sup>. En effet, ce caractère s'explique dans la majorité des articles qui débutent avec des formulations tels que : « *Les États parties prennent toutes les mesures appropriées, assurent, respectent, veillent, reconnaissent, s'emploient de leur mieux* ». Ce sont des formulations qui limitent et qui laissent un doute sur le caractère juridique du texte. D'ailleurs de nombreux pays se basent sur le caractère ambigu de nombreux articles afin de refuser l'application directe de la convention dans les juridictions nationales<sup>233</sup>. Cependant, de nombreux auteurs refusent de soutenir cette thèse et affirment qu'à travers la lecture des articles 2 et 4 de la convention, le caractère d'obligation des États parties est confirmé : « *Les États parties ont des obligations de comportement qui s'appuient sur le respect et la garantie des droits énoncés dans le texte* »<sup>234</sup>. Malgré ce caractère obligatoire revendiqué et réclamé par de nombreux auteurs, la situation réelle démontre que les États parties peuvent manquer à leurs responsabilités dans le travail de conformer les législations nationales avec les dispositions du texte.

**187.** D'autre part, le rôle du comité des droits de l'enfant est aussi limité par la non-coopération de certains États parties. Ce manque de collaboration se manifeste sous différents aspects, comme par la présentation tardive des rapports par les États<sup>235</sup>, l'absence des délégations, l'envoi de responsables moins haut placés incapables de répondre aux questionnements du comité ce qui affaiblit le bon déroulement des procédures de contrôle du comité, etc. S'ajoute à cela la non-prise en compte du rapport final du comité et de ses recommandations dans l'évolution des questions qui touchent l'enfant dans le pays concerné. En effet, l'objectif de mettre un comité de contrôle n'est pas seulement celui de contrôler les réalisations des États parties mais aussi celui de veiller à la bonne application de la CIDE. Cette veille passe par les recommandations que le comité rend à l'État dans son rapport final. Par conséquent, de nombreux pays ont été avisés du manque de respect et de prise en considération des recommandations et des orientations dans de nombreux rapports ;

---

<sup>232</sup> Zani MAMOUD, *Les droits de l'enfant essai sur l'application de la convention de New York de 1989*, éd. Connaissances et savoirs, 2018, p. 17.

<sup>233</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>234</sup> Jean CAMBACOU, « Obligations de résultat et obligations de comportement-quelques questions et pas de réponse », in *Mélange Paul REUTER, Droit international : Unité et diversité*, Paris, 1981, pp. 181-204.

<sup>235</sup> Le travail du comité est souvent marqué par le nombre considérable des retards des rapports présentés par les États, comme par exemple en 2008, quand le comité comptait 20 rapports en retard ou en 2010, quand il comptait 35 rapports en retard.

par exemple : « *l'Arabie Saoudite à qui le rapport a fait l'objet de nombreux critiques relatives aux recommandations relatives à certains domaines qui sont visés en urgence dont : le mariage des enfants, la définition de l'enfant, la non-discrimination, la torture et les mauvais traitements, la justice pour mineurs, le droit à la vie, à la survie et au développement, la torture et le mauvais traitement, les enfants dans les conflits armés* »<sup>236</sup>. Dans le même ordre d'idée, il est important d'évoquer le manque de diffusion de la convention et de ses principes dans de nombreux États parties. En effet, le comité des droits de l'enfant relève souvent des lacunes au niveau de cet aspect qui est la diffusion des principes de la CIDE ainsi que des rapports rendus par ce dernier.

**188.** La Convention de New York est venue couronner l'évolution des droits de l'enfant dans le monde. En effet, son application dans les États parties diffère d'un pays à un autre selon plusieurs facteurs dont, le facteur historique, économique, culturel ou autre... Ces facteurs influencent clairement l'intégration de la convention dans le droit interne. En ce qui concerne les pays développés, l'application de la convention représente la continuité d'une évolution naturelle des droits de l'Homme en général et de l'enfant en particulier, ce qui rend le travail du comité des droits de l'enfant secondaire. Cependant, pour les pays en voie de développement, le rôle du comité des droits de l'enfant est très important dans l'absence d'une réelle volonté de ces pays de respecter et de rendre les principes de la CIDE applicables dans leurs législations internes. Bien que le comité ne soit pas une autorité contraignante, il exerce une pression morale sur les États<sup>237</sup>.

**189.** Le progrès de ces États est donc considéré comme modeste par rapport aux tâches attendues par le comité qui visent à intégrer les principes de la CIDE dans les législations internes et à rendre le texte accessible aux enfants, aux enseignants et aux professionnels travaillant avec les enfants. Aussi le comité est souvent obligé de rappeler à ces États de redoubler d'effort en la matière et de garantir les mesures nécessaires afin que l'ensemble de ses recommandations et ses observations soient diffusés<sup>238</sup>. Une diffusion qui permettra une meilleure application du texte bien que ce dernier soit considéré comme incomplet.

---

<sup>236</sup> Zani MAMOUD, *op. cit.*, p. 22.

<sup>237</sup> *Idem.*

<sup>238</sup> *Id, ibid*, p. 28.

*b- Un renforcement du comité.*

**190.** La ratification de la CIDE par la quasi-totalité des États des Nations Unies atteste sans aucun doute de l'intérêt porté à ce texte. Cependant, bien qu'il soit le texte le plus ratifié, il n'est pas parvenu à faire respecter l'ensemble de ses droits énoncés dans les ordres juridiques nationaux. Cette contradiction indique le décalage existant entre la situation réelle des enfants dans les États parties et l'application concrète des normes internationales du texte. D'ailleurs, c'est pour cette raison que l'ONU a créé le comité des droits de l'enfant qui veille au respect de la convention dans les États parties, ce comité dénonce d'une manière incessante à travers ses rapports la non-conformité des législations nationales avec les dispositions de la CIDE<sup>239</sup>. Pour renforcer les droits de l'enfant et les mécanismes qui contrôlent l'application du texte, les Nations Unies ont décidé en 2009 d'établir une procédure complémentaire du comité afin de renforcer ce contrôle par le biais d'un protocole facultatif à la CIDE. En effet, le conseil des droits de l'Homme des Nations Unies a décidé de mettre en place un groupe de travail d'un nombre d'experts non limité qui vont être chargés de créer le protocole facultatif visant à établir une procédure de plainte individuelle. Ainsi, ce groupe de travail a tenu deux sessions entre 2009 et 2010 à Genève qui ont abouti tout d'abord à un grand débat général en la matière et ont fini par la présentation d'un projet du 3<sup>e</sup> protocole facultatif à la CIDE<sup>240</sup>. Il importe de préciser que le système onusien comporte de nombreux mécanismes et procédures qui offrent la possibilité aux particuliers de disposer d'un droit de saisine. Ainsi est venue l'idée d'élaborer le 3<sup>e</sup> protocole facultatif à la CIDE qui a pour objectif de remplir les lacunes et l'insuffisance du texte international en renforçant son contrôle. L'introduction d'une procédure de plaintes individuelles à la convention internationale des droits de l'enfant est un instrument qui permet aux enfants selon professeur MAMOUD « *l'acquisition d'un véritable droit procédural devant un organe de contrôle international, en l'occurrence le comité des droits de l'enfant* »<sup>241</sup>.

**191.** Le protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, en date du 19 décembre 2011, est entré en vigueur le 14 Avril 2014. Il ne consiste pas en le fait d'accorder à l'enfant de nouveaux droits mais plutôt de permettre aux enfants de l'ensemble des pays ratifiant le protocole de renforcer le contrôle de l'application de la CIDE et de pouvoir se protéger contre toute violation qui pourrait viser leurs droits énoncés par le texte. L'application du protocole facultatif n°3, passe principalement par le droit de saisir le comité des droits de l'enfant. Ce droit est réservé « *aux enfants ou leurs représentants, aux particuliers ou aux groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie dénonçant la violation par ce dernier des droits énoncés dans la convention et ses protocoles facultatifs ou à un État partie qui accuse un autre État partie de ne pas répondre aux obligations de la CIDE et*

---

<sup>239</sup> Zani MAMOUD, À propos de l'opportunité d'une procédure de plaintes individuelles, journal du droit des jeunes, 2008, p. 39. Disponible sur : [www.cairn.info](http://www.cairn.info).

<sup>240</sup> *Idem.*

<sup>241</sup> *Id, ibid.*

*de ses protocoles facultatifs* »<sup>242</sup>. De plus, le texte limite clairement les acteurs qui peuvent introduire la plainte en précisant l'impossibilité qu'une plainte soit faite au nom d'un enfant ou d'un groupe d'enfants sans leur consentement.

**192.** Le comité couvre tout d'abord les plaintes individuelles qui concernent les violations par l'un des États parties des dispositions de la CIDE ou celles des protocoles facultatifs. Néanmoins, la recevabilité de ces plaintes est conditionnée par la ratification du protocole par l'État visé par la plainte<sup>243</sup>. En outre, dans son article 7 du protocole facultatif n°3, le texte énumère clairement les conditions de l'irrecevabilité des communications notamment lorsque :

*« 1- la communication est anonyme ;*

*2- la communication n'est pas présentée par écrit ;*

*3- la communication constitue un abus de droit de présenter de telles communications ou est incompatible avec les dispositions de la convention ou des protocoles facultatifs s'y rapportant ;*

*4- la question a déjà été examinée par le comité ou a été ou est examinée au titre d'une autre procédure internationale d'enquête ou de règlement ;*

*5- Tous les recours interne disponible n'ont pas été épuisés, cette règle ne s'applique pas si la procédure de recours excède des délais raisonnables ou s'il est peu probable qu'elle permette d'obtenir une réparation effective ;*

*6- la communication est manifestement mal fondée ou insuffisamment motivée*

*7- Les faits qui font l'objet de la communication sont antérieurs à la date d'entrée en vigueur du présent protocole à l'égard de l'État partie intéressé, à moins que ces faits ne persistent après cette date ;*

*8- La communication n'est pas présentée dans les douze mois suivant l'épuisement des recours internes, sauf dans les cas où l'auteur peut démontrer qu'il n'a pas été possible de présenter la communication dans ce délai »*<sup>244</sup>.

**193.** Suite à ces conditions, les plaintes considérées comme recevables sont adressées à l'État partie concerné afin que ce dernier présente au comité un rapport dans lequel il indique ses explications sur la plainte et les solutions qu'il a adoptées pour faire face à la situation. Le comité examine la plainte et rédige un rapport avec lequel il présente des propositions et des recommandations aux deux parties. Le comité des droits de l'enfant est aussi considéré comme compétent dans les plaintes interétatiques, une compétence qui se décrit explicitement dans l'article 12 du protocole facultatif n°3 et qui repose principalement sur la ratification de la CIDE et de ses protocoles facultatifs ainsi que sur

---

<sup>242</sup> Article 5 du protocole facultatif n°3 à la CIDE.

<sup>243</sup> L'article 1 alinéa 3 du protocole n°3 énonce que : « *le comité ne reçoit aucune communication intéressant un État qui n'est pas partie au présent protocole* ».

<sup>244</sup> Article 7 du 3<sup>e</sup> protocole facultatif de la CIDE.

la présentation d'une déclaration qui reconnaît la compétence du comité<sup>245</sup> par les parties concernées<sup>246</sup>.

**194.** En outre, avec l'accord de l'État concerné, le comité mène une procédure d'enquête en cas de violation de l'un des droits de la CIDE ou de ses protocoles facultatifs. Le comité demande à l'État concerné de présenter un rapport présentant les observations de l'État sur les accusations qui lui sont adressées. À cet effet, le comité choisit le mode d'enquête qui peut aller jusqu'à envoyer des enquêteurs sur le terrain afin de s'assurer des observations rendues par l'État. Le comité rédige un rapport qui reste confidentiel et qu'il adresse à l'État pour que ce dernier prenne en considération les remarques et les observations du comité. L'État concerné dispose de six mois afin de prendre les mesures adaptées à l'amélioration de la situation qui a fait l'objet de l'enquête.

**195.** Cependant, malgré l'apport du protocole n°3 en matière de renforcement du contrôle des droits de l'enfant, ce texte reste critiquable d'abord sur le fond puis sur le fonctionnement. En effet, des lacunes subsistent et sont visibles dans l'application et l'efficacité du texte. Cette difficulté est clairement reflétée dans le nombre des États qui ont adhéré au protocole n°3 et qui reste très timide : uniquement 36 États ont ratifié le protocole à la date du 23 décembre 2017. De plus, la déception du nombre des pays ratifiant le protocole se justifie par deux principales raisons qui sont, l'impossibilité d'introduire les plaintes collectives ce qui aurait pu être une innovation en matière de traités de l'ONU et l'impossibilité pour les États d'émettre des réserves, tout en précisant l'inadmissibilité des réserves qui sont incompatibles avec l'esprit du protocole, ce qui aurait permis une diffusion plus large du protocole ainsi qu'une ratification plus importante par les États des Nations Unies<sup>247</sup>.

Aussi par rapport au rôle du comité, le protocole ne décerne à ce dernier qu'un rôle résiduel ce qui ne lui permet pas de traduire concrètement ses décisions. En effet, en l'absence d'une volonté réelle des États, le rôle du comité par rapport au protocole n°3 reste secondaire. Ainsi leur rôle est limité dans le sens où ils ne représentent pas des juridictions du droit international et ne disposent en vrai d'aucun droit pouvant contraindre les États parties ou les sanctionner<sup>248</sup> sur toutes violations commises sur leur territoire. Ainsi, le comité se limite uniquement aux observations et aux rappels<sup>249</sup>.

**196.** Comme nous avons précisé, le protocole facultatif n°3 n'a pas eu le même succès que la CIDE ou que le protocole facultatif concernant l'implication des enfants dans les conflits armés (OPAC) et le protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (OPSC) ; sa ratification connaît encore des limites pour les nombreuses raisons que nous avons précisées auparavant.

---

<sup>245</sup> Cette reconnaissance prend en considération la souveraineté d'accepter ou de refuser la compétence du comité.

<sup>246</sup> Zani MAMOUD, *op. cit.*, p. 41.

<sup>247</sup> *Idem.*

<sup>248</sup> Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme ou encore la Cour internationale de justice qui permettent d'affliger des sanctions aux États suite à leur violation des droits énoncés dans les conventions qu'ils ont ratifiées.

<sup>249</sup> Zani MAMOUD, *op. cit.*, p. 45.

Par ailleurs, la France comme le Maroc a signé et ratifié ce 3e protocole. En effet, la France l'avait signé le 20 novembre 2014 aux Nations Unies et il était entré en vigueur trois mois après sa ratification soit le 7 avril 2016. Cette ratification est considérée par les défenseurs des droits de l'enfant en France comme une continuité des efforts émis par l'État dans la protection des droits de l'enfant. Lors de la signature, la France n'a émis aucune déclaration ou réserve sur le texte pour qu'il soit une opportunité de renforcer le système de protection des droits de l'enfant. En ce qui concerne le Maroc, la ratification du 3e protocole facultatif à la CIDE a été annoncée lors du 2e forum des droits de l'Homme tenu à Marrakech le 27 novembre 2014. Suite à cette ratification, le Roi Mohammed VI a mis en place un programme à suivre par le gouvernement de l'époque ainsi que par tous les acteurs des droits de l'enfant dont, les acteurs publics comme l'observatoire national des droits de l'enfant, la société civile, les partenaires internationaux afin d'élaborer un plan d'action qui vise à mettre en place des mesures et des mécanismes consacrés à accompagner la bonne application du protocole. La ratification du 3e protocole facultatif à la CIDE par le Maroc, le place parmi les premiers pays du monde arabe et de l'Afrique qui ont ratifié ce texte en confirmant une vision d'un engagement en matière de défense et de promotion des droits de l'enfant.

L'engagement du Maroc en la matière a été notamment confirmé et salué par le comité des droits de l'enfant qui reconnaît que : « *La reconnaissance, dans sa nouvelle constitution, de la primauté des instruments internationaux sur les lois nationales, ainsi que les importantes réformes législatives entreprises pendant la période considérée aux fins d'inscrire les droits et les principes de la convention dans l'ordre juridique interne comme cela lui avait été précédemment recommandé* »<sup>250</sup>.

**197.** La ratification du 3<sup>e</sup> protocole facultatif de la CIDE est considérée comme un progrès phare de ces dernières années dans la mise en application du texte principal. En revanche, depuis la ratification du protocole, la question qui se pose est celle de connaître l'effet réel de ce protocole et s'il a réellement renforcé la protection des droits de l'enfant. Pour le Maroc, les ONG confirment l'inexistence d'une promotion qui permettra son application.

---

<sup>250</sup> Rapport des observations finales concernant le troisième et le quatrième rapport périodique du Maroc

## ***B - Une applicabilité universelle.***

**198.** La révolution réalisée par la Convention internationale des droits de l'enfant, est d'offrir à l'ensemble de la communauté internationale les instruments nécessaires pour que les droits de l'enfant soient respectés et appliqués partout dans le monde. Cependant, la reconnaissance de la CIDE par la majorité des États parties n'a pas atténué l'existence de certaines particularités qui ont freiné l'universalité du texte. Cette vision s'inscrit clairement dans la problématique de l'universalité des principes des droits de l'Homme de manière générale face aux particularismes des États signataires<sup>251</sup>.

Bien que l'élaboration de la CIDE ait fait l'objet d'un travail de consensus et de compromis entre valeurs, convictions, cultures et traditions propres à la population mondiale afin d'envisager une ratification massive, son caractère universel est souvent confronté à de nombreuses problématiques plus profondes qui sont principalement liées à la pluralité des sources d'inspiration de certains droits nationaux comme le cas du Maroc au niveau d'intégration de la CIDE en droit interne et aux réserves qui en découlent.

**199.** L'universalité de la Convention internationale des droits de l'enfant nous renvoie directement à la question de l'applicabilité de la norme internationale dans un système juridique et la place accordée au droit international au regard du droit interne. L'applicabilité d'une convention internationale peut prendre différentes formes ; d'abord lorsque le législateur intègre les dispositions de la convention en droit interne ou lorsqu'il met en place des conditions qui permettent une application directe dans le pays ou encore lorsque le juge interne applique directement les dispositions de la convention.

Ces possibilités offertes aux États parties font que ces derniers ne réceptionnent pas de la même façon les dispositions du droit international de manière générale et celui de la CIDE en particulier.

**200.** Cette divergence de la réception de la norme internationale est évidente entre les deux systèmes juridiques que nous étudions. En effet, la France a trouvé un équilibre entre la norme internationale et le droit interne en définissant les règles et les conditions de faire appliquer les dispositions de la CIDE par le juge. Néanmoins, elle connaît des limites par rapport à l'application de l'intégralité de la convention, tandis que le législateur marocain reste hésitant entre une nouvelle constitution qui valorise et reconnaît la supériorité des traités internationaux et les contradictions qu'il peut y avoir avec la référence au droit musulman.

**201.** Dans la continuité de promouvoir les principes des droits de l'Homme dans le pays, la France a mis en place tout un mécanisme afin que les conventions internationales soient applicables dans l'ordre juridique interne. Cependant, cette question d'applicabilité des conventions internationales n'a pas toujours trouvé une réponse unique.

---

<sup>251</sup> L'universalité des droits de l'homme a toujours fait débat, bien que la majorité des déclarations et conventions portent un caractère universel. De nombreux défenseurs des droits de l'homme occidentaux et non-occidentaux soulignent l'articulation de cette universalité autour des tendances historiques du monde occidental au cours de ces trois derniers siècles et d'une certaine anthropologie philosophique de l'humanisme individualiste qui a contribué à les justifier et les hypothèses de base de la Déclaration des droits de l'homme par exemple ; aussi ils confirment que cette universalité ne peut exister que dans un cadre laïc et non dans le cadre de religion.

Étant donné la complexité de cette question d'une manière générale, l'applicabilité de la CIDE a suscité également pendant longtemps un grand débat entre la Cour de cassation et le Conseil d'État ce qui a toujours résulté en des positions divergentes en la matière. En effet, la reconnaissance de l'applicabilité de la CIDE a connu un long chemin de réalisation en ce qui concerne certaines dispositions de la CIDE alors que d'autres restent encore à accomplir. Une situation qui ne satisfait pas complètement les défenseurs des droits de l'enfant qui considèrent que la CIDE est l'outil complet de la protection de l'enfant et qu'une application immédiate pour l'ensemble de ses dispositions devrait être créée.

**202.** S'agissant du Maroc, la question de l'applicabilité de la CIDE reste ambiguë et il est difficile d'évoquer une application directe de ses dispositions puisqu'il existe des facteurs autres que la question de la supériorité de la norme internationale qui influencent ses règles de son application notamment le cadre politique et socio-économique.

**203.** La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est entrée en vigueur en France la 6 septembre 1990<sup>252</sup>, affirmant l'intérêt porté par l'État français à la protection des enfants en mettant en exergue la supériorité des traités internationaux sur le droit interne. Par ailleurs, si pendant longtemps le système juridique français a été doté d'une théorie dualiste qui ne permettait pas l'application des normes internationales en droit interne, cette situation va connaître un grand changement avec la constitution de 1946 par laquelle la France va adopter la théorie moniste en affirmant la conformité du droit interne français aux règles internationales. Une affirmation qui restera incomplète avec la non-précision des modalités mises en place afin de permettre la bonne application des normes internationales.

Ce n'est qu'avec la Constitution de 1958 et par le biais de l'article 55 que résulte l'intégration directe de la règle internationale et de la supériorité des traités internationaux sur la loi nationale : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, ont, dès leur application, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »<sup>253</sup>. Cette affirmation sera conditionnée par la ratification, la publication et la réciprocité. Des conditions qui vont limiter l'application du droit international et qui ne permettront pas aux particuliers d'invoquer la norme internationale devant une juridiction interne à l'encontre d'une autre règle interne qu'à l'encontre d'un acte commis par un autre particulier.

**204.** Malgré la reconnaissance constitutionnelle de la supériorité du droit international sur le droit interne, la Cour de cassation française a pendant longtemps refusé l'applicabilité directe des dispositions de la CIDE. Ce refus a été explicitement reconnu dans la position prise dans l'arrêt Lejeune du 10 mars 1993. Par cet arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation, cette dernière a rejeté le pourvoi d'un père qui, après une vie commune de plusieurs années, se sépare de sa compagne avec qui il a eu un enfant.

---

<sup>252</sup> Jean-Louis. CLERGERIE, L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant, Revue de droit public, Mars-Avril 1990, p. 435.

<sup>253</sup> Mastor WANDA, La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, *op. cit.*, p. 11.

Ne trouvant pas d'accord sur le droit de visite, le père va solliciter l'intervention du juge des affaires matrimoniales qui va procéder à une enquête par laquelle il va former un rejet à la demande du père. Ce dernier va former un pourvoi en invoquant la violation des articles 1, 3,9 et 12 de la CIDE et l'article 374 de l'ancien Code civil. La Cour de cassation a tranché en précisant que « *les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant ne peuvent être invoquées devant les tribunaux ; cette convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne* »<sup>254</sup>. Ainsi, la négation de l'ensemble des dispositions de la CIDE a été affirmée. Malgré la décision catégorique de la Cour de cassation, d'autres juridictions n'avaient pas écarté l'application de certaines dispositions de la convention, notamment l'application de l'article 12 de la CIDE par la Cour d'appel de Paris dans une décision rendue en 1991 ou encore par la Cour d'appel de Lyon dans une décision de 1991. Un peu plus tard la première chambre civile a réaffirmé la même position par l'arrêt du 4 janvier 1995<sup>255</sup> en rejetant l'application de certaines stipulations de la convention qui ne s'appliquent pas en droit interne.

**205.** Il a fallu attendre l'année 2005 afin qu'un revirement jurisprudentiel voie le jour et que le refus catégorique de l'applicabilité de la CIDE soit remis en question. En effet, dans un arrêt du 18 mai 2005 qui n'était pas le seul, la Cour de cassation rompt pour la première fois avec les décisions antérieures en affirmant l'application des articles 12-2 et 3-1 de la CIDE et l'article 388-1 sur la prise en compte de l'opinion et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans cette affaire relative à la résidence de l'enfant né d'une mère américaine et d'un père français, l'enfant a demandé à être entendu par les juges afin de s'exprimer sur son souhait, une volonté qui n'a pas été prise en compte alors que la CIDE n'a pas été invoquée par les requérants, la première chambre civile a décidé de relever la violation des dispositions du texte international.

La Cour de cassation a ainsi signalé à la Cour d'appel une violation directe et indirecte de la CIDE, d'abord en négligeant les règles du Code civil et de la procédure civile qui visait l'harmonisation du droit interne avec les textes internationaux et ensuite en négligeant les dispositions de la CIDE. Ainsi, par le biais de cet arrêt, la Cour de cassation rejoint le Conseil d'État et reconnaît l'intégration de la CIDE en droit interne. Une intégration qui prend différentes formes : soit elle peut être invoquée par les requérants ou soit elle peut être affirmée à l'initiative de la cour. Cette évolution jurisprudentielle a marqué la cour de l'application de la CIDE en droit interne français<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Cass. civ. 1ère, 10 mars 1993 : n° 91-11. 310, citée par Marie-Philomène GIL-ROSADO, p. 23.

<sup>255</sup> Cass. Civ.1, 4 Janvier 1995; Bull. Civ. I, 1995, n° 2.

<sup>256</sup> Comme le précise la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2009, « Une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation devait donc intervenir. Elle s'est discrètement amorcée ; dès 1996, la première chambre civile ayant eu l'occasion de rejeter des moyens fondés sur la CIDE, sans reprendre sa première jurisprudence sur l'inapplicabilité directe, mais en laissant entendre que cette convention n'avait pas été méconnue. Ce qui laissait supposer qu'elle pourrait l'être, et ce qui était un début de reconnaissance de l'applicabilité directe de certaines de ses dispositions ».

Cependant, la méthode d'appréciation qui fait que le juge procède par l'examen de chacune des dispositions est considérée comme insuffisante et sélective par les défenseurs des droits de l'enfant ainsi que par le comité des droits de l'enfant qui a rappelé à la France dans ses observations de son rapport rendu en 2009 son inquiétude sur la limitation de l'application des dispositions de la CIDE. Il l'incite ainsi à prendre les mesures possibles afin que la CIDE soit appliquée dans sa totalité. Bien que l'applicabilité de la CIDE en droit interne français soit considérée comme partielle, la France fait partie des États partie souvent salués pour les efforts émis dans le but d'améliorer les conditions d'applicabilité des dispositions du texte international.

**206.** Ceci est vrai, contrairement à d'autres États qui font l'objet de nombreuses observations de la part du comité des droits de l'enfant sur le non-respect de la CIDE et des conditions de son applicabilité. Nous faisons référence à la position du Maroc en matière d'applicabilité directe ou indirecte des dispositions de la convention internationale. En effet, la position du Maroc au regard de l'applicabilité de la CIDE est considérée comme complexe suite à de nombreuses conditions, notamment celle de la double référence juridique que nous avons déjà développée auparavant. Néanmoins, la référence religieuse ne représente pas la seule difficulté à l'applicabilité de la CIDE au Maroc.

**207.** Depuis la ratification de la CIDE le 2 juin 1993 par le Maroc, la promotion des droits de l'enfant constitue un investissement d'avenir et un facteur de développement social pour le pays. Cette vision est confirmée par l'intérêt porté à l'égard de l'enfant depuis la ratification du texte, à travers les réformes menées au niveau juridique, économique ou sociale. Ces réformes entrent clairement dans la volonté du Maroc d'harmoniser le droit interne avec le droit international et de rendre possible l'applicabilité des traités internationaux que le Maroc a ratifiés<sup>257</sup>.

Comme nous l'avons déjà précisé, dès le début de son règne, le Roi Mohammed VI a visé l'enfant dans l'ensemble de ses discours et souligné l'importance de prendre en considération la place spécifique qu'occupe ce dernier au sein de la société. Une vision royale qui s'est successivement traduite dans les réformes menées et qui ont été saluées par le comité des droits de l'enfant dans son rapport rendu en 2012 parmi lesquelles on retrouve la loi sur l'état civil ratifiée le 3 octobre 2002, la modification de la loi sur *la Kafala* qui apporté une amélioration du sort des enfants abandonnés le 13 juin 2002, le Code du travail en 2003, le Code de la procédure pénale de 2002 qui représente un véritable progrès pour les mineurs, le Code de la procédure civile, le Code de la famille en 2004, le Code de la nationalité en 2007 qui visait la levée des discriminations qui pesaient sur les femmes<sup>258</sup> et les enfants et enfin la constitution en 2011<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> Zhou ALHARR, Les droits de l'enfant en droit marocain ; le code de la famille comme modèle, l'enfant en droit musulman, *op. cit.*, p. 230.

<sup>258</sup> Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 44 de la convention, troisième et quatrième rapport périodique des États parties devant être soumis en 2009, Maroc.

<sup>259</sup> Abderrahim EL MASLOUHI, Une décennie de réformes au Maroc (1999-2009), sous la direction du centre d'études internationales, éd. KARTHALA, 2010, p. 30.

En effet, cette dernière est la première constitution de l'histoire du royaume qui traite explicitement le droit international, en précisant dans son article 55 le processus complexe de la ratification d'un traité où le Roi garde un pouvoir exclusif de ratifier ou non un traité international.

Un texte qui contrairement à ce qu'il laisse entendre, n'affirme en aucun cas la supériorité de la norme internationale sur le droit national et précise que le droit international doit obligatoirement passer par le droit interne afin qu'il soit appliqué ; une règle qui rend complexe l'applicabilité des conventions internationales que le Maroc ratifie. Bien que ce dernier ait toujours confirmé son engagement dans les traités internationaux, dont la Convention de New York, il s'avère que le respect du droit international est souvent remis en question dans la pratique et ce, pour de nombreuses raisons. D'abord par la méthode composite que le Maroc a adoptée dans le but d'harmoniser son droit interne avec le droit international, qui consiste à intégrer un nombre de principes internationaux dans la loi interne sans se référer explicitement aux textes internationaux ratifiés. Un procédé que le législateur a intentionnellement mis en place afin de garder un champ de liberté dans les conditions d'interprétation et d'applicabilité du droit international au Maroc. Autrement dit, dans la majorité des textes réformés, le législateur marocain a tenté d'adapter la norme internationale au droit interne afin d'éviter une incompatibilité entre les deux normes.

**208.** La méthode appliquée est jusqu'aujourd'hui critiquée par les défenseurs des droits de l'Homme en général, qui considèrent que l'adaptation d'une norme internationale d'aspect laïc à une loi nationale d'une référence religieuse principale ne peut en aucun cas respecter l'intégralité du texte international, une vision confirmée par Bélangère Taxil qui « *estime que les méthodes dualistes de transformation et d'adaptation ne respectent pas toujours l'intégrité des traités, ni dans la lettre, ni dans l'esprit.*

*Cependant, l'absence de mesures d'adaptation est également (mal) perçue comme une indifférence du législateur à l'égard du droit international* »<sup>260</sup>. Une intégration à caractère dualiste qui affaiblit l'impact judiciaire des réformes importantes qui touchent principalement la femme et l'enfant au sein de la famille et qui met en place un décalage entre l'esprit des discours réformistes d'un côté et la loi et la jurisprudence existantes d'un autre.

Une jurisprudence résistante à l'application de la norme internationale souvent influencée par le caractère conservateur des discours des juges qui laisse comprendre que les convictions et les considérations morales et religieuses influencent explicitement leurs décisions, la difficulté d'intégrer et de faire référence à un texte international, suite à la formation limitée du juge en la matière, ou encore la limitation de la ratification elle-même par le pouvoir politique qui parfois décide si le texte peut être applicable directement par le juge ou pas<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Bélangère TAXIL, pp. 111-113.

<sup>261</sup> Voir dans ce sens : Bélangère TAXIL, Internationalisation du droit, internationalisation de la justice, sur : <http://v1.ahjucaf.org/Methodes-d-integration-du-droit.html>

Ainsi, il est évident que la question de l'applicabilité directe de la CIDE au Maroc est encore très limitée, et peu courante que ce soit par le juge interne ou par les requérants, une limite qui peut remettre en question sa ratification.

**209.** Il est tout de même important de préciser que malgré la complexité du système juridique marocain, le juge a essayé de prendre en considération l'intégration des deux grands principes de la CIDE dans les réformes menées par le législateur notamment, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect des opinions de l'enfant en matière familiale. En effet, le juge se trouve devant l'obligation de mettre en exergue l'incorporation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le code de la famille qui est représenté comme un élément primordial d'abord dans son préambule « *le projet vise notamment à protéger les droits de l'enfant* » mais aussi à « *l'introduction des réformes substantielles suivantes (...) préserver les droits de l'enfant en insérant dans le code des dispositions pertinentes des conventions internationales ratifiées par le Maroc (...)* », « *il appartient à l'État de prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection des enfants, de garantir et préserver leurs droits conformément à la loi* ». Une réforme qui se réfère au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant vingt-deux fois dans le code de la famille. De plus, le législateur évoque la parole de l'enfant de manière explicite dans son article 166 « *En cas de rupture de la relation conjugale des parents, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assumera sa garde (...) En l'absence du père et de la mère, l'enfant peut choisir l'un de ses proches parents (...) sous réserve que ce choix ne soit pas incompatible avec ses intérêts et que son représentant légal donne son accord* »<sup>262</sup>. Ces articles du code de la famille font une référence explicite à l'article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'article 12-2 relatif au droit de l'enfant à la participation dans les décisions qui le concernent de la CIDE.

Toutefois, bien que ces deux dispositions soient intégrées en droit interne, leur application par le juge est souvent critiquée étant donné le caractère composite du droit de la famille ; elles sont susceptibles d'interprétation ce qui ne reprend pas souvent l'esprit de la CIDE par le juge. Une situation critiquée explicitement dans le rapport alternatif des ONG marocaines présenté au comité des droits de l'enfant en 2014 qui attire l'attention sur l'imprécision du contenu du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui peut engendrer un cadre et une interprétation étonnante du principe notamment « *celle du Ministre de la justice qui dans une circulaire en 2012 a estimé qu'il était plus dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être placé dans un centre d'éducation islamique, que d'être avec ses parents qui risqueraient de ne pas lui transmettre cette éducation* »<sup>263</sup>. Un discours qui fait preuve de la diversité d'interprétation du principe. De plus, d'autres éléments d'ordre socio-économiques concernant l'enfant ou la famille marocaine s'ajoutent dans l'influence des procédures judiciaires<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> Code de la famille marocain 2004.

<sup>263</sup> Rapport alternatif des ONG Marocaines aux 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> rapports de l'État marocain de mai 2012 relatif à l'application et le suivi de la CIDE.

<sup>264</sup> *Idem*.

Cela dit, l'applicabilité des deux principes de la CIDE en matière familiale ne connaît pas des limites uniquement devant le juge mais aussi par rapport au manque de promotion de la convention chez les familles et les enfants, puisque les requérants peuvent aussi établir leurs demandes, ce qui interpellera les avocats et les professionnels de l'enfance à approfondir leurs connaissances en la matière. En outre, il est évident que l'applicabilité de la CIDE au Maroc connaît encore des limites que ce soit sur l'application indirecte par le législateur en droit interne ou d'une manière directe par le juge. Des limites qui remettent en question l'évolution que le Maroc a faite en la matière et qui provoquent de nombreux critiques au niveau national et international à travers les rapports rendus, qui décrivent la situation alarmante des enfants au Maroc et qui reflètent d'une manière explicite les éléments qui participent à limiter l'intégration et la reconnaissance de la CIDE.

## **Section 2 : Une universalité confrontée à certaines réticences.**

**210.** L'universalité des dispositions de la CIDE peut être analysée de deux manières. D'abord par l'adhésion à ses principes et sa ratification et ensuite par l'examen de sa mise en œuvre dans le pays. Une mise en œuvre souvent confrontée à des obstacles qui limitent la concrétisation d'une vision universelle des droits de l'enfant en reconnaissant l'individualisation du statut de l'enfant et en disposant de tous les moyens afin que ses droits soient respectés. Cependant, bien que la CIDE soit la convention la plus ratifiée de l'histoire, la situation des droits de l'enfant dans le monde démontre les défis auxquels les dispositions de la CIDE font face. Autrement dit, bien que le texte ait été ratifié par la quasi-totalité des États des Nations Unies, il n'a cependant pas réussi à faire disparaître les violations aux droits de l'enfant et à faire respecter les grands principes du texte notamment, le droit à la vie et au développement, la non-discrimination et l'intérêt supérieur de l'enfant. Des principes qui ne peuvent pas être respectés sans les efforts des États parties à les promouvoir. Cependant, les États sont souvent confrontés à une réalité politique, socio-économique, culturelle ou religieuse qui rend le texte critiquable par rapport à son applicabilité (Paragraphe 1).

**211.** Ainsi, l'universalité de la CIDE fait face à l'ensemble de ces éléments qui influencent clairement l'applicabilité et le respect de ses dispositions, une confrontation qui remet en cause le texte et qui résulte d'un grand nombre de réserves qui limitent le respect des droits de l'enfant aboutissant à une double référence en droit interne (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Les obstacles d'ordre politiques et socio-économiques.**

**212.** Pour que la CIDE soit respectée par les États, il ne suffit pas d'une simple ratification du texte. En effet, l'applicabilité de la CIDE coexiste avec d'autres éléments qui affectent la vision et la mise en œuvre de l'ensemble des principes de la convention. C'est ainsi, qu'il existe des divergences dans les mesures prises par les pays développés qui bénéficient d'un système démocratique stable, élaboré sur les principes des droits de l'Homme et qui vise une amélioration continue en prenant en considération l'évolution sociale et économique tandis que la situation est plus délicate pour les États en voie de développement, dans lesquels la question des droits de l'Homme de manière générale n'est pas glorieuse et souvent remise en question. Tel est le cas du Maroc où l'applicabilité des dispositions de la CIDE reste fragilisée par la lente évolution politique et socio-économique.

**213.** Il est évident que depuis la ratification de la CIDE par le Maroc, ce dernier a fourni de nombreux efforts notamment dans le cadre politique afin de mettre en place un État de droit qui vise à promouvoir les droits de l'Homme et donc à respecter l'enfant en tant qu'individu ; des efforts souvent jugés insuffisants par les acteurs des droits de l'Homme et de l'enfant.

Cette insuffisance se traduit clairement dans les rapports rendus par les commissions des droits de l'Homme et des ONG qui pointent du doigt la situation politique critique considérée comme un obstacle à la promotion des droits de l'enfant (A). S'ajoute à cela le cadre socio-économique, qui classe le Maroc parmi les pays où la violation des droits de l'enfant est courante notamment avec le taux de pauvreté et d'analphabétisme (B).

#### *A- La CIDE face à une difficulté politique.*

**214.** Évaluer l'évolution des droits de l'Homme de manière générale dans un pays, revient à analyser dans un premier temps son système politique. Une analyse qui permet souvent de démontrer les lacunes, les obstacles politiques et les difficultés auxquels est affrontée l'universalité des conventions internationales. Ainsi, dans le cas du Maroc, il est important de mettre la lumière sur le système politique complexe de la monarchie qui est un mélange entre le traditionnel, tirant son origine de la religion musulmane et le moderne visant à mettre en place une monarchie constitutionnelle<sup>265</sup>. Ainsi, le pouvoir marocain fonde avant tout sa légitimité sur les attributs de la religion musulmane, une approche qui, selon BELHAJ « se manifeste dans la manière dont se structure le pouvoir royal, dans le type d'allégeance faite au souverain et dans la dimension religieuse qui légitime les fondements du droit »<sup>266</sup>. Ainsi, l'ensemble des dynasties qui ont régné sur le Maroc ont légitimé leur pouvoir sur une base religieuse<sup>267</sup>, un mécanisme qui met en place un État puissant qui se structure autour du Roi en tant que commandeur des croyants et chef du *Makhzen*<sup>268</sup>. Ce dernier a joué un grand rôle religieux dans la préservation de la culture marocaine d'aujourd'hui, par la préservation du Malékisme au détriment du chiisme ou du kharijisme<sup>269</sup>. Toutefois, le *Mekhzen* demeure jusqu'aujourd'hui un système mystérieux et difficile à définir concrètement. En effet, de nombreux chercheurs se sont intéressés à ce système original de gouvernance. Pour Michaux-BELLAIRE<sup>270</sup> « le *Makhzen* se définit comme une autorité despotique entretenant le désordre social pour le maintien de son propre pouvoir d'arbitrage ». Autrement dit, le *Makhzen* est connu par son rôle de diviser les tribus afin de maintenir le pouvoir du Sultan ou du Roi Abdellah LAROUÏ le définit, « comme le groupe qui choisissait le sultan et exécutait ses décisions »<sup>271</sup>, mais aussi comme « tous ceux qui percevaient un salaire du trésor sultanien ».

Par conséquent, il est évident que le *Makhzen* est considéré comme une autorité qui évoque la raison religieuse afin de contraindre une communauté territoriale de faire allégeance au sultan. Ainsi, quand la dynastie Alaouite s'installe en 1650, elle garde ce

---

<sup>265</sup> Abdessamad BELHAJ, L'usage politique de l'islam : l'universel au service d'un État. Le cas du Maroc, Recherches sociologiques et anthropologiques, 37-2 /2006, pp. 121-139.

<sup>266</sup> *Idem.*

<sup>267</sup> De nombreuses dynasties arabes ont légitimé leur pouvoir sur l'élan religieux dont la descendance du prophète, notamment les alaouite au Maroc et les hachemites en Jordanie.

<sup>268</sup> Le *Mekhzen* est un mot qui signifie entrepôt fortifié, utilisé dans les stockages des aliments, et qui a donné le mot « magasin » en français ; la faculté de percevoir les impôts est synonyme du pouvoir exercé par une tribu sur les autres. Ainsi, dans le contexte politique marocain ça signifie le régime marocain.

<sup>269</sup> *Id, ibid.*

<sup>270</sup> Edouard MICHAUX-BELLAIRE, L'administration au Maroc. Le *Makhzen*, étendue et limites de son pouvoir, Tanger, 1990, Cité par Abdessamad BELHAJ, *op. cit.*

<sup>271</sup> Abdellah LAROUÏ, Les origines sociales et culturelles du nationalisme marocain 1830-1912, Paris, Maspéro, 1977.

mécanisme politique qu'elle juge efficace et qu'elle modernise au fil des années tout en conservant la place et le titre du commandeur des croyants, un titre auquel la monarchie alaouite s'attache particulièrement, afin de justifier la sacralité d'un pouvoir religieux dans la figure d'un Roi-Sultan.

**215.** Ce mécanisme de gouvernance est affirmé par deux éléments principaux, l'installation d'un islam d'État et la sacralisation de la personne du Roi. En effet, toutes les constitutions marocaines affirment que le caractère religieux qui se projette sur l'universalité de l'islam est le fondement principal et légitime du pouvoir marocain. Ainsi, après l'arrivée du Roi Hassan II au pouvoir et malgré les défis de la démocratisation du pays et la situation politique tendue dans les années 60 et 70 suite à la pression de l'opposition socialiste qui contestait le droit exclusif du Roi dans la gouvernance, ce dernier a toujours préservé cette politique dans toutes ses réformes constitutionnelles. l'ancienne constitution confirme cet attachement par de nombreux articles notamment, l'article 6 « *l'islam est la religion de l'État qui garantit à tous le libre exercice des cultes* » et l'article 19 « *le Roi, Amir al-mouminin, représentant suprême de la Nation, symbole de son unité, garant de la pérennité et de la continuité de l'État, veille au respect de l'islam et de la constitution. Il est le protecteur des droits et libertés des citoyens, groupes sociaux et collectivités. Il garantit l'indépendance de la Nation et l'intégrité territoriale du royaume dans ses frontières authentiques* »<sup>272</sup>.

Une affirmation constitutionnelle qui donne au Roi « *Amir Al Mouminine* » deux fonctions : d'abord une fonction inclusive qui se manifeste dans ses discours qui affirment qu'il est l'unique référence pour la nation marocaine et ensuite un rôle exclusif qui permet au Roi d'avoir l'exclusivité de gérer le domaine religieux, une fonction stratégique par laquelle le Roi garde son contrôle sur toute l'opposition, que ce soit les islamistes ou les socialistes à moins qu'ils reconnaissent l'autorité du Roi. Un titre qui a été utilisé par le Roi Hassan II à de nombreuses reprises afin d'affronter toute contestation contre son pouvoir. Cette composition du système politique marocain a permis au Roi Hassan II de contrôler le pays d'un bras de fer ; ainsi la période de son règne est considérée comme la plus marquée par de nombreuses violations des droits de l'Homme<sup>273</sup>.

**216.** En arrivant au pouvoir en 1999, le Roi Mohammed VI affiche sa volonté de tourner la page des violations des droits de l'Homme et de vouloir réformer et moderniser la société marocaine accompagnée de ses institutions. Ainsi, les premières réformes sont celles du droit de la famille et du droit pénal. D'autres efforts sont aussi déployés afin de moderniser le domaine religieux et d'insister sur une vision religieuse malékite tolérante. Une démarche qui a abouti à l'organisation de nombreux congrès visant à diffuser l'image d'un islam modéré tel que « le premier congrès des Imams et Rabbins pour la paix d'Ifrane ».

---

<sup>272</sup> La constitution Marocaine de 1994.

<sup>273</sup> Abdessamad BELHAJ, L'usage politique de l'islam : l'universel au service d'un État. Le Cas du Maroc, *op. cit.*

Par ailleurs, la vision et les promesses de modernisation ne se sont pas manifestées en matière constitutionnelle et il a fallu attendre les mutations du printemps arabe<sup>274</sup> qu'a connu un grand nombre de pays arabes et qui a abouti soit à des bouleversements radicaux des régimes politiques comme ce fut le cas de la Tunisie ou l'Égypte, soit à des réformes jugées profondes par le régime en place notamment le cas du Maroc<sup>275</sup>. Face à ces mutations dans le monde arabe, le Roi Mohammed VI a opté pour une stratégie qui a été payante et qui a consisté à réformer la constitution. La réforme de cette dernière survenue en 2011 est fondée sur la promesse d'une mise en place d'un pouvoir équilibré entre l'encadrement du pouvoir royal et la garantie des droits de l'Homme. Cependant, la Constitution de 2011 ne va pas tenir ses promesses pour les défenseurs des droits de l'Homme et est jusqu'à nos jours jugée comme insuffisante.

**217.** La déception des défenseurs des droits de l'Homme est assez prononcée vis-à-vis du texte constitutionnel. En effet, la constitution de 2011 a gardé un caractère religieux évident dans un grand nombre de ses articles notamment ceux qui affirment la religion d'État et le statut religieux du Roi en sa qualité de *Amir al-mouminin*. Ainsi, dans son préambule, la constitution du 1<sup>er</sup> juillet 2011 affirme que « *le Maroc est un État musulman souverain (...) la prééminence accordée à la religion musulmane dans ce référentiel national (...)* ». Aussi, l'article 3 dispose que « *L'islam est la religion de l'État, qui garantit à tous le libre exercice des cultes* » ; la devise de l'État dans l'article 4 est « Dieu, la patrie, le Roi ». Des affirmations qui prouvent explicitement l'attachement du régime marocain au caractère religieux, une adoption qui vient renforcer la monarchie et sa légitimité islamique ainsi que celle du Roi fondu sur l'ascendance prophétique.

**218.** En ce qui concerne le rôle du Roi, la constitution de 2011 se distingue des textes qui la précèdent par la dissociation entre les fonctions du Roi en tant que chef d'État (article 42) et commandeur des croyants, une dissociation qui vise à assurer un équilibre et éviter la possibilité de rabattre les compétences les unes sur les autres. Cependant, l'analyse de cet article fait ressortir la conservation et le renforcement des compétences du Roi dans l'apparition de deux autres titres « *arbitre suprême et protecteur du choix démocratique* »<sup>276</sup>. De plus, l'article 41 vient confirmer le statut d'*Amir al-mouminin* qui exerce son pouvoir exclusif de commanderie (*imara*) des croyants : « *Le roi, commandeur des croyants, veille au respect de l'islam. Il est le garant du libre exercice des cultes. Il préside le conseil supérieur des 'ulama', chargé de l'étude des questions qu'il lui soumet. Le conseil est la seule instance habilitée à prononcer les consultations religieuses (fatwa) officiellement agréées, sur les questions dont il est saisi et ce, sur la base des principes, préceptes et dessins tolérants de l'islam. Les attributions, la composition et les modalités de fonctionnement du conseil sont fixées par Dahir. Le Roi exerce par Dahirs les prérogatives religieuses inhérentes à l'institution de la commanderie des croyants qui lui sont conférées de manière exclusive par le présent*

---

<sup>274</sup> Ce soulèvement est survenu contre les régimes autoritaires en place et la concentration du pouvoir ainsi que la non-séparation des pouvoirs et des violations extrêmes des droits de l'homme.

<sup>275</sup> Malik BOUMEDIENE, Révolutions arabes et renouveau constitutionnel : Une démocratisation inachevée, La revue des droits de l'homme, 2014. Disponible sur : <https://journals.openedition.org>.

<sup>276</sup> Omar BENDOUROU, La consécration de la monarchie gouvernante, L'année du Maghreb, VII, 2012, pp. 391-404.

*article*<sup>277</sup> ». Ainsi, par cet article le Roi conserve encore une fois ses compétences en matière religieuse. Par cette analyse, il est clair que la réforme de la constitution en 2011 n'a pas permis d'estomper la soumission de la religion à la monarchie avec la conservation de l'ensemble des compétences du monarque. D'ailleurs la continuité d'une adoption d'un islam d'État est également traduite dans le rite d'allégeance qui reste un symbole religieux fort qui continue d'exister et qui confirme l'obéissance des croyants musulmans au commandeur.

Il est évident que dans l'histoire contemporaine de la monarchie marocaine, l'affirmation de l'islam comme religion d'État fait partie du mécanisme politique qui permet au Roi par son statut d'*Amir al-muminin* de gouverner avec des compétences élargies. Ainsi, l'introduction de la religion et de la sacralité du Roi au Maroc fait que le droit musulman est aussi une référence primordiale dans de nombreuses branches de droit notamment celle du droit de la famille. Une référence qui limite souvent l'évolution des droits de l'Homme, du fait que l'instauration d'un État de droit doit être faite dans le respect des principes de la religion musulmane et de la monarchie. Une situation critiquée par de nombreuses organisations internationales qui œuvrent pour les droits de l'Homme notamment, *Human rights watch et Amnesty international* qui, dans leurs derniers rapports de l'année 2017/2018, ont dénoncé la dégradation des droits de l'Homme au Maroc ce qui est tout à fait contraire à la vision moderniste que proclamait le régime marocain lors de la réforme constitutionnelle. Des dégradations qui concernent la liberté d'expression, le comportement policier, la torture et le système pénal, les migrants et les réfugiés, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, les droits des personnes handicapées mais aussi les droits des femmes et des enfants.

**219.** Il est évident que le système politique complexe du régime marocain et son caractère dualiste influence visiblement la question des droits de l'Homme et plus précisément ceux du droit de la famille où l'attachement à certaines règles du droit musulman est encore présent et limite un grand nombre de réformes qui peuvent affecter la question des droits de l'enfant. C'est dans ce sens qu'il semble évident de considérer que le facteur politique joue un rôle principal dans l'instauration d'un État de droit, ce dernier étant la garantie au respect de l'universalité des droits de l'Homme et de toutes les conventions internationales notamment celles relatives aux droits de l'enfant. Ainsi, la complexité du régime marocain et de sa politique menée qui conserve un caractère dualiste a souvent des incidences sur l'applicabilité des conventions internationales dont la CIDE.

**220.** Dans le cadre de l'ouverture politique que revendiquait le Roi Mohammed VI depuis son arrivée au pouvoir, de nombreuses réformes ont été menées dans l'objectif de mettre en avant les droits de l'Homme et les droits de l'enfant. Ainsi, les engagements internationaux du Maroc durant les dix dernières années en matière des droits de l'enfant se sont traduits par de nombreuses réformes internes dont l'objectif est de mener à bien la modernisation de la société marocaine dans son ensemble.

---

<sup>277</sup> La constitution Marocaine de 2011.

En effet, dans ce cadre, les réformes législatives et institutionnelles se sont poursuivies pour répondre à la situation urgente de la protection de l'enfance au Maroc. Aussi cette volonté s'est traduite par la mise en place de nombreux programmes afin d'accélérer les mécanismes œuvrant pour la protection de l'enfant. En effet, lors du 10<sup>e</sup> congrès des droits de l'enfant, tenu le 25 Mai 2004 à Rabat, le Roi Mohammed VI exprime à travers une lettre royale sa volonté de concrétiser et de respecter l'engagement international du pays en affirmant : « (...) *Nous sommes convaincus de relever les défis. Ceci passe par un dialogue engagé et constructif, pour mettre en place le plan national qui illustre l'intérêt tout particulier que nous portons à l'amélioration de la condition des enfants dans notre pays (...). Nous invitons tous les acteurs concernés, qu'il s'agisse du gouvernement, d'organismes publics, de collectivités locales, de société civile, de secteur privé ou de médias, à faire preuve d'une mobilisation et d'une coordination accrues, pour améliorer la situation de l'enfance (...)* »<sup>278</sup>.

**221.** Ainsi, le plan d'action national pour l'enfance PANE s'est vu adopté en juillet 2005 (2005-2015)<sup>279</sup> avec dix grands objectifs et qui sont : « *progresser le droit à une vie saine ; le droit au développement ; le droit à la protection ; renforcer les droits de l'enfant par la généralisation ; développer une meilleure équité ; renforcer les capacités des détenteurs d'obligations à l'égard des enfants ; accroître et optimiser les ressources budgétaires et humaines allouées à la réalisation des droits de l'enfant ; créer les mécanismes de partenariat et un dispositif de suivi de l'exercice des droits de l'enfant ; assurer les conditions de mise en œuvre du PANE dans une approche inter et multisectorielle* ». Durant les années d'application du PANE, celui-ci a été confronté à l'ampleur de la situation critique de la protection de l'enfant. Ainsi, bien que de nombreux droits de l'enfant aient été assurés ou encadrés tant sur le plan théorique que sur le plan pratique, le bilan effectué à mi-parcours de l'application en 2011 a révélé l'insuffisance des résultats en affirmant : « *qu'en matière de protection, le décalage demeure manifesté entre d'une part, les ambitions du pays et les moyens consentis, et d'autre part, les résultats réalisés effectivement* »<sup>280</sup>.

Avant même la fin du PANE, le ministère de la solidarité, de la femme, de la famille et du développement social (MFFDS) lance son nouveau projet qui prend en considération les dispositions de la constitution de 2011 qui vient affirmer le rôle de l'État en matière de protection des droits de l'enfant et précise dans son article 32 que « *L'État assure une égale protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale* ». Aussi, « *qu'il appartient à l'État de prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection des enfants, de garantir et préserver leurs droits conformément à la loi* »<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> Extrait de la lettre Royale, lue par la princesse Lalla Meryem lors du 10<sup>ème</sup> congrès des droits de l'enfant tenu le 25 Mai 2004, à Rabat.

<sup>279</sup> Ce plan rentre dans la contribution et la matérialisation de l'initiative nationale de développement humain (INDH) lancée par le Roi Mohammed VI en 2005, qui vise à lutter contre la pauvreté, l'exclusion sociale et le développement des ressources humaines.

<sup>280</sup> Rapport national d'évaluation à mi-parcours sur la mise en œuvre du plan d'action « *Un monde digne de ses enfants* », 2011. Disponible sur : [www.unicef.org](http://www.unicef.org).

<sup>281</sup> La constitution Marocaine 2011.

222. Ainsi l'adoption de la politique publique intégrée de protection de l'enfance PPIPEM (2015-2020) est élaborée. Elle se veut comme une continuité de l'ancien plan et représente un nouvel engagement pour le Maroc dans la protection de l'enfance. Un plan renforcé par un cadre juridique, institutionnel et politique en mouvement<sup>282</sup> qui permet la mise en place d'une protection qui se réalise à travers cinq objectifs à savoir :

- *Le renforcement du cadre légal de la protection de l'enfance et son effectivité ;*
- *La mise en place de dispositifs territoriaux intégrés de la protection de l'enfance ;*
- *La standardisation des structures, des services et des pratiques ;*
- *La promotion de normes sociales protectrices ;*
- *La mise en place d'un système d'information, de suivi-évaluation et de monitoring*<sup>283</sup>.

223. Un ensemble d'objectifs qui confirment la vision d'engagement du Maroc et de la volonté politique qui se traduit dans cet investissement. Par ailleurs, à trois ans de la fin de la première phase du programme, la politique menée par le gouvernement en place afin de réaliser la PPIPEM est fortement critiquée par le rapport « *d'examen périodique universel-Maroc 2017* » élaboré par les ONG marocaines qui mettent en évidence les limites du PPIPEM sur des questions fondamentales relatives à la mise en œuvre des obligations internationales, notamment, la situation des enfants sans identité légale qui se trouvent privés de nombreux droits élémentaires comme le droit aux soins de santé ou le droit à l'éducation. En effet, selon un rapport de l'Unicef, 6 % des enfants marocains ne sont pas enregistrés malgré l'existence de la loi de 2002 qui a rendu la déclaration de naissance obligatoire, une mesure insuffisante face à de nombreuses situations délicates comme « la naissance à domicile, les mères célibataires, les mariages coutumiers ou autre ». En ce qui concerne les enfants nés hors mariage et les mères célibataires, la situation étant encore délicate en vue de la pénalisation des relations sexuelles hors mariage, les mères célibataires se trouvent souvent seules à assumer la responsabilité de l'acte ou obligées d'abandonner l'enfant. S'ajoute à cela d'autres limites citées par l'ONG BAYTI qui dans un communiqué de presse déplore le manque de collaboration du ministère avec les ONG et le manque de participation de ces dernières dans le travail et dans l'élaboration des résultats. Toutefois, il importe de souligner que l'élément politique en matière de protection des droits de l'enfant ne représente qu'un élément parmi d'autres qui doit être remis en question et que d'autres obstacles participent également à rendre l'application de la CIDE encore plus complexe par l'Etat marocain, notamment ceux d'ordre socio-économiques.

---

<sup>282</sup> En plus de la constitution de 2011, de nombreuses mesures sont venues renforcer l'adoption du PPIPEM notamment : le décret de 2014 qui a permis l'institutionnalisation d'une commission interministérielle de l'enfance ; la loi 78-14 relative à la création du conseil consultatif de la famille et de l'enfance ; le projet relatif au conseil national des droits de l'homme, qui prévoit la mise en place d'un mécanisme de recours et de monitoring spécifique aux droits de l'enfant S'ajoute à cela le rôle considérable de la société civile.

<sup>283</sup> Le PPIPEM.

## ***B- Les obstacles d'ordre socio-économiques.***

**224.** Nous ne pouvons pas aborder l'évolution des droits de l'Homme dans un pays, sans évoquer les réformes politiques et juridiques qui visent à respecter l'engagement de l'État au regard des conventions internationales. Cependant, bien que l'analyse des mesures prises dans ce sens puisse être favorable à une évolution concrète, elle ne peut être complète sans la prise en compte du contexte de la situation socio-économique qui représente un élément d'influence et qui peut favoriser ou limiter cette évolution dans le pays. Ainsi, au Maroc, comme partout dans les pays en voie de développement, l'élément socio-économique constitue souvent un obstacle devant une évolution permanente, d'abord dans un cadre où l'économie est considérée comme instable et puis face à une société où la pauvreté et l'analphabétisme sont importants.

**225.** Le Maroc est actuellement la 5<sup>e</sup> puissance économique d'Afrique. Il est considéré comme le troisième producteur et le premier exportateur mondial de phosphates avec deux importants secteurs qui sont l'agriculture et le tourisme. Caractérisé au lendemain de l'indépendance par un taux élevé de pauvreté qui touchait un marocain sur deux, le Maroc a pu surmonter au fil des années les difficultés en enregistrant une avancée économique importante durant les années 90. Des avancées qui ont permis une légère amélioration sur le revenu moyen des ménages en se basant sur les conditions de vie de divers groupes de population et une faible croissance. En effet, le taux de croissance est le premier indicateur de la situation économique du pays, qui, durant les dernières années a connu une décadence.

**226.** Dès son arrivée au pouvoir, le Roi Mohammed VI est attendu sur des réformes d'une grande ampleur qui concernent principalement la démocratisation du pays et la rénovation de la question sociale qui connaît des disparités croissantes sous l'effet du capitalisme. Une opération qui s'annonce délicate avec le taux de pauvreté très élevé dans le pays. Ainsi, dans la sphère des réformes menées au début des années 2000, le Roi a lancé en 2005 un des plus grands projets du développement humain appelé « L'initiative Nationale pour le développement Humain (l'INDH) ». Un programme qui porte l'objectif de combler le retard du Maroc dans le développement à travers le renforcement de son rôle et de ses responsabilités en intervenant dans trois principaux axes : l'accès aux services de base pour tous (santé, éducation, services...) ; la promotion des activités génératrices et l'aide aux personnes vulnérables. Une politique qui se base sur des mesures internationales afin d'améliorer le classement de l'indicateur de développement humain qui se mesure sur les trois critères définis par le programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)<sup>284</sup> :

---

<sup>284</sup> Le PNUD est un programme qui vise la réalisation de huit objectifs notamment : l'élimination de l'extrême pauvreté et la faim ; la garantie de l'éducation primaire pour tous ; la promotion de l'égalité et de l'autonomisation des femmes ; la réduction de la mortalité infantile ; l'amélioration de la santé maternelle ; la lutte contre le VIH, le paludisme et d'autres maladies ; la garantie d'un environnement durable ; la mise en place d'un partenariat mondial pour le développement.

- *L'espérance de vie à la naissance (ce qui permet de donner une idée sur l'état sanitaire de la population du pays et donc du bien-être de la population) ;*
- *L'éducation (le niveau d'instruction mesuré par la durée moyenne de scolarisation et d'alphabétisation) ;*
- *Le revenu par habitant (mesuré à partir du PIB).*

Afin de répondre aux exigences internationales, l'INDH a privilégié dans la première phase de son exécution quatre principaux programmes qui se présentent comme suit :

Programme INDH	OBJECTIFS
Lutte contre la pauvreté en milieu rural.	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Renforcement et soutien aux associations œuvrant pour le développement humain.</li> <li>– L'intensification des actions sociales.</li> <li>– Amélioration d'accès à la santé, à l'éducation et aux services sociaux.</li> <li>– Encouragement des activités économiques.</li> </ul>
Lutte contre l'exclusion sociale en milieu urbain.	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Le développement de l'économie locale par le biais des actions génératrices de revenus.</li> </ul>
Lutte contre la précarité.	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Une réinsertion familiale et sociale.</li> <li>– Un accompagnement vers une insertion socio-économique.</li> <li>– Une prise en charge sanitaire.</li> </ul>
Le programme transversal.	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Former des assistances techniques afin d'accompagner les élus locaux.</li> </ul>

227. En effet, durant la première phase du programme (2005-2010), de nombreux projets ont vu le jour dans le cadre du développement humain, une réalisation qui a permis l'amélioration de la situation sociale d'un nombre de Marocains.

Cependant, les statistiques qui sont annoncées par exemple en 2009 ne répondent pas aux espérances et le « *taux de pauvreté s'élève à 2,8 millions de personnes pauvres et 5,4 millions de personnes vulnérables, ce qui signifie que c'est bien plus du quart de la population marocaine qui se trouve en situation enviable ; aussi s'ajoute à cela d'autres formes de précarités persistantes notamment l'accès à la santé, à l'éducation, au logement décent et aux services de base* »<sup>285</sup>.

<sup>285</sup> Touhami. ABDELKHALEK, Cadre stratégique national de réduction de pauvreté au Maroc : à propos du concept de pauvreté et analyse de la situation, rapport pour le ministère du développement social, de la famille et de la solidarité,

Bien que les chiffres ne fassent pas toujours l'unanimité, ils démontrent l'ampleur de la situation et de la précarité persistante chez un grand nombre de marocains. Ainsi, le classement de l'indicateur de développement humain du Maroc indique une situation souvent stagnante ou en une légère amélioration depuis des années.

En effet, depuis la mise en place de l'INDH, le Maroc est passé de la 125<sup>e</sup> sur 177 en 2004, à la 130<sup>e</sup> sur 182 en 2007, puis à la 114<sup>e</sup> sur 169 en 2010 et enfin à la 123<sup>e</sup> sur 189 en 2017 et en 2018<sup>286</sup>, bien qu'il parvienne à améliorer son score qui passe à 0,667 au lieu de 0,647 enregistré en 2016, puis à 0,628 en 2015 et à 0,617 en 2014 en améliorant l'espérance de vie ou encore augmentant les années de scolarité. La situation du Maroc en développement humain reste très critique ; il est le seul pays arabe qui figure dans la dernière catégorie « *Groupe de développement humain moyen* », une position qui le place bien derrière l'Irak, la Palestine et l'Égypte. De même, au Maghreb, le Maroc se fait dépasser par les pays voisins où l'Algérie est en 85<sup>e</sup> place et la Tunisie en 95<sup>e</sup><sup>287</sup>. Le dernier rapport du PNUD fixe les raisons de la situation tardive du Maroc en matière de développement humain dans quelques domaines précis notamment en matière de revenu national brut RNB par habitant et aussi dans le domaine de l'éducation qui connaît des limites dans le nombre d'années d'éducation où la moyenne marocaine est de 5,5 ans et est clairement en dessous de celle des autres pays arabes qui est à 7 ans, une difficulté due principalement à la pauvreté des parents<sup>288</sup>.

**228.** De plus, nous ne pouvons pas nier que le taux de pauvreté au Maroc reste très élevé, malgré l'amélioration qu'il a connue durant ces dernières années. Dans un rapport publié conjointement en 2017, la Banque mondiale et le Haut-commissariat au plan affirment que la pauvreté au Maroc allant de 2001 à 2014 est clairement marquée par une baisse où elle passe de 15,3 % en 2001 à 8,9 % en 2007 et 4,8 en 2014<sup>289</sup>. Une pauvreté qui se concentre principalement dans le milieu rural puisqu'elle touche 1,3 million de personnes dans les campagnes, engendrant ainsi de multiples formes d'exclusion des services où la femme et l'enfant sont les plus concernés.

**229.** Dans un cadre de pauvreté aussi élevée et avec une population dont le tiers est âgé de moins de 18 ans soit 11 millions de la population, le Maroc a fourni de multiples efforts afin de répondre aux obligations internationales au regard de ses enfants. Ainsi, suite à sa ratification de la CIDE, le Maroc a intégré l'enfant dans un grand nombre de chantiers afin d'améliorer sa situation. Cependant, les efforts fournis par l'État ne sont pas suffisants pour atténuer le taux de pauvreté très élevé des enfants qui sont privés de leurs droits fondamentaux ce qui fait d'eux des enfants pauvres ou vulnérables. Ainsi est élaborée la définition de la pauvreté des enfants par l'Unicef :

---

PNUD, 2009, cité par Myriam CATUSSE, le social : une affaire d'État au Maroc de Mohammed VI, confluences Méditerranée, 2011, n° 78, pp. 63 à 76.

<sup>286</sup> Rapport PNUD. Disponible sur : <http://www.undp.org>.

<sup>287</sup> Malik DRISSI, Le Maroc mauvais élève du développement humain, tel quel, 16 septembre 2018.

<sup>288</sup> *Idem*.

<sup>289</sup> Rapport 2018, banque mondiale. Disponible sur : <https://www.banquemondiale.org/fr/country/morocco/publication/poverty-in-morocco-challenges-and-opportunities>

*« aux services de santé de base, au logement, à l'éducation, à la participation, et à la protection, et bien qu'un manque sévère de biens et de services nuise à tout être humain, c'est pour les enfants que cela représente la pire menace et le mal le plus grand, en les rendant incapables de jouir de leurs droits, d'atteindre leur plein potentiel et de participer à la société comme membre à part entière<sup>290</sup>».*

**230.** C'est en se basant sur cette définition que le dernier rapport réalisé par l'Unicef en collaboration avec l'ONDH et le MFSEDS intitulé « Profil de la pauvreté des enfants au Maroc » décrit un tableau sombre de la pauvreté multidimensionnelle des enfants en personnalisant l'approche de MODA<sup>291</sup> au contexte marocain et qui considère en situation de pauvreté multidimensionnelle tout enfant privé d'au moins deux dimensions de son bien-être. En effet, l'analyse montre qu'au Maroc il y a 39,7 % d'enfants entre 0 et 17 ans qui sont des pauvres multidimensionnels<sup>292</sup> ; c'est presque quatre enfants sur dix qui vivent dans une situation de pauvreté et qui sont privés d'au moins deux dimensions fondamentales de leur bien-être. Une privation qui se catégorise selon les différents âges mais qui se concentre pour deux catégories d'enfants notamment pour les enfants entre 0 à 4 ans avec la privation de soins de santé, d'une nutrition équilibrée et d'une assurance maladie ; pour les enfants entre 5 et 14 ans, de la privation de l'eau, d'assainissement et de logement, et enfin pour les enfants entre 15 et 17 ans où le déficit dans la dimension éducative est très haut.

Une analyse qui met en évidence la vulnérabilité des enfants selon le critère monétaire et qui concerne deux catégories : d'abord avec un taux de 4,4 % d'enfants vivant dans des ménages où le pouvoir d'achat est en dessous de la ligne de pauvreté et 14,4 % d'enfants vivant dans des ménages où le pouvoir d'achat est à peine au-dessus du seuil de pauvreté, ce qui représente 18 % d'enfants au Maroc qui sont pauvres ou vulnérables<sup>293</sup>. S'ajoute à cela une autre problématique qui se manifeste dans les inégalités entre les milieux de résidence, avec un taux de 68 % d'enfants pauvres en milieu rural contre 17,1 % en milieu urbain, ce qui reflète clairement le défi des grandes inégalités entre les deux milieux auquel le Maroc doit faire face avec des mesures plus efficaces<sup>294</sup>.

---

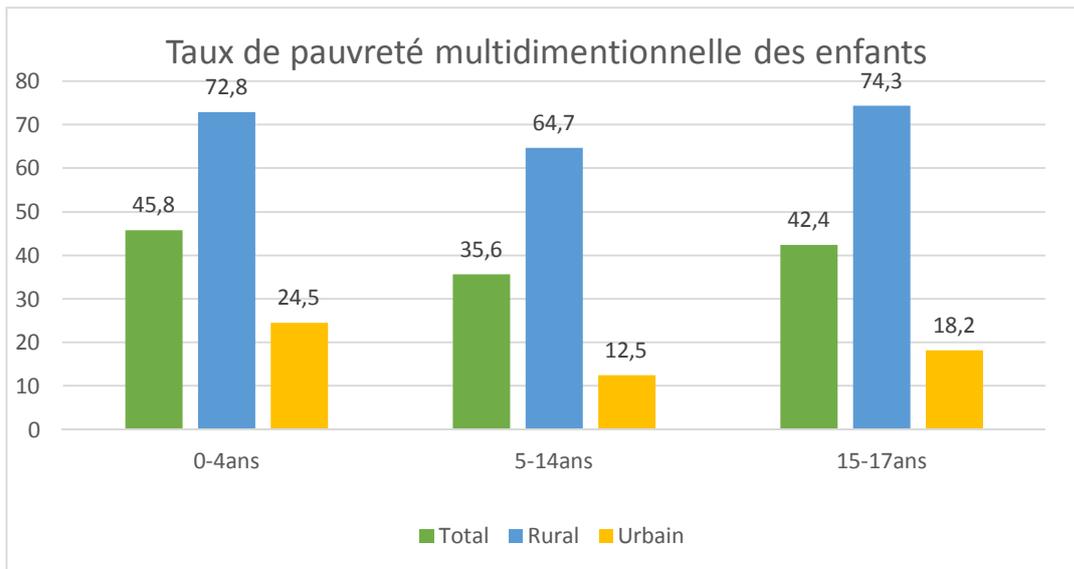
<sup>290</sup> Voir dans ce sens l'étude réalisée par l'UNICEF sur : [www.unicef.org/socialpolicy/files/GlobalStudyGuide\\_French.doc](http://www.unicef.org/socialpolicy/files/GlobalStudyGuide_French.doc)

<sup>291</sup> L'analyse du chevauchement des privations multiples (MODA) est une méthodologie mise en place par l'UNICEF qui propose une approche globale des aspects multidimensionnels de la pauvreté et des privations des enfants. Disponible sur: <https://www.unicef-irc.org>.

<sup>292</sup> Un concept qui intègre les critères socioculturels, en plus du critère financier.

<sup>293</sup> *Idem*.

<sup>294</sup> Observatoire National du Développement Humain (ONDH), Ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Égalité et du Développement Sociale (MFSEDS et UNICEF (2017) Profil de la pauvreté des enfants au Maroc, Synthèse, ONDH, MFSEDS, UNICEF, Rabat.



**231.** Il est évident que le Maroc a entrepris un ensemble de projets et de mesures afin d'améliorer la situation sociale au Maroc avec des initiatives lancées majoritairement par l'institution royale en vue d'affirmer le rôle de cette dernière dans l'évolution sociale. Cependant, l'ensemble des études réalisées en la matière depuis le début du règne du Roi Mohammed VI, pointe du doigt l'insuffisance des travaux menés ainsi que l'inefficacité d'un grand nombre de mesures prises durant ces dernières années. De plus, l'ensemble des programmes entrepris ne visent pas une politique claire avec l'objectif de mettre en place un État social où ce dernier assure son rôle principal qui est de garantir à chaque citoyen des droits sociaux. En outre, la situation sociale des enfants démontre une situation alarmiste où l'État est encore très loin de réaliser l'objectif principal de la CIDE et d'assurer aux enfants les droits revendiqués par cette dernière. Une situation qui peut même être un terrain défavorable à l'applicabilité de la Convention internationale des droits de l'enfant.

---

<sup>295</sup> *Idem.*

## Paragraphe 2 : Application confrontée à une double référence.

232. La Convention internationale des droits de l'enfant est considérée comme un idéal constitué par la communauté internationale afin de reconnaître aux enfants des droits protecteurs. Ces derniers sont garantis aux enfants dès la ratification de la CIDE par leurs États. Une ratification dont l'objectif principal n'est pas forcément de bouleverser les lois, les coutumes, les traditions ou encore les structures préexistantes dans un État, mais d'obliger ce dernier de faire preuve d'un réel engagement au regard des dispositions de la CIDE et d'harmoniser ou d'ajuster son droit interne avec les principes du traité international. Cependant, la problématique qui se pose est celle de la contradiction de certains principes de la CIDE avec des normes et des valeurs qu'un État considère comme principales et qui ne sont pas susceptibles de modifications. C'est dans cette perspective que le texte autorise dans son article 51, alinéa 1 aux États parties la possibilité d'émettre des réserves au moment de la ratification ; un droit confirmé par l'article 2, alinéa 1-d de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 qui précise que « *l'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État* »<sup>296</sup>. Un droit qui permet à l'État de manifester sa souveraineté et son choix de limiter l'application d'une convention.

233. Ainsi, à travers cette possibilité d'émettre des réserves, le caractère universel du texte international peut être remis en question soit par l'inapplicabilité ou l'inefficacité d'un certain nombre de droits proclamés suite aux réserves émises par des États parties, soit par la possibilité d'interpréter et d'appliquer une des dispositions de la convention d'une manière déterminée ou limitée. Toutefois, l'article 51 alinéa 2 interdit toute réserve contradictoire avec l'esprit de la convention : « *Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente convention n'est autorisée* », une précision qui se définit selon le professeur Alain PELLET, par « *les règles, droits et obligations essentiels, indispensables à l'économie générale du traité, qui en constituent la raison d'être et dont la modification ou l'exclusion porteraient gravement atteinte à l'équilibre conventionnel* »<sup>297</sup>.

Il est évident que par le biais des réserves, la CIDE a pu garantir un grand nombre de ratifications la classant première de toute l'histoire de la ratification des textes internationaux. Cependant, le nombre d'États ayant formulé des réserves est assez élevé ce qui constitue un obstacle à l'efficacité du texte et le rend prisonnier de ses propres dispositions.

---

<sup>296</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 2, alinéa 1-d.

<sup>297</sup> Une définition formulée par le professeur Alain PELLET, rapporteur spécial de la commission du droit international, cité par Zani MAMOUD, *op. cit.*, p. 23.

## *A- Un cadre général.*

**234.** L'originalité de la Convention internationale des droits de l'enfant, est qu'elle revendique des droits universels à l'enfant. Cependant, l'universalité de ces droits va être confrontée à un grand nombre d'obstacles dont celui des réserves, qui, dans la pratique, visent principalement à garantir aux États une sorte d'indépendance et de souveraineté mais aussi une appartenance à la communauté internationale. En effet, la question des réserves est considérée comme un développement relativement nouveau dans la conclusion des traités modernes. Avec le développement des coopérations interétatiques, le processus de l'élaboration d'un traité va connaître un grand développement durant le XIX<sup>e</sup> siècle, et il va passer d'un traité plutôt linéaire et sans compromis, fondé sur la notion de l'uniformité, l'unanimité et le consentement total à un des éléments clés de la légitimité et de la force exécutoire. Ainsi, les aspects cruciaux d'un traité étaient négociés et une fois convenus, le départ d'un État était douteux. De plus, lorsqu'un État objectait à une disposition particulière d'un traité, il avait le choix d'accepter le traité avec l'ensemble de ses dispositions ou de refuser de joindre son accord. Cette approche a préservé pendant longtemps les principes fondamentaux d'uniformité et d'unanimité qui a conservé un régime de conformité efficace. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, cette approche de conclusion de traités s'est effondrée suite à la difficulté des parties de trouver des accords sur des questions précises et au désir de ces dernières de modifier les dispositions et de les accorder à leurs propres intérêts. Une situation qui a légitimé et donné naissance à l'institution de « réserves ». En effet, l'évolution de cette dernière a suivi celle des conventions multinationales qui se sont multipliées, ce qui a poussé la communauté internationale dans le cadre de l'organisation des Nations Unies et au sein de la commission de droit international à se pencher sur la recherche d'une réglementation.

**235.** Ainsi, dans le cadre de la codification du droit des traités, la commission de droit international a présenté en 1966 le projet de la convention sur le droit des traités qui comprenait une section traitant de la question des réserves, un projet qui a servi de base à l'adoption de la Convention de Vienne en mai 1969.

**236.** En effet, cette convention vient définir le caractère juridique des réserves. Ainsi dans son article 2, on évoque un acte unilatéral ayant pour objectif la modification de certaines dispositions ou la mise en place de réserves qui créent des particularités pour l'État qui les a formulées par rapport au fonctionnement du traitement général du traité. Ainsi, à travers la réserve, le pays dépose une condition qui précise que l'État ne s'engage qu'à la condition que certains effets juridiques du traité ne lui soient pas appliqués, que ce soit par l'exclusion ou la modification d'une règle ou par l'interprétation ou l'application de celle-ci. De plus, dans l'objectif de comprendre les règles de la mise en place des réserves, il est important de faire la distinction entre les réserves et d'autres actes menés par les États au moment de l'adhésion ou de la ratification d'un traité.

Notamment, les déclarations interprétatives qui émanent unilatéralement d'un État sur une convention afin de préciser son intention d'interpréter un certain nombre de dispositions de la convention, une interprétation qui n'empêche pas l'entrée en vigueur de ces dispositions à l'égard de l'État mais qui modifie le sens de la disposition<sup>298</sup>. En ce qui concerne les dispositions, elles ne sont pas considérées comme des réserves au vrai sens du terme notamment parce qu'elles résultent d'une décision commune des États. En outre, une fois qu'une réserve soit faite, elle devient une réalité et une obligation réciproque entre les États que ce soit réservataire ou objectant. De plus, son effet juridique n'est pas simplement de libérer un État de son obligation nationale de mettre ses lois en conformité avec les termes du traité, mais bien de dispenser les autres États.

**237.** Cependant, bien que les réserves puissent être présentées comme un acte unilatéral, en réalité elles représentent une offre dont les actes juridiques qui en découlent dépendent de l'acceptation ou du rejet des États. En effet, si la réserve n'est pas explicitement autorisée, les autres États se trouvent devant le choix d'accepter, de refuser ou de garder le silence ce qui vaut acceptation selon l'article 20 de la Convention de Vienne. Par ailleurs, face à la formulation d'une réserve formellement autorisée par le traité, l'acceptation et l'objection n'ont pas à être mises en place ; toutefois il peut y avoir un débat sur la formulation de la réserve ainsi que sur sa correspondance au traité.

**238.** En outre, comparé aux traités multilatéraux de manière générale, le nombre d'adhésion et de ratification des traités relatifs aux droits de l'Homme a un taux de réserve très élevé ce qui affaiblit clairement le régime et l'objectif des traités. Ainsi, dans le but de limiter les réserves et de les réglementer, l'article 19 de la Convention de Vienne réglemente la question des réserves de la manière suivante : « *Un État au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins :*

- a) *Que la réserve ne soit interdite par le traité ;*
- b) *Que le traité ne dispose que seuls des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites ; ou*
- c) *Que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas a) et b), la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité »<sup>299</sup>.*

**239.** En effet, c'est l'absence d'imprécision sur l'incompatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité qui laisse un pouvoir d'appréciation aux États qui peut être problématique. Une situation sur laquelle la Cour internationale de justice a déjà donné un avis consultatif en 1951, sur les réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ou elle a précisé que « *c'est dans le degré de compatibilité entre la réserve et le but de la convention qu'il faut rechercher le critère qui guidera tant l'attitude de l'État qui formule la réserve que celle de l'État qui y fait objection* »<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> Il importe de souligner que de nombreux États utilisent cet acte de déclaration interprétative et sa ressemblance afin de mettre en place des réserves sous forme de déclaration.

<sup>299</sup> La Convention de Vienne sur le droit des traités, ART. 19.

<sup>300</sup> Voir C.I.J. Recueil 1951, p. 15, cité par Mamoud ZANI, *op. cit.*, p. 24.

La même instance a aussi indiqué dans un autre arrêt en 2006 « *qu'une réserve n'ayant pas été l'objet d'objection des deux tiers des États parties devait être considérée comme compatible avec l'objet et le but de la convention* »<sup>301</sup>. Ainsi, l'imprécision sur les conditions d'incompatibilité des réserves avec l'objet ou le but d'un traité se présente comme une limite évidente sur les dispositions des traités qui perdent leur caractère juridique ce qui limite la fonction du contrôle de l'organe chargé de la mise en œuvre.

**240.** Par ailleurs, malgré les efforts émis par la communauté internationale afin d'encadrer et de trouver des résolutions à la question des réserves à travers la Convention de Vienne, la question des réserves préoccupe jusqu'à nos jours un grand nombre de chercheurs et de militants des droits humains sur leur impact sur la protection des droits de l'Homme, notamment ceux qui concernent l'enfant. En effet, la Convention internationale des droits de l'enfant est concernée également par la question des réserves, ces derniers influencent clairement le droit interne et affectent l'universalité du texte.

### ***B- La CIDE face aux réserves.***

**241.** La réserve est un acte de souveraineté que chaque État manifeste à travers sa volonté et son droit d'écarter une ou plusieurs dispositions d'un traité qu'il juge incompatible avec ses normes et ses valeurs. Comme nous l'avons précisé plus haut, la question des réserves peut être garantie explicitement par le traité, tel est le cas pour la CIDE qui par le biais de l'article 51 alinéa 1 autorise à tout État de formuler des réserves ou des déclarations à l'encontre des dispositions de la convention tout en préservant l'objet et le but que le texte défend et en garantissant la possibilité de les retirer à tout moment par une notification à cet effet<sup>302</sup>.

**242.** Sur les 191 États ayant ratifié la CIDE, plus d'un tiers a émis des réserves ou déposés des déclarations interprétatives afin de limiter l'application de la convention sur leurs territoires. Les réserves et les déclarations concernent principalement 29 articles dont les plus fréquemment mentionnés par les États sont : l'article 14 qui porte sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'article 21 sur l'adoption nationale et internationale, l'article 7 sur l'enregistrement à la naissance, le droit à un nom et à une nationalité, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux<sup>303</sup>. S'ajoutent à cela d'autres formes de réserves qui sont d'ordre général, notamment quand l'État se réfère à la supériorité de la constitution et des lois internes et déclare qu'aucune disposition de la convention qui va à l'encontre de ces derniers ne peut être appliquée ; ou par des déclarations destinées à élargir leurs obligations, notant l'exemple de l'article 1 de la convention qui traite la définition de l'enfant qui se retrouve souvent modifié.

---

<sup>301</sup> Voir arrêt du 3 Février 2006, rôle général n° 126, pp. 29-30.

<sup>302</sup> La notification doit être adressée au Secrétaire général de l'organisation des Nations Unies, qui informe ensuite tous les États ; ainsi la notification prend effet à la date à laquelle elle est reçue par le secrétaire général.

<sup>303</sup> Marie-Françoise LUKER-BABEL, Les réserves à la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international.

243. Bien que l'effet juridique entre une réserve et une déclaration soit évident, les États parties ne sont pas toujours précis dans leur formulation. Ainsi, l'ensemble des réserves et des déclarations portent souvent en elles une ambiguïté qui affecte l'applicabilité de l'intégralité des dispositions de la CIDE. En effet, de nombreuses réserves sont émises à l'égard de la CIDE, dont le plus grand nombre émane des États islamiques qui visent à protéger leur ordre juridique basé particulièrement sur des principes religieux et qui diverge de l'aspect laïc de la convention. De plus, la majorité de ces États déclare que : « *Les dispositions de la convention seront interprétées à la lumière des principes découlant des lois et valeurs islamiques* ». Une déclaration qui permet une diverse interprétation selon la vision et la volonté de l'État, ce qui peut engendrer une grande divergence au niveau du respect des dispositions du texte<sup>304</sup>. Cette position est affirmée par les États européens qui ont formulé une objection aux réserves présentées par les États islamiques qui se sont référés aux principes religieux ou constitutionnels. Une objection argumentée par l'incompatibilité des réserves avec l'objectif et le but du traité ainsi que par leur crainte de voir envelopper les principes de droit international par des règles de droit interne<sup>305</sup>.

244. Cependant, la question qui se pose est celle de savoir quand est-ce que les réserves et les déclarations peuvent être incompatibles à l'objet et au but de la convention ? Et est-ce qu'il est possible de définir explicitement l'objet et le but de la CIDE ? La mise en place des réserves par les États parties est autorisée par la CIDE, une possibilité conditionnée explicitement par l'article 51 alinéa 1 qui confirme qu' « *Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente convention n'est autorisée* »<sup>306</sup>. Ainsi, les réserves qui dépassent ces limites ne peuvent être prises en compte et l'État se trouve devant l'obligation d'assumer la disposition.

245. En outre, afin que les États puissent mettre en place des réserves qui sont jugées compatibles avec les dispositions du texte, il est obligatoire de désigner et de définir ce qui constitue l'objet ou le but de la convention, chose qui n'est pas facile à traiter d'une manière générale et qui dépend souvent de la nature des droits que le traité aborde, de son objectif ultime et des parties engagés. En ce qui concerne la CIDE, la question est considérée comme délicate puisque les dispositions du texte concernent de nombreuses parties à la fois, telles que la communauté internationale, les États ainsi que les individus concernés qui, dans ce cas-là, sont les enfants. Veiller à ce que les réserves émises par les États parties soient compatibles avec le but ou l'objectif de la convention c'est permettre aux organes de surveillance d'analyser et de juger ces réserves, un sujet sur lequel le comité des droits de l'enfant s'est prononcé dès le début de ses travaux, et où son rôle a permis de tracer et de limiter les contours principaux du but et de l'objet de la CIDE.

---

<sup>304</sup> *Idem.*

<sup>305</sup> *Idem.*

<sup>306</sup> Convention internationale des droits de l'enfant.

246. Comme nous l'avons déjà détaillé plus haut, le comité des droits de l'enfant joue un rôle primordial dans la veille au respect des droits de l'enfant et ses recommandations participent clairement à l'évolution des droits de l'enfant dans tous les États parties. Ainsi, dans le cadre de son rôle par rapport aux réserves, le comité a mis en place un processus indirect afin de contrôler les réserves :

- Le comité confirme l'approche universelle et globaliste qui découle du texte lui-même et qu'une interprétation ou une exception ne peuvent garantir à l'enfant sa dignité<sup>307</sup>.
- Le comité déclare son indifférence aux réserves émises par les États et demande qu'il soit informé de la façon dont les réserves et les déclarations sont appliquées ou intégrées en droit interne en évaluant la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ce qui signifie que les réserves peuvent être interprétées et appliquées par les États sans que ça soit conforme aux intérêts de l'enfant.
- Le comité a estimé que malgré le contrôle qu'il exerce sur la question des réserves, il fallait considérer que les réserves et les déclarations ne représentent pas un élément de division qui serait contraire à la conception de l'ensemble du texte<sup>308</sup>.

247. À travers ce processus, le comité des droits de l'enfant intègre la question des réserves et des déclarations dans l'élaboration de ses rapports et de ses commentaires ; ces derniers permettent d'une manière indirecte de retenir un ensemble d'indices et d'éléments que le comité considère comme contraire à l'objet et au but du traité, et qui peuvent être cités comme suit : d'abord les réserves qui affectent l'application de l'intégralité du texte ou un nombre précis de ses dispositions ce qui remet en question l'aspect universel de la convention ; les réserves qui portent en elles des ambiguïtés en matière de définition ; les réserves basées sur des motifs religieux ou culturels ou encore les réserves qui touchent à l'intégrité des quatre principes de la convention.

248. Il est évident que la question de définir l'objet et le but de la convention permet au comité des droits de l'enfant de contrôler et d'analyser l'évolution des droits de l'enfant partout dans le monde. Cependant, le caractère consensuel que le comité affirme à l'égard des réserves ne permet pas une réelle limitation des réserves qui persiste encore pour un grand nombre d'États qui ne fournissent pas assez d'efforts afin de lever les réserves ou d'harmoniser au mieux leur droit interne avec les dispositions de la convention. Ainsi, face à la difficulté de la CIDE de garantir à tous les enfants des États parties les droits proclamés par le texte, ce dernier se trouve prisonnier de sa propre disposition qui permet de limiter son applicabilité. Par ailleurs, il est important de souligner que le texte permet la mise en place des réserves mais notifie aussi que ces réserves « *peuvent être retirées à tout moment par notification adressée au secrétaire général de l'organisation des Nations Unies...* »<sup>309</sup>. Une précision qui confirme la vision positive et évolutive du texte et qui a permis à de nombreux États qui se sont trouvés devant l'obligation de moderniser leurs législations devant le progrès social et familial notamment le Maroc.

---

<sup>307</sup> Marie-Françoise LUKER-BABEL, *op. cit.*, p. 675.

<sup>308</sup> *Idem.*

<sup>309</sup> Article 51, Convention internationale des droits de l'enfant.

Cependant, la question qui se pose est celle de savoir si seules les réserves représentent les limites à l'applicabilité des dispositions de la CIDE. La réponse à cette question est évidemment négative, car l'ensemble de ce que nous avons démontré auparavant confirme que de nombreux éléments participent à la limitation de l'applicabilité du texte international et de l'harmonisation du droit interne.

**249.** La question des réserves et des déclarations interprétatives ne représente pas un monopole aux États islamiques ; de nombreux États occidentaux ont émis des réserves ou des déclarations à l'égard des dispositions de la CIDE qu'ils estiment incohérentes à leurs législations ou leurs constitutions. Tel est le cas de la France, qui a ratifié la CIDE en 1990 en émettant quelques réserves, notamment celles sur l'article 6 qui traite du droit à la vie et sur l'article 30 relatif aux minorités, des réserves que le comité des droits de l'enfant ne cesse de les signaler dans l'ensemble de ses rapports depuis 1994.

**250.** En effet, bien que la France ait fourni des efforts dans l'adoption d'un grand nombre de mesures afin de mettre son droit interne en conformité aux dispositions de la convention, ces efforts qui se sont traduits par les réformes menées en matière civile et pénale suite aux recommandations du comité ne permettent pas à l'État partie d'être en totale conformité avec les dispositions de la CIDE. Un constat confirmé par le comité des droits de l'enfant qui lors de l'examen du dernier rapport de la France en 2016, a exprimé son regret du maintien des réserves et a recommandé à la France d'ouvrir un débat en la matière. Une recommandation refusée par l'État partie qui insiste sur le maintien de ces réserves vis-à-vis des deux dispositions de la CIDE. D'abord par rapport à l'article 6 qui traite du droit à la vie, que l'État considère comme susceptible « *de remettre en cause la législation sur l'interruption volontaire de grossesse* ». Ainsi, il affirme que sa déclaration interprétative ne remet en aucun cas l'application de la CIDE, et insiste sur le fait qu'elle vise à lever l'ambiguïté sur la rédaction de l'article 6. De plus, l'État partie

affirme que son droit interne protège la vie de l'enfant né à travers les articles 221-1 et suivants du Code pénal qui répriment toutes les atteintes à la vie en général dont celle de l'enfant notamment aux termes de l'article 221-6 qui dispose que « *le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire* ». En outre, le législateur introduit sa vision spécifique sur la protection de la vie de l'enfant en attribuant une grande importance d'abord à la santé de l'enfant à travers les mesures prises en faveur de la femme enceinte ; à la protection de sa santé et de sa sécurité et enfin à travers toutes les mesures qui visent sa protection des mauvais traitements<sup>310</sup>.

**251.** S'agissant de sa réserve sur l'article 30 relatif aux minorités, la France n'a pas cessé de rappeler sa position en la matière dans l'ensemble de ses rapports présentés au comité. Une position que l'État partie affirme en détaillant ses motifs que la levée de la réserve relative à l'article 30 ne semble pas être à l'ordre du jour pour des motifs d'ordre juridiques qui ont conduit à la mise en place de la réserve, notamment un cadre juridique

---

<sup>310</sup> Guy RAYMOND, Droit de l'enfance et de l'adolescence, 5<sup>éd</sup>, Lexisnexis SA, 2006, p. 245.

qui ne permet pas « *la reconnaissance de droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance en se basant sur l'article premier de la constitution française qui dispose que la République française est indivisible et qu'elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine de race ou de religion* »<sup>311</sup>. De plus, l'État partie estime que le maintien de la réserve permet une sorte de stabilité sociale dans le contexte actuel et que la reconnaissance des minorités peut engendrer des dérives<sup>312</sup>. Toutefois, la France affirme que sa réserve sur l'article 30 n'atteint en aucun cas l'exercice des droits et des libertés des personnes se reconnaissant ou non appartenant à une ou plusieurs communautés.

**252.** Malgré les motifs présentés par la France devant le comité des droits de l'enfant afin de justifier le maintien de ses réserves à l'égard de la convention, et les efforts fournis par le législateur français dans l'objectif d'harmoniser l'ensemble de son droit interne avec les dispositions de la convention et d'intégrer les principes de cette dernière en droit interne, le comité a exprimé son regret face à ce maintien et a appelé la France à ouvrir le débat sur la possibilité d'une levée de réserves.

**253.** Par ailleurs, il est évident que malgré les réserves, le législateur français a réussi dans l'ensemble d'intégrer les principes des droits de l'enfant et de les faire respecter en prenant en compte les observations et les recommandations du comité, un résultat que d'autres pays n'ont pas réussi à obtenir notamment le cas du Maroc. Nous avons déjà précisé auparavant que la spécificité religieuse et culturelle a fortement participé dans la mise en place de la plupart des réserves à l'égard de la CIDE, une spécificité que le Maroc réclame en tant que pays arabo-musulman.

En effet, pour une raison d'incompatibilité entre certaines dispositions de la convention avec les croyances et les valeurs de l'islam, le Maroc, comme d'autres pays musulmans, a émis des réserves et des déclarations interprétatives au moment de la ratification, visant spécialement les articles 14 relatifs « *au droit de l'enfant à la liberté de pensée ; de conscience et de religion* »<sup>313</sup>. En effet, le Maroc a formulé sa réserve en ce terme : « *le gouvernement du Royaume du Maroc, dont la constitution garantit à chacun l'exercice de la liberté du culte formule une réserve concernant les dispositions de l'article 14, qui reconnaît à l'enfant le droit à la liberté de religion, puisque l'islam est religion d'État* ». La position du Maroc est jugée logique puisque la majorité des juristes et des cheikhs musulmans considèrent que les musulmans ne pouvaient pas suivre la législation internationale dans toutes les matières qui touchent à la religion musulmane ou d'adopter la vision occidentale qui peut permettre à l'enfant de choisir une autre religion que l'islam notamment un nombre de dispositions de la CIDE.

---

<sup>311</sup> France, CRC/C/15/Add.20.

<sup>312</sup> France, CRC/C/15/Add.240.

<sup>313</sup> Claudia NAPOLI, La convention relative aux droits de l'enfant 20 ans après : obligations et mise en œuvre sur le continent africain, Revue juridique de l'Ouest, 2009-2, p. 171.

**254.** Une réserve qui a été visée dans l'ensemble des rapports du comité des droits de l'enfant qui précède l'année 2005. Une recommandation que le Maroc a pris en considération dans le mouvement de la modernisation et de la démocratisation du pays.

Ainsi le 19 octobre 2006, le gouvernement marocain a signalé au Secrétaire général des Nations Unies sa décision de remplacer sa réserve sur l'article 14 par la déclaration interprétative suivante : « *Le gouvernement du Royaume du Maroc interprète les dispositions du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention relative aux droits de l'enfant à la lumière de la constitution du 7 octobre 1996 et des autres règles pertinentes de son droit interne, notamment l'article 6 de la constitution stipulant que l'islam est la religion de l'État qui garantit à tous le libre exercice des cultes ; l'article 54 de la loi 70-03 portant code de la famille qui dispose dans son paragraphe 6 que les parents doivent à leurs enfants le droit à l'orientation religieuse et à l'éducation fondée sur la bonne conduite. Par cette déclaration, le Royaume du Maroc réaffirme son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus et son engagement en faveur des objectifs de ladite convention* »<sup>314</sup>. Une position maintenue par le Maroc dans le cadre de la dernière réforme constitutionnelle de 2011.

**255.** L'État marocain a souhaité à travers cette modification affirmer son engagement à l'égard des principes universels des droits de l'enfant et prouver au comité sa prise en considération de l'ensemble de ses précédentes recommandations. Cependant, tout en saluant l'effort fourni par l'État partie en levant sa réserve sur le paragraphe 1 de l'article 14 de la CIDE, le comité a explicitement exprimé son regret par rapport à cette modification qu'il juge comme un simple changement d'une réserve par une déclaration interprétative. En outre, le comité a réaffirmé sa position et a rappelé le Maroc aux précédentes recommandations notamment celles du rapport de 2003<sup>315</sup>, au programme d'action de Vienne de 1993 et aux dispositions de la CIDE et appelle à nouveau le Maroc à lever la réserve puisque la modification faite ne permet pas d'appliquer l'ensemble des droits garantis par l'article. En effet, cette vision pessimiste du comité s'est rapidement confirmée dans la circulaire du 12 octobre 2012 portant sur la Kafalah des enfants abandonnés où le législateur évoque explicitement l'obligation du juge « *de s'assurer que l'aptitude du demandeur de la kafalah permet à élever l'enfant abandonné selon les préceptes de l'Islam...* »<sup>316</sup> ; Une vision qui confirme l'attachement du Maroc au droit musulman en la matière, en considérant que l'enfant étant mineur dépend de la parole de ses parents. Au cas où ces derniers sont des musulmans, ils doivent lui garantir la transmission d'une éducation morale et religieuse qui se base sur les principes de l'islam ; le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion ne peut lui être attribué avant sa majorité<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> Maroc, CRC/C/MAR/3-4.

<sup>315</sup> Maroc, CRC/C/15/Add.211, par. 8.

<sup>316</sup> Circulaire n° 40 S/2 du 12 octobre 2012.

<sup>317</sup> Salim DACCACHE, Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ?, in Le financement public des cultes/ la liberté religieuse de l'enfant, Société, droit et religion, éd CNRS. n°3, 2013/1 p. 247.

256. Bien que techniquement le Maroc ait levé sa réserve sur le paragraphe 1 de l'article 14, il a pourtant gardé des déclarations qui souvent vont à l'encontre des principes majeurs de la convention et limitent l'harmonisation complète de la législation nationale avec les dispositions du texte, ce qui nous renvoie à la problématique de base qui est celle de la difficulté du législateur marocain à trouver un équilibre entre la norme musulmane et la norme internationale.

Une préoccupation que le comité des droits de l'enfant et les ONG n'ont pas hésité à exprimer, que ce soit dans les rapports alternatifs ou à travers les observations finales sur les rapports périodiques présentés par l'État partie. En effet, l'analyse de ces rapports permet clairement de démontrer les difficultés du législateur marocain à harmoniser son droit interne avec les dispositions de la CIDE suite aux déclarations interprétatives, une difficulté qui peut être catégorisée selon les principes de la convention de la manière suivante<sup>318</sup>

Principes CIDE	Reproches du comité
Non-discrimination	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Discrimination qui touche les enfants nés hors mariage qui demeurent sans identité légale et qui sont privés de leurs droits fondamentaux.</li> <li>– Discrimination des enfants vivant en régions rurales.</li> <li>– Discrimination à l'égard des enfants handicapés qui ne bénéficient pas d'une prise en charge au niveau de la santé et de l'éducation.</li> <li>– L'inégalité de la protection juridique, sociale et morale entre les enfants nés de parents musulmans et ceux nés d'un mariage entre une musulmane et un non-musulman.</li> </ul>
Intérêt supérieur de l'enfant	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Malgré l'incorporation du principe dans le code de la famille, des situations contraires au principe persistent, notamment : les mariages précoces et forcés.</li> <li>– Insuffisance dans l'incorporation du principe dans l'ensemble des législations relatives aux enfants notamment les procédures judiciaires, administratives et politiques.</li> </ul>

<sup>318</sup> Maroc, CRC/C/MAR/3-4.

	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Des lacunes persistent en ce qui concerne la prise en compte du principe en matière de <i>kafalah</i>, notamment dans la loi n° 15-01 qui ne prévoit aucune évaluation psychologique des demandeurs de la <i>kafalah</i>.</li> <li>– L'inapplication de l'article 22 de la loi 15-01 relative à <i>la kafalah</i> qui garantit aux personnes assurant <i>la kafalah</i> de bénéficier des indemnités et d'allocations.</li> <li>– L'exploitation de certains enfants dans le cadre de <i>la kafalah</i> suite au non suivi.</li> </ul>
Droit à la vie, à la survie et au développement	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Un vide législatif en ce qui concerne le droit de l'enfant de connaître ses parents biologiques.</li> <li>– L'absence d'une interdiction du châtiment corporel dans la famille, dans les lieux de protection, dans les garderies et dans les écoles.</li> </ul>
Droit à la participation	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La difficulté de la prise en considération de l'opinion de l'enfant dans le processus d'élaboration des décisions qui le concerne notamment dans les procédures judiciaires.</li> <li>– Une intégration timide dans le code de la famille de 2004 de la prise en compte de la parole de l'enfant.</li> </ul>

257. En analysant la question des réserves, il est évident que ces dernières représentent une limite à l'application et à l'harmonisation du droit interne avec les principes universels des textes internationaux. Cependant, pour les deux systèmes juridiques que nous étudions, l'évaluation de l'application de l'article 4 de la CIDE qui oblige les États parties à mettre en œuvre l'ensemble du texte international dans leur droit interne en prenant toutes les mesures nécessaires afin de garantir à l'enfant une meilleure protection paraît très différente, car le législateur français n'a pas attendu la CIDE pour se procurer un arsenal juridique propre à l'enfant. Ainsi, l'existence d'une base juridique a permis au législateur français non seulement d'intégrer la CIDE dans son droit interne mais de chercher à adapter son droit interne en créant de nouveaux éléments juridiques qui visent à respecter le texte que ce soit d'une manière directe ou indirecte.

Par ailleurs, bien que les efforts de l'État français soient salués par le comité des droits de l'enfant, l'État fait encore l'objet de commentaires qui portent principalement sur les limites de l'application directe de la CIDE par les juridictions.

**258.** Quant au législateur marocain, il est encore très loin de la question de l'application directe de la CIDE par les juridictions, puisqu'il fait face à d'autres limites d'aspects culturels ou religieux qui pèsent encore lourdement sur le législateur qui se trouve confus entre les deux normes, ce qui crée des ambiguïtés dans l'intégration des dispositions.

Par ailleurs, bien que l'application de la CIDE se trouve limitée par les réserves et les déclarations interprétatives, il est évident que dans les deux systèmes juridiques, la prise en compte des principes revendiqués par la CIDE en droit interne est explicite, que ce soit en théorie ou en pratique. C'est ainsi que l'un des principes fondamentaux qui ont permis une réelle prise en considération des droits de l'enfant est celui de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est devenu un principe moteur de toute réforme en droit de la famille.

## **Titre second : Des droits de l'enfant à l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**259.** De tous les articles de la Convention internationale des droits de l'enfant, l'article 3-1 s'avère être le plus connu et le plus emblématique de la convention. Ayant recours à une formule globalisante qui vise la protection des enfants, l'article doit son succès étonnant à l'expression de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* », à travers laquelle la convention exprime un principe de base simpliste et moderne selon lequel l'enfant doit être protégé par la société dans toutes les situations<sup>319</sup>.

**260.** Par ailleurs, pour les deux systèmes juridiques que nous étudions, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant s'est manifestée bien avant l'adoption de la CIDE. Tout d'abord, en France, la protection de l'enfance suit l'évolution des principes révolutionnaires et devient pendant le XIXe siècle « *leitmotiv quasi obsessionnel de tous les discours et de toutes les interventions sur l'enfance* »<sup>320</sup>. Un processus qui s'est accéléré suite à la Deuxième Guerre mondiale qui représente un tournant dans l'histoire du droit de l'enfance et qui marque l'adoption d'un grand nombre de textes en la matière. Ainsi, selon Mme Rubllin-DIVICHI, « *c'est pendant cette période que l'intérêt supérieur de l'enfant a été représenté comme un principe de base pour toute législation* »<sup>321</sup>. Une période qui a connu le développement d'un contexte favorable à la protection de l'enfant ; ce dernier n'étant plus considéré comme un objet de droit mais désormais comme un sujet de droit. Ainsi, l'émergence de l'intérêt supérieur de l'enfant peut être située au XIXe siècle à travers une prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui s'est manifestée dans de nombreuses situations. En effet, le Code civil napoléonien relevait déjà cet intérêt à travers un nombre d'articles qui prenaient en compte les besoins et la vulnérabilité de l'enfant et lui assuraient la protection en cas du divorce des parents en caractérisant les droits et devoirs des parents dans l'objectif de garantir la protection de l'enfant, une situation qui a connu un développement notable à travers l'adoption de multiples lois en la matière.

Ainsi, CARBONNIER décrivait en 1996 que « *l'intérêt de l'enfant, que n'ignorait pas le droit antérieur, revient comme un principe péremptoire, dans toutes les lois, tous les jugements* »<sup>322</sup>. En effet, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a connu des évolutions qui ont permis sa prise en compte dans l'ensemble des situations qui concerne l'enfant à travers les lois adoptées et les décisions qui renvoient désormais à l'intérêt supérieur de l'enfant. Une évolution qui va être principalement marquée par l'adoption de la CIDE par la France qui a, de son côté, confirmé l'existence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

---

<sup>319</sup> Claire NEIRINCK, La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, à propos de l'intérêt de l'enfant, *op. cit.*, p. 25.

<sup>320</sup> C. LEGRAND, Du mineur à l'enfant *in* les droits de l'enfant, Actes du colloque européen des 8, 9 et 10 novembre 1990, Amiens, Centre national de documentation pédagogique et conseil général de la Somme, p. 7 spéc. p.8 cité par : Catherine SANDRAS, thèse, L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille, Université Paris 2, soutenue en 2000.

<sup>321</sup> Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, J.C.P.1994, I, 3739, n° 4.

<sup>322</sup> Jean. CARBONNIER, Droit et passion du droit sous la Ve république, champs Flammarion, éd.1996, p. 231.

**261.** Quant au système juridique marocain, la question de l'émergence et de l'évolution du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être présentée sous le même angle qu'en droit français. En effet, depuis la codification du droit de la famille marocaine, la place qu'occupait l'intérêt supérieur de l'enfant dans le texte était presque inexistante puisque l'ensemble des dispositions qui concernaient l'enfant était lié aux droits des femmes, seul l'article 102 s'intéressait à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>323</sup> et se projetait sur la fixation de la durée de la garde de l'enfant<sup>324</sup>.

En outre, cette vision d'inclure le principe d'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est reconnu par la CIDE est très récent, puisqu'avant la codification du droit de la famille en 1958 la prise en considération de l'intérêt de l'enfant était uniquement régie par les règles du droit musulman. Ainsi, la doctrine musulmane défend la place qu'occupe l'enfant et la prise en considération primordiale de son intérêt, une position qui se base d'abord sur le texte coranique qui considère l'enfant comme étant la parure de la vie<sup>325</sup>, puis sur les dispositions de la charia qui régit l'ensemble des relations au sein de la famille. En se basant sur ces deux sources, la doctrine musulmane extrait l'intérêt porté à l'enfant avant même sa naissance, partant du choix de la femme et passant par toutes les règles qui concernent l'enfant dès sa conception jusqu'à sa majorité en lui assurant une intégrité morale et physique dans l'ensemble des institutions familiales qui le concerne notamment la filiation, *la kafalah*, la garde, la tutelle ou encore la protection de son patrimoine financier. Le droit musulman confirme qu'il n'est pas hostile à la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, avec l'élaboration d'une théorie propre à lui qui vise à protéger en premier lieu l'intérêt général de « *Al-maslaha* » qui signifie la bienfaisance<sup>326</sup>. Avec la réforme du code de la famille en 2004, et suite à son engagement international, le législateur marocain intègre explicitement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant un des principes directeurs de la CIDE. Une intégration qui a mis en évidence les divergences entre la prise en considération de l'intérêt de l'enfant entre droit musulman et règles internationales.

**262.** Il est évident que pour les deux systèmes juridiques, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant existait avant l'adoption de la CIDE. Cependant, la question qui se pose est de savoir si cette prise en considération répondait aux mêmes exigences que la convention internationale. Ainsi, pour comprendre le rôle de la CIDE dans ce principe, il nous semble important de définir l'intérêt supérieur de l'enfant et de déterminer son rôle dans l'évolution du droit de la famille (chapitre I), pour ensuite se pencher sur la problématique des limites de l'intégration et de la prise en compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la famille (Chapitre II).

---

<sup>323</sup> « La durée de la garde se prolonge jusqu'à l'âge de 12 ans pour le garçon et de 15 ans pour la fille ; l'enfant a ensuite le choix de résidence entre son père, sa mère ou même ses proches qui sont mentionnés dans l'article 99 ».

<sup>324</sup> L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain, *op. cit.*, p. 9.

<sup>325</sup> « Les biens et les enfants sont la parure de la vie, mais les bonnes œuvres sont ce qu'Allah apprécie le plus et ce que les hommes devraient le plus chercher », Ibn Kathir, l'interprétation du Coran, texte et explication, traduit par Fawzi CHAABAN, volume 4, Dar alkitab, 1<sup>ère</sup> éd., 1998, p. 121.

<sup>326</sup> ZARROUKI Mustapha, *op. cit.*, p11.

## **Chapitre I : L'intérêt supérieur de l'enfant, un cadre théorique et référentiel.**

**263.** L'émergence de la Convention internationale des droits de l'enfant a permis la confirmation d'un grand nombre d'idées qui se sont explicitement traduites dans les dispositions de la convention visant à protéger les droits de l'enfant en établissant les normes idéales du traitement des enfants. Ainsi, la CIDE a posé quatre principes fondamentaux, à savoir le principe de la non-discrimination, le droit à la vie et au développement, le droit à la participation et enfin la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur toutes les autres considérations. Ce dernier est considéré aujourd'hui comme un principe novateur de la convention et un concept clé du mouvement mondial de la protection des droits de l'enfant. Un principe qui s'applique sur un grand nombre de domaines notamment celui des litiges familiaux tels que la filiation, la garde, la tutelle, l'entretien ou encore l'adoption.

**264.** L'idée générale du principe est de donner la priorité aux intérêts politiques, économiques et sociaux de l'enfant dans toutes les décisions qui le touchent directement ou indirectement. Bien qu'il ait existé sous d'autres formes et d'autres critères avant l'élaboration des conventions et des déclarations internationales, ce n'est qu'avec ces dernières qu'il a pris une grande ampleur. En effet, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été expressément incorporé pour la première fois dans la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant en 1924 qui est considérée comme le premier effort organisé dans le processus de reconnaissance des droits de l'enfant dans le cadre de la ligue des Nations. Ainsi, c'est cette déclaration appelée principalement à prendre les mesures contre l'esclavage, le travail des enfants, la traite des enfants et la prostitution d'enfants, qui reflétait les préoccupations liées aux droits des enfants qui avaient été violés d'une manière flagrante pendant la Première Guerre mondiale.

**265.** En outre, la déclaration mettait l'accent sur les besoins matériels des enfants et proclamait que ceux-ci devaient disposer des moyens nécessaires à leur développement formel, ce qui comprenait les aliments pour les affamés, les soins pour les malades, un soutien physique et moral aux orphelins et une attention particulière aux enfants handicapés. Ainsi par son préambule, la déclaration confirme le devoir de toutes les nations de reconnaître que l'humanité doit à l'enfant ce qu'elle a de mieux à donner, d'où est née l'expression de « *l'humanité doit ce qu'elle a de meilleur à donner à l'enfant* » en soulignant les devoirs de la communauté internationale envers les enfants ce qui implique que l'intérêt de l'enfant soit une considération primordiale dans les actions impliquant les enfants.

**266.** La Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies de 1959 venait affirmer le principe selon lequel l'humanité doit ce qu'elle a de mieux à donner aux enfants et elle insiste particulièrement sur la nécessité des garanties spéciales et de soins spéciaux aux enfants. Une idée qui se traduit clairement dans son préambule qui souligne que « *l'enfant, en raison de son immaturité physique et mentale, a besoin de garanties et de soins particuliers, notamment d'une protection juridique appropriée avant et après sa naissance* ». Aussi, la déclaration reconnaît expressément le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son article 2 qui dispose que « *l'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder la possibilité et des facilités par l'effet de la loi et par tous les moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération déterminante* »<sup>327</sup>. De la même façon, l'article 7 évoque le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme un principe directeur des personnes responsables de son éducation et de sa surveillance.

**267.** Dans le même ordre d'idée, il est important de signaler que d'autres textes ont indirectement visé la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui, en réalité, vise les droits de l'Homme en général auxquels chaque personne devrait se prévaloir. Un certain nombre de ces dispositions peut être interprété dans le contexte des droits de l'enfant notamment en se référant à l'article 25-1 qui dispose que « *chacun a droit à un niveau de vie suffisant pour sa santé et son bien-être et ceux de sa famille notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires...* ». Le même article affirme que « *la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales ; tous les enfants qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale* »<sup>328</sup>. S'ajoute à cela l'article 26 qui incarne le droit humain à l'éducation gratuite comme un droit élémentaire.

**268.** De plus, deux pactes internationaux de 1966 sont considérés comme importants dans l'affirmation de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, et qui sont les le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (PIDESC). Des pactes qui insistent sur le rôle de l'État afin de garantir ce qui est le mieux pour l'enfant dans le cadre des obligations de l'État, la famille et la société dans la protection de l'enfant et de la mise en œuvre des droits de l'enfant en général et de l'intérêt supérieur de l'enfant en particulier.

**269.** Bien que les efforts menés par la communauté internationale dans le but d'affirmer les droits de l'enfant et de mettre en place des normes directrices aient débuté bien avant 1989, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant ne répondait pas aux attentes des défenseurs des droits humains puisque l'intégration de ce principe n'était que partielle.

---

<sup>327</sup> Déclaration des droits de l'enfant 1959, Article 2.

<sup>328</sup> Déclaration universelle des droits de l'Homme, Article 25.

En effet, il a fallu attendre l'adoption de la Convention des droits de l'enfant de 1989 pour que le principe de l'« intérêt supérieur de l'enfant » prenne une grande ampleur et soit discuté en tant que principe directeur de l'ensemble des droits qui concernent l'enfant. Cependant, bien que la convention ait été adoptée par la majorité des États, l'application et la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ne se sont pas traduites de la même manière dans tous les États parties puisque la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas précise, ce qui a permis sa prise en considération de différentes manières. Pour comprendre cette divergence de prise en considération et d'application des dispositions qui concernent la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, nous allons tout d'abord tenter de définir cette notion qui est considérée comme floue et moderne (Section 1) pour ensuite analyser comment la prise en considération de ce principe a permis l'accélération de la protection des droits de l'enfant (Section 2).

## Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant, une notion moderne en droit positif.

270. Depuis l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1989, l'application des dispositions du texte au sein des États parties a connu de nombreuses difficultés, parmi lesquelles surgit la question de la prise en considération de « l'intérêt supérieur de l'enfant », une notion qui a suscité de nombreuses recherches bien avant l'adoption de la CIDE afin qu'elle soit définie et encadrée.

271. Selon le dictionnaire Robert « la notion, du latin *notio*, désigne la connaissance intuitive, assez imprécise, d'une chose »<sup>329</sup>. En revanche, juridiquement la notion ne trouve pas de définition en tant que telle ; le vocabulaire Capitant définit particulièrement la notion-cadre qui fait référence à une notion juridique générale, imprécise, qui peut être applicable à divers cas<sup>330</sup>. En effet, le doyen CARBONNIER définit la notion de l'intérêt de l'enfant comme étant une « *formule magique* »<sup>331</sup> en droit de la famille et même dans l'ensemble de l'ordre juridique. Par ailleurs, il est aujourd'hui question du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit positif, un principe qui ne peut reposer sur une notion variable ce qui complique la question de sa définition<sup>332</sup>. Ainsi le mot principe du latin *princeps* « qui occupe la première place », désigne la cause première, l'origine, la source ou encore « *la notion fondamentale qui est à la base* ». Le vocabulaire Capitant le définit comme une règle juridique fondée par un texte d'une manière générale qui permet une application assez vaste et qui exige l'imposition d'une autorité supérieure<sup>333</sup>.

272. L'intérêt supérieur de l'enfant s'inscrit dans ce qu'on appelle un standard juridique<sup>334</sup>, c'est-à-dire une sorte « d'étalon abstrait » ou encore une notion à contenu indéterminé et variable. Ainsi, le standard « intérêt de l'enfant » se situe dans une tendance de droit contemporain qui favorise « un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux »<sup>335</sup>. Cependant, généralement, bien que les standards juridiques ne soient pas clairement définis, ils véhiculent souvent un portrait précis et non contestable afin de limiter les comportements possibles tout en permettant un champ d'appréciation aux juges<sup>336</sup>, des standards qui s'appliquent sur de nombreux cas notamment, l'exemple cité par le professeur NEIRINCK sur le standard du « bon père de famille » qui renvoie automatiquement aux qualités attendues d'un homme qui doit être responsable, honnête ou encore prudent.

<sup>329</sup> Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, V° Notion.

<sup>330</sup> Gérard. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2011.

<sup>331</sup> Jean. CARBONNIER, Droit civil, 21 éd., Tome2, La famille, l'enfant, le couple, PUF, 2002, p. 85.

<sup>332</sup> *Infra* n° 46.

<sup>333</sup> G. CORNU, *id, ibid*.

<sup>334</sup> S. RIALS, Les standards, notions critiques du droit, *in* Les notions à contenu variable du droit, Bruxelles, Bruylant 1984, p. 43.

<sup>335</sup> Selon le Conseil d'État, rapport sur « la dégradation de la norme », étude et documents n°43, la documentation française, 1991, p. 32, cité par Claire NEIRINCK, à propos de l'intérêt de l'enfant, *op. cit.*, p. 26.

<sup>336</sup> Lexique des termes juridiques, Dalloz, V° « Standard juridique ».

273. Or, en ce qui concerne le standard de l'intérêt de l'enfant, il conserve une grande particularité dans le fait qu'il ne permet la diffusion d'aucune image ou de contenu clair et précis qui rendrait possible sa définition, ce qui rend son interprétation vaste, puisque le mot *intérêt* ne représente aucune définition précise. Une imprécision qui, pour de nombreux auteurs, constitue la force de cette notion ; Jean ZERMATTEN la décrit comme étant un élément avantageux : « *c'est cette non définition qui lui donne sa richesse : elle permet la flexibilité, la relativité temporelle et spatiale de son application et elle supporte les différences culturelles et régionales nécessaires à sa dimension universelle* »<sup>337</sup>. Et il le décrit comme « *un concept juridique moderne qui n'a pas fait l'objet d'études de manière globale, car le contenu reste assez flou et les fonctions sont multiples. Il est dès lors examiné par rapport à tel point précis ou expliqué par la jurisprudence plutôt que véritablement expliqué de manière systématique. Abstrait, il doit permettre au droit de s'adapter aux exigences concrètes de la vie* »<sup>338</sup>. Aussi pour Hugues FULCHIRON, la notion de l'intérêt de l'enfant reste ambiguë, complexe et difficile à définir puisqu'elle peut servir à la fois comme un critère de contrôle ou de solution<sup>339</sup>.

274. Apparue progressivement en droit interne français, la notion de l'intérêt de l'enfant est utilisée principalement dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale puis commence à s'appliquer petit à petit à tous les sujets qui concernent l'enfant depuis la déchéance de la puissance paternelle ; la notion se rattache à toutes les situations qui concernent l'enfant. Cependant, bien qu'elle soit employée aujourd'hui comme le seul critère de tous les rapports juridiques concernant l'enfant, cette nouvelle notion fait toujours l'objet de grands débats sur la portée de sa définition dans le contexte des textes internationaux (paragraphe 1). Une difficulté qui s'est amplifiée avec l'entrée de la notion à travers la Convention internationale des droits de l'enfant ce qui lui attribue un caractère juridique. Le texte international impose que l'intérêt pris en compte doit être supérieur, ce qui crée une ambivalence et une difficulté supplémentaire à fournir une définition claire et explicite aboutissant à la dualité d'objet de la notion elle-même (paragraphe 2).

---

<sup>337</sup> Jean ZERMATTEN, Une convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant : une belle déclaration ! Et après ? Introduction aux droits de l'enfant, Tome 1(1995), p. 12.

<sup>338</sup> Jean ZERMATTEN, *op. cit.*, p. 4.

<sup>339</sup> Hugues FULCHIRON, *op. cit.*

## **Paragraphe 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant, une notion nouvelle et complexe de définition dans la CIDE.**

275. La notion de l'intérêt de l'enfant est considérée comme une notion variable et complexe, qui, pour les plus philosophes, porte en elle un caractère contradictoire signifiant le « *concret flou* »<sup>340</sup>, un caractère qui ne lui attribue pas une définition précise. Pour d'autres auteurs la notion est à proscrire puisqu'elle est « propice aux dérives » ; elle peut permettre des compromis avec les règles traditionnelles comme elle peut finir par rendre difficile l'application de tous les principes et les mécanismes juridiques existants<sup>341</sup>.

276. Sans aucun doute, l'ambiguïté de la notion met en évidence la difficulté de sa mise en œuvre. Une difficulté qui paraît assez logique puisque la naissance de cette notion et le souci qui lui est accordé sont récents. En effet, bien qu'en France l'intérêt pour l'enfant se soit imposé depuis le XIXe siècle, avec l'adoption d'un grand nombre de lois qui visent à protéger l'enfant dans de nombreuses situations, il a fallu attendre le XXe siècle et la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit afin que son intérêt soit le centre de toutes les réformes qui le concerne. Cette évolution a permis l'instauration de la notion en droit interne puis sa confirmation avec l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant par la France en 1990.

277. Cependant, malgré cette prise en compte, la notion de l'intérêt de l'enfant fait jusqu'à nos jours débat sur sa signification, sa portée et son application<sup>342</sup>. Par ailleurs, contrairement à la France, le droit marocain ne va pas faire l'objet de la même évolution de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant puisque ce dernier prend le droit musulman comme une référence principale qui va clairement influencer l'introduction du principe faite d'une manière progressive à partir de l'adoption de la CIDE ; ceci va ralentir l'introduction de la notion en droit interne.

278. Ainsi, pour les deux systèmes juridiques que nous étudions, la notion de l'intérêt de l'enfant est devenue centrale dans les textes récents et son utilisation devient croissante dans les textes de la loi interne, des traités internationaux ou encore dans la jurisprudence. Une utilisation qui bien qu'elle soit croissante trouve ses limites dans la difficulté, dans son indétermination ou encore dans les critères qui favorisent son identification. Pour cela, il nous paraît très important de revenir sur l'analyse de ce standard et de tenter de comprendre l'ambiguïté qui cerne et enferme la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, afin de comprendre l'utilité de cette notion dans la protection et l'affirmation des droits de l'enfant que ce soit dans les textes nationaux ou internationaux.

---

<sup>340</sup> Jacqueline. COSTA-LASCAUX, Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs, Cahier du C.R.I.v., N° 4, janvier 1988, p. 161-171. Cité par : Pierre VERDIER, La loi réformant la protection de l'enfance : une avancée de la protection, un recul des droits, *JDJ*, 2007/5, n°265.

<sup>341</sup> A. TRIBES, Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, thèse dactyl., Paris, 1975, sp, p. 424.

<sup>342</sup> Pierre VERDIER, De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant, enfance et psy, n° 43, 2009, p. 86.

#### ***A- Le principe ambigu de l'intérêt supérieur de l'enfant.***

**279.** Dans tous les systèmes juridiques du monde, l'expression de l'intérêt supérieur de l'enfant trouve la difficulté de se procurer une définition claire et explicite, notamment dans les deux systèmes juridiques que nous étudions. En effet, en France la difficulté de définir l'expression de « l'intérêt de l'enfant », renvoie tout d'abord à la définition attribuée au mot intérêt, qui dans le dictionnaire le Robert est « assorti d'une étoile qui indique qu'il s'agit d'un mot à grand développement, à l'origine d'une famille historique devenue hétérogène, imprévisible et souvent surprenante »<sup>343</sup>.

**280.** Le mot intérêt qui vient du latin *interest*, mode impersonnel de *intersum* avait pour sens : « il est de l'intérêt de, il importe ». Un sens duquel résultent des acceptions anciennes et d'autres assez récentes et contemporaines qui peuvent être représentées dans deux principaux sens. D'abord, un sens plus ancien qui donne au mot intérêt la signification du préjudice où il vise le profit tiré de la réparation, puis le bénéfice tiré d'une somme d'argent ou encore la signification de représenter un avantage. Une évolution qui a abouti à la naissance de nombreuses expressions telles que celle « des dommages et intérêts » ou encore « agir dans son propre intérêt ».

**281.** C'est donc de cette manière que le mot intérêt a pu devenir synonyme de cause, c'est-à-dire d'affaire qui se plaide pour défendre ses intérêts<sup>344</sup>. Ainsi, Madame Claire NEIRINK expose l'importance de l'emploi du mot « intérêt » et fait référence en droit français à l'article 31 du Code de la procédure civile qui mentionne que l'action en justice est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, et que celui qui n'a pas intérêt, n'a pas d'action »<sup>345</sup>. Ce qui i affaiblit le sens de profit ou d'avantage qui peut être financier, matériel ou judiciaire. Dans un second sens, on retrouve un sens plus récent du mot « intérêt », qui signifie la bienveillance, la sollicitude ou l'attention éprouvée pour quelqu'un ou encore l'importance accordée à un sujet lui-même.

**282.** Ainsi, « l'intérêt » peut être classé sous différentes catégories conceptuelles ; d'abord il constitue « une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, qu'on qualifie de personnel légitime, qu'on classe de moral et patrimonial, mais qu'on ne définit pas »<sup>346</sup>. Le Doyen CARBONNIER le qualifie comme « une notion apte en droit à se mouvoir, une disponibilité de certaines notions juridiques, leur ouverture au changement »<sup>347</sup>. Une définition qui fait référence à la diversité du contenu de la notion et de la possibilité de son interprétation diverse et dont la grande difficulté reste de distinguer et de peser les intérêts<sup>348</sup>. Il explique aussi que la notion d'intérêt ne doit pas faire l'objet d'une définition, mais que son appréciation doit être concrètement faite par les juges qui peuvent délimiter les contours de la notion.

---

<sup>343</sup> V. introduction du Dictionnaire historique de la langue française, « Famille de mots », p. XVII cité par Claire NEIRINCK, *op. cit.* p. 26.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>345</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 27.

<sup>346</sup> Gérard. CORNU, Jean. FOYER, Procédure civile, Thémis, Paris, P.U.F, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, p. 296.

<sup>347</sup> Jean CARBONNIER, Les notions à contenu variable en droit, éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 103.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 99.

**283.** En effet, cette imprécision du contenu de la notion de « l'intérêt » permet aussi sa considération comme une notion-cadre à contenu variable, qui est définie par le dictionnaire Capitant comme suit : « *Une notion juridique englobante et directive virtuellement applicable à une série indéfinie de cas et dont l'application en raison de son indétermination intentionnelle, passe nécessairement par l'appréciation d'un juge (ou d'un interprète) qui l'actualise in casu, si précisément, il estime que le cas particulier entre dans le cadre de la notion, critère vague mais chargé d'évocation dont il appartient au juge, sur la force de l'idée directrice qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps* »<sup>349</sup>. Une définition imprécise qui affirme « *un flou juridique intentionnel* »<sup>350</sup> et qui permet à la notion-cadre « l'intérêt » d'être souple et passible d'adaptation à de nombreuses situations, le terme intérêt influence clairement la notion de l'intérêt de l'enfant que le doyen CARBONNIER classe comme une notion-cadre<sup>351</sup>. En outre, l'imprécision attachée à la notion-cadre renvoie à ce que l'on appelle un standard juridique, c'est-à-dire les notions variables et indéterminées.

**284.** Bien qu'il existe en droit français une incertitude au niveau de la doctrine sur la définition et la reconnaissance du standard juridique, certains auteurs affirment que l'émergence du standard juridique n'existe qu'à travers l'existence d'une imprécision de règle. Ainsi, le standard juridique est caractérisé par l'imprécision de son contenu qui le rend variable et qui permet au juge une application vaste d'une notion. Une définition qui semble être adaptée à la protection de l'intérêt individuel, notamment celui de l'enfant puisqu'il inclut « une appréciation singulière tout en assurant une large diffusion de la notion »<sup>352</sup>. L'emploi du terme intérêt dans la notion de l'intérêt de l'enfant offre à l'ensemble de la notion une imprécision qui lui permet son adaptation aux différentes disciplines du droit notamment celui du droit de la famille.

**285.** En effet, de nombreux auteurs ont écrit sur l'ambivalence de cette notion, notamment Jean CARBONNIER qui écrivait en 1960 que « *c'est la notion magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable et il faudrait que le juge décide de l'intérêt d'autrui ! L'enfance est noble, plastique et n'a du reste signification que comme préparation à l'âge adulte : de ce qui est semé dans l'enfant à ce qui lèvera dans l'Homme, quelle pseudoscience autoriserait le juge de prophétiser* »<sup>353</sup>. Ainsi le terme utilisé par l'auteur fait référence au pouvoir magique de cette notion et de sa capacité de transformer le destin de l'enfant, et qui peut toujours être invoquée afin de justifier toutes les pratiques.

---

<sup>349</sup> Gérard. CORNU, Dictionnaire de vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 9<sup>ème</sup> éd., PUF, coll. Quadrige, 2011.

<sup>350</sup> P. HENAFF, L'unité des notions-cadres, JCP éd. G, 2005, I, n° 189.

<sup>351</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI, Jean CARBONNIER, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, JCP éd. G, 1994, I, n° 3739, p. 87.

<sup>352</sup> Gwenaëlle HUBERT, L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé, thèse, Université de REIMS, 2014, p. 37.

<sup>353</sup> Jean CARBONNIER, Dalloz périodique 1960, p. 675.

Dans le même sens Hugues FULCHIRON, considère qu'il n'est pas évident d'attribuer une définition à la notion de l'intérêt de l'enfant qu'il juge de complexe et ambiguë. Ainsi, l'expression de l'intérêt supérieur de l'enfant fait l'objet d'une ambiguïté évidente au niveau de sa définition en Occident en général et en France en particulier.

**286.** Quant à la définition de ce principe en droit marocain, il revêt un autre caractère qui porte en lui une ambiguïté plus profonde due à la combinaison de deux sources principales qui peuvent être souvent contradictoires et qui caractérisent la prise en considération de l'enfant au sein de la société en général et dans la famille en particulier. En effet, la définition de l'intérêt de l'enfant en droit marocain fait tout d'abord référence à une théorie explicite du droit musulman qui avance l'ensemble des conditions permettant la prise en compte de l'intérêt de l'enfant ; ensuite celle du droit positif qui se réfère au droit moderne codifié et aux engagements internationaux du Maroc dans la prise en compte de ce principe tel qu'un principe fondateur de la protection de l'enfant, une double référence qui reflète la difficulté d'attribuer à ce principe une définition claire en droit marocain.

En outre, comme tout autre principe fondateur du droit de la famille en droit marocain, la question de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant trouve son fondement dans le droit musulman et se traduit dans une théorie appelée « la théorie de *la Maslaha* », Cette dernière repose sur une des finalités recherchées par la loi divine telle que le bien-être matériel et spirituel de l'Homme en général. Ainsi, le droit musulman se réfère à ce fondement afin de protéger l'intérêt de l'enfant appelé en langue arabe « *Maslahat altifle* ». En outre, le caractère divin et religieux de cette théorie fait d'elle une théorie générale et principale dans le droit musulman qui permet de mettre en place un ensemble de règles visant à définir l'intérêt général de la société ainsi que celui de chacun de ses membres.

**287.** Afin de comprendre cette théorie, il est important de faire référence au sens linguistique du mot « *maslaha* » qui pour les spécialistes de langue tire son origine du mot « *al-salah* » qui, au sens propre, est synonyme de la « *manfa'a* » et qui signifie l'utilité. Ce mot est l'antonyme de « *al-fasad ou al-mafsada* » qui signifie tout ce qui est nocif ou corrompu<sup>354</sup>. En outre, le sens du mot « *aslaha* » signifie : restaurer une chose après qu'elle soit détruite ou corrompue. Ainsi, le sens du terme peut être généralement expliqué de deux manières, d'abord une qui consiste à décrire la *maslaha* d'un objet tel que l'exemple de l'utilité d'un stylo quand il convient parfaitement à l'écriture. Le second sens de ce mot est au sens figuré et correspond à une action qui apporte un bénéfice ou qui empêche un préjudice, comme l'exemple de la recherche de connaissance qui représente une *maslaha* dans la mesure où il en résulte des avantages.

Par conséquent, il est évident que le mot *mafsada* qui est l'antonyme du mot *maslaha* représente souvent un facteur qui limite l'utilisation des deux termes en commun et affirme l'impossibilité d'employer conjointement ou simultanément les deux termes afin de décrire la même chose.

---

<sup>354</sup> Hussein. Hamed. HASSAN, Théorie de *la maslaha* dans le *fiqh*, 1981, p. 311 (en langue arabe).

Comprendre le concept de *la maslaha* exige le retour à quelques définitions proposées par des savants distingués dont, Al-GHAZALI et A-CHATIB ainsi que celle exposée par les contemporains dont Taher BEN ACHOUR et Said RAHMAN AL BOUTI.

**288.** Parmi les plus grands théologiens qui se sont penchés sur l'analyse du concept de la *Maslaha* figure l'imam Al-GHAZALI qui attribue une définition pertinente et particulière au concept. En effet, ce dernier explique que la signification initiale de la *Maslaha* est de préserver la sharia<sup>355</sup>, une préservation qui se base sur l'objectif d'obtenir le bénéfice et l'intérêt ou d'empêcher les dommages et de conjurer le mal (*Al darare*). Un sens qui selon lui est secondaire puisque l'objectif recherché par ce sens reste visé par les Hommes qui doivent dans toutes les situations s'assurer des bienfaits de leurs objectifs. C'est ainsi qu'il a estimé qu'une deuxième signification principale devait revêtir une importance plus particulière : celle de la préservation des objectifs de la charia. Un objectif de la *Maslaha* qui vise à garantir le bien-être et à prévenir les préjudices qui sont les objectifs du créateur pour réaliser les intérêts de l'humanité, car le bien-être de l'individu réside dans la réalisation de ses objectifs. Selon l'auteur, l'accomplissement de ces derniers passe avant tout par cinq règles principales à savoir : sa religion, sa morale, sa raison, sa progéniture et sa fortune<sup>356</sup>.

Al-GHAZALI suggère que tout ce qui assure la conservation de ces cinq éléments, représente une *Maslaha* et tout ce qui va à l'encontre de l'un de ces éléments est une *Mafsada* dont la suppression est une *Maslaha* en soi. Une définition confirmée par d'autres auteurs tel que A-CHATIBI, qui considère que la *Maslaha* se définit comme suit : « toute règle fondamentale de la charia, non citée dans un texte précis, mais qui est conforme aux principes de la charia et dont le concept est tiré de ses concepts...elle est valable ; on peut s'y fonder et s'y référer si cette règle fondamentale, devient valable de par la convergence des preuves catégoriques, étant donné qu'il n'est point nécessaire pour qu'une règle soit déduite sans équivoque de se baser sur une seule preuve plutôt que sur plusieurs preuves. Ceci s'applique au genre d'*istidlal morsal* que le rite malekite et chaféite ont admis »<sup>357</sup>.

**289.** Par ailleurs, pour les théologiens contemporains notamment le grand Taher BEN ACHOUR le concept d'*Al-Maslaha* se définit comme suit : « une qualité de l'acte qui le rend utile, c'est-à-dire bienfaisant, toujours ou le plus souvent, pour les individus ou pour la société ». Une définition qui permet de placer la *Maslaha* dans le cadre de l'aboutissement de l'utilité et de prendre en considération le sens du terme de la *Maslaha* lorsqu'il représente une référence au sens du bien ou du bienfaisant et ainsi attacher ces deux derniers au principe de l'utile.

---

<sup>355</sup> La charia représente dans l'islam l'ensemble des différentes règles et normes doctrinales, sociales, culturelles et relationnelles édictées par la révélation. Une définition qui dans le contexte religieux fait référence au « le chemin pour respecter la loi de Dieu ».

<sup>356</sup> Abdul Aziz BIN SITTAM, *Sharia abs the concept of benefit, the use and fonction of maslaha in islamic jurisprudence*, I.B Tauris and Co Ltd, 2015, p. 4.

<sup>357</sup> Hussein. Hamed. HASSAN, *Jurisprudence de la maslaha et ses applications contemporaines*, série de conférence d'éminents Erudits n° 7, Institut islamique de recherche et de formation, Banque islamique de développement. Disponible sur : [www.irtipms.org](http://www.irtipms.org).

Une référence à l'utile et à l'utilité affirmée par le docteur Mohammed Said RAMADAN AL BOUTI qui considère que « l'utilité (*Maslaha*) est comme la bienfaisance (*Manafa'a*) morphologiquement et sémantiquement : tout ce qui est bénéfique, que ce soit par appel et acquisition comme la recherche des choses plaisantes ou utiles, ou par préservation et prévention comme le refus des peines et des dommages, est digne d'être appelé *Maslaha*. Cette dernière représente dans la charia la bienfaisance que le législateur sage a voulue pour ses créatures dans le but de préserver la religion, leur vie, leur raison, leur progéniture et leur fortune »<sup>358</sup>. Que ce soit pour les plus anciens ou les contemporains, la définition de la *Maslaha* en droit musulman fait clairement référence à une définition qui se réfère aux principes de la religion musulmane qui expose une définition dépassant l'intérêt personnel et qui ne se limite pas seulement au plaisir ou à la douleur de l'Homme mais à celui de la bienfaisance de l'ensemble de la société, un bien voulu et confirmé par le créateur.

**290.** L'analyse de l'ensemble des définitions avancées par les théologiens musulmans permet de dessiner un cadre clair de la définition et de la signification de la *Maslaha*, et ainsi constater que le principe ou le concept de l'intérêt en droit musulman ne représente pas forcément une idéologie identique à celle du principe tel qu'il est analysé et présenté en Occident ou dans les textes internationaux. Cependant, suite à l'ensemble des définitions, il semble légitime de confirmer que la signification de la *Maslaha* en droit musulman regroupe un ensemble de règles qui touche l'ensemble des Hommes dont l'enfant en particulier, une prise en considération qui se traduit clairement dans un grand nombre de pays musulmans notamment le Maroc qui intègre l'interprétation des textes de la charia qui font référence à la *Maslaha* de l'enfant afin que son droit positif réponde à une protection complète de l'enfant au sein de la société en général et de la famille en particulier.

**291.** Toutefois, pour mieux comprendre la définition de la *Maslaha*, les théologiens musulmans ont défini un nombre de règles qui conditionnent l'existence du concept lui-même. En effet, comme nous l'avons cité plus haut, la majorité des auteurs et des jurisconsultes musulmans se sont permis d'appréhender le concept de la *Maslaha* en se basant sur les limites de cinq conditions principales qui visent à protéger l'intérêt général qui peut apparaître indéterminé et peut permettre une large interprétation du concept.

**292.** Ainsi, pour que le concept réponde aux conditions de sa réalisation, les jurisconsultes mettent tout d'abord la lumière sur l'importance que l'intérêt fourni devrait être avant tout réel et non fictif ; une condition qui va servir à réaliser un bien et à écarter un risque et un préjudice. Ce qui veut dire que n'importe quelle loi portant sur le concept de la *Maslaha* ne doit en aucun cas être fondée sur un intérêt fictif et qu'à défaut elle ne doit pas exister. De plus, il importe de préciser que pour servir l'intérêt tel qu'il est réglementé dans le droit musulman, il est primordial que cet intérêt ne soit pas contraire aux principes mentionnés dans les textes sacrés tel que le Coran ou les textes qui font consensus (*les Hadith sahih*).

---

<sup>358</sup> Mohamed. Said. Ramadan ALBOUTI, Les règles de la *Maslaha* dans la charia 2<sup>ème</sup> éd., 1977, p. 23 (*en langue arabe*).

S'ajoute à cela une autre règle qui rejoint la majorité des définitions présentées par les juristes et qui réaffirme que l'intérêt recherché ou servi doit être général et non personnel. Ainsi la règle fondée sur le concept de l'intérêt (*Maslaha*) doit répondre à l'intérêt au sens large qui permet à un grand nombre d'individus de profiter de cet intérêt<sup>359</sup>.

La réglementation de la *Maslaha* par les juristes musulmans met en place un classement clair des degrés de cette dernière à savoir :

- Les nécessités (*Al dharuriat*)
- Les besoins (*Al hajiyyât*).
- Les améliorations (*Al tahsinate*).

**293.** En effet, dans un premier temps, il y a les nécessités que le droit musulman définit comme étant « toute utilité qui peut atteindre l'individu ou l'ensemble de la communauté humaine et dont l'absence provoque un déséquilibre social et prive l'Homme du bonheur ici-bas et de la récompense dans l'au-delà et condamne la communauté à la disparition ».

Dans un second temps, il y a les Besoins « *Al hajiyyât* », qui sont définis par l'Imam A-CHATIBI par « l'ensemble des avantages dont la réalisation nous préserve des difficultés dans le chemin de la réalisation des objectifs recherchés et qui, en cas de sa non prise en considération peut entraîner sur le chemin de chacun des obstacles sans pour autant que ces derniers atteignent un grand degré de gravité perçu pour l'intérêt général<sup>360</sup> ». Une définition qui se précise par Cheikh IBN ACHOUR qui les définit comme étant « les choses, dont la communauté a besoin pour acquérir des avantages et assurer son bien-être harmonieusement et de la meilleure façon. Si ces utilités ne sont pas réalisées, l'harmonie de l'univers n'en sera pas troublée, mais elle ne se présentera pas sous un jour satisfaisant » ; ainsi, la catégorie de *Al hajiyyat* se précise par les juristes dans le cadre social puisqu'elle englobe le droit des contrats en droit musulman.

S'ajoutent à cela les améliorations ou les commodités « *Al tahsinât* », qui sont définies par AL-GHAZALI comme étant « des éléments qui font partie des utilités de la *Maslaha*, qui ne possèdent aucune nécessité et qui ne répondent à aucun besoin mais qui garantissent et procurent un confort qui permet une amélioration et une complémentarité dans la réalisation de la *Maslaha* qu'elle soit générale ou individuelle »<sup>361</sup>. En effet, cet élément permet selon un grand nombre de juristes d'améliorer et d'adapter le concept de la *Maslaha* à l'évolution sociale de la communauté musulmane.

**294.** Pour les juristes musulmans, de nombreux versets coraniques font une référence claire au concept et lui attribuent une grande importance, notamment quand Dieu dit : « Certes, Allah commande l'équité, la bienfaisance et l'assistance aux proches. Et il interdit la turpitude, l'acte répréhensible et la rébellion. Il vous exhorte afin que

<sup>359</sup> Mustapha ZARROUKI, L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain, éd. S.N, 2012, pp. 22-23.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>361</sup> Mustapha ZARROUKI, *op. cit.*, p. 30.

*vous vous souveniez* »<sup>362</sup>. Un verset dans lequel le divin ordonne que la justice soit rendue afin que la *Maslaha* générale soit prise en considération et que soit interdit ce qui est honteux et condamnable en raison du préjudice qui peut être causé afin d'éviter la *Mafsada*.

**295.** En effet, la parole divine utilise des termes précis en langue arabe qui affirment le caractère visé du concept à travers l'emploi d'abord du terme *Al-Adl* qui signifie *justice* et *Al-Ihssane* qui signifie *la bienfaisance* ce qui permet au texte de donner un sens qui s'étend à une application complète et universelle qui englobe toutes les formes d'équité, de bienfaisance et d'assistance, ce qui amène à un refus et un abandon clair de tout ce qui est nocif. Toutefois, ce caractère universel des enseignements est aussi accentué par l'utilisation de la deuxième personne du pluriel qui a pour objectif l'affirmation de sécuriser la *Maslaha* et de prévenir la *Mafsada* et les actions inappropriées.

**296.** De plus, ce verset est jugé par de nombreux auteurs comme étant le plus complet qui traite le concept de la *Maslaha*, notamment Al-izz B. ABD AL-SALAM qui considère « *qu'il s'agit du verset coranique le plus complet appelant à appliquer la Maslaha et à mettre en garde contre la Mafsada* »<sup>363</sup>. Dans le même sens, l'auteur explique que les commandements du créateur ne connaissent pas de distinction entre la *Maslaha* tant mineure que majeure, un aspect généraliste affirmé par d'autres versets notamment quand Dieu dit « *Quiconque fait un bien fût-ce du poids d'un atome, le verra, et quiconque fait un mal fût-ce du poids d'un atome le verra* »<sup>364</sup>. Aussi en mentionnant l'évidence sur le concept l'imam AL-TUFI<sup>365</sup> fait aussi référence à un autre verset « *Ô gens ! Une exhortation vous est venue, de votre seigneur, une guérison de ce qui est dans les poitrines, un guide et une miséricorde pour les croyants* »<sup>366</sup>. Un verset que l'auteur précise que Dieu a voulu avertir les gens sur l'utilisation de la *Maslaha* dans le but de protéger l'ensemble de sa communauté de la destruction et de la guider vers la guérison du cœur ce qui représente la *Maslaha* primordiale de chaque musulman. De même, la *Maslaha* est également décrite comme un guide de la miséricorde et de la grâce accordées par Dieu comme des récompenses afin de réaliser la *Maslaha* générale de la communauté.

**297.** Un autre élément de preuve coranique considéré comme pertinent pour le concept de la *Maslaha*, se présente comme suit : « *Dieu veut pour vous la facilité, il ne veut pas la difficulté pour vous afin que vous complétiez le nombre et que vous proclamiez la grandeur de Dieu pour vous avoir guidés, et afin que vous soyez reconnaissants* »<sup>367</sup>. Ainsi, par ce verset le doute est complètement levé sur la volonté divine d'intégrer la facilité dans l'intérêt et le bénéfice de ses croyants et d'éviter les difficultés qui peuvent représenter un mal ou une souffrance susceptible d'entraîner des incapacités à remplir les devoirs et ainsi répondre à la *Maslaha*.

---

<sup>362</sup> Coran, Sourate 16 Al-nahl.

<sup>363</sup> IBN ABD AL-SALAM, Al-qawa'id al-kubra, Vol. 2, p. 315.

<sup>364</sup> Coran, Sourate 99 ZALZALAH (la secousse), Verset 8.

<sup>365</sup> Sulayman IBN ABD AL-QAWI AL-TUFI SARSARI (1259-1316), Irak.

<sup>366</sup> Coran, Sourate 10, Verset 57-8.

<sup>367</sup> Coran, Sourate 2, Verset 185.

Ceci est encore confirmé par le verset suivant :

« *il ne vous a imposé aucune gêne dans la religion, celle de votre père Abraham, lequel vous a déjà nommés musulmans...* »<sup>368</sup>, indiquant à la communauté musulmane la facilité et le soulagement dont elle bénéficie afin d'accomplir l'ensemble de leurs devoirs sans leur infliger de grandes difficultés. En outre, selon les théoriciens du droit musulman, d'autres versets peuvent aussi être relatifs à la confirmation du concept de *la Maslaha* notamment :

- « *Sur ce monde et sur l'au-delà ! Et ils t'interrogent au sujet des orphelins. Dis leur faire du bien est la meilleure action. Si vous vous mêlez à eux, ce sont alors vos frères en religion. Dieu distingue celui qui sème le désordre de celui qui fait le bien. Et si Dieu avait voulu, il vous aurait accablés. Certes Dieu est puissant et sage* »<sup>369</sup>.
- « *Et ne semez pas la corruption sur la terre après qu'elle ait été réformée. Et invoquez-le avec crainte et espoir, car la miséricorde de Dieu est proche des bienfaisants* »<sup>370</sup>.
- « *Il n'appartient pas aux habitants de Médine, ni aux Bédouins qui sont autour d'eux, de traîner loin derrière le messenger de Dieu, ni de préférer leur propre vie à la sienne. Car ils n'éprouveront ni soif, ni fatigue, ni faim dans le sentier de Dieu, ils ne fouleront aucune terre en provoquant la colère des infidèles, et n'obtiendront aucun avantage sur un ennemi, sans qu'il ne leur soit écrit pour cela une bonne action. En vérité Dieu ne laisse pas perdre la récompense des bienfaiteurs* »<sup>371</sup>.
- « *La sanction d'une mauvaise action est une mauvaise action (une peine) identique. Mais quiconque pardonne et réforme, son salaire incombe à Dieu. Il n'aime point les injustes* »<sup>372</sup>.

**298.** En outre, l'importance que requiert le concept de *la Maslaha* dans le texte sacré fait preuve d'une analyse générale de la charia qui expose la bonne direction à suivre pour chaque musulman avec un ensemble d'indications qui touchent les problèmes de la vie quotidienne de chaque être humain, un champ invariable que le texte sacré traite directement.

Cependant, bien que le concept de la *Maslaha* figure dans un ensemble de versets, sa variabilité et son évolution nécessitent clairement le recours aux *Hadiths* afin que le concept soit abordé dans son ensemble. En effet, de nombreux auteurs ont accordé une grande importance au concept que ce soit d'une manière directe ou indirecte, et parmi ces récits existe celui de l'imam Malik qui considère « *qu'il ne devrait y avoir ni préjudice ni réciprocité du préjudice* » ;

---

<sup>368</sup> Coran, Sourate 22, Verset 78.

<sup>369</sup> Coran, Sourate 2, Verset 220.

<sup>370</sup> Coran, Sourate 7, Verset 56.

<sup>371</sup> Coran, Sourate 9, Verset, 120.

<sup>372</sup> Coran, Sourate 42, Verset, 40.

L'interdiction du préjudice, qu'elle soit affligée ou réciproque, est clairement une grande *Maslaha* pour les personnes, clarifiant ainsi le but recherché par la législation divine. Aussi, l'imam MUSLIM affirme la place de la *Maslaha* pour la communauté en précisant que : « *La foi comporte environ soixante-dix branches, dont la plus haute est celle de déclarer qu'il n'y a pas de vrai Dieu qu'Allah et la plus basse est l'élimination de ce qui est nuisible du chemin et que la modestie est l'une des plus importantes branches* »<sup>373</sup>. Un *Hadith* qui indique les règles imposées par la charia qui visent à assurer la *Maslaha* de la population.

**299.** C'est une réglementation à travers laquelle le prophète a classé la religion de telle sorte que le plus haut niveau constitue le point de départ de la foi et de la croyance en un seul Dieu *Al-tawhid* tandis que le point le plus bas de la foi concerne le concept de la *Maslaha* en évoquant l'élimination de tout ce qui est nuisible à cette dernière qui est ainsi incluse dans la religion musulmane dans ses formes les plus larges quels que soient ses types.

Un autre *Hadith* rapporté par Al-Bukhari affirme la vision identique du concept de la *Maslaha* dans la religion musulmane. En effet, le *Hadith* considère que tout acte qui confirme un sens de *Maslaha* est une charité *Sadaqa* « ...rendre justice entre deux personnes est *Sadaqa* ; assister un homme à monter sur son animal ou y déposer ses affaires est *Sadaqa* ; adresser une belle parole est *Sadaqa* ; chaque pas vers la prière est *Sadaqa* ; éliminer les effets dangereux de la route est *Sadaqa* »<sup>374</sup>. Ainsi, l'ensemble des actes mentionnés sont considérés comme étant des actes déterminant la *Sadaqa*, des exemples qui démontrent l'objectif primordial que sous-entend la charia qui reste de préserver la *Maslaha* et empêcher la *Mafsada* et afin que sa pratique apporte les récompenses que le créateur a promises à ses croyants. Un constat reconnu par la majorité des compagnons du prophète (*Sahaba*) et leurs successeurs (*Tabii*), qui étaient d'accord pour reconnaître que la *Maslaha* est un principe reconnu de la législation islamique, en tant que tel et qu'un grand nombre de leurs décisions étaient fondées sur ce principe. Toutefois, la fréquence de la prise en considération de la *Maslaha* lors de la détermination de la législation est réputée avoir rencontré peu de difficultés et de divergences sur le concept puisque toutes les décisions rendues ont été légiférées pour les intérêts de la population et sont fondées sur la sagesse et dans les règles que le créateur a transmises dans le Coran<sup>375</sup>. Elles répondent à la désignation de l'utilité ou l'intérêt général *La Maslaha* qui se présente comme nous l'avons citée plus haut à travers la sauvegarde et la considération des intérêts primordiaux de la communauté en défendant la religion, la raison, la personne, la famille et les biens ce qui représente les cinq objectifs supérieurs *Maqâssid*.

---

<sup>373</sup> Rapporté par MUSLIM dans son *Sahih*, bab Al-Aman, vol. 1, p. 163.

<sup>374</sup> Rapporté par AL-BUKHARI dans son livre *Sahih al-bukhari*, Bab Al-sulh, vol. 3, p. 170.

<sup>375</sup> Al-Amidi, *AL-ihkam fi Usul al-AHKAM*, Vol. 3, p. 54.

**300.** Par ailleurs, il importe de mentionner que malgré la précision sur les grands principes qui définissent *la Maslaha* en droit musulman, ces derniers ont fait l'objet d'évolution et d'ajustements selon les différentes écoles. En effet, de nombreux exemples peuvent être cités notamment celui de l'école Hanbalite qui selon ses penseurs, fait la distinction entre la religion (*Dîn*) qu'ils considèrent comme intangible, la pratique religieuse (*ibadât*) et la religion (*dîn*) susceptible de réformes et d'adaptation aux changements sociaux et aux relations humaines (*Mou'âmalat*) et à ceux du temps et des lieux. Une vision qui laisse une liberté large d'adaptation qui permet de répondre aux questions auxquelles les textes fondamentaux n'apportent pas des réponses précises sur de nombreuses situations sociales.

**301.** Ainsi il demeure facile de s'adapter aux situations et de trouver des solutions juridiques qui restent fidèles au Coran et à la sunna tout en soulignant l'importance de l'opinion et de l'estime personnelle ainsi que l'avis du juriste. Quant à l'école Malékite dont l'imam Malik IBN ANAS (716-796) en est le fondateur principal. En effet, cette dernière affiche un attachement fondamental à la source qui est celle du Coran complété par la Sunna avec une prise en considération de la législation existante au temps du prophète à Médine ou encore l'ensemble des avis qui font l'objet d'un consensus par la majorité des savants spécialisés dans la bonne pratique et l'application de la Sunna<sup>376</sup>.

**302.** Cependant, l'école Malékite exprime clairement une réserve sur quelques critères que l'école Hanbalite a mis en place afin de définir *la Maslaha* notamment sur le principe de l'opinion personnelle, que la pensée Malékite juge comme abstraite et non précise, puisque ce courant met en place une règle qui demeure primordiale et qui est celle de trouver pour chaque règle une référence claire et explicite dans le texte coranique ou dans l'enseignement du prophète afin de répondre clairement à la réalisation de l'intérêt général ou public (*Maslaha*)<sup>377</sup>. En ce qui concerne l'école *Chaféïite* dont le fondateur est Mohammed IBN IDRIS AL-CHAFI'I (767-820), la réalisation de *la Maslaha* ne se confirme qu'à travers la reconnaissance du Coran et aussi la tradition du prophète tout en se focalisant sur le rôle du raisonnement.

En effet, ce dernier fait partie de la pensée logique de ce courant qui combine la raison et la transmission qui permettent de créer un équilibre en matière de la science méthodologique. Toutefois, bien que pour les *chaféïite* le Coran, la Sunna et la source prophétique représentent l'ensemble des règles principales qui définissent le concept de *la Maslaha*, les penseurs de ce courant considèrent que lorsque ces trois dernières sources ne donnent pas de réponse à des questions spécifiques ou récentes, elles doivent être complétées par d'autres éléments participant à définir le concept notamment, le consensus et l'effort de réflexion (*l'ijtihad* ou *le Kiyas*) qui permettent aux juristes et aux théoriciens en la matière d'employer la raison et la réflexion afin d'apporter des réponses complètes à la définition du concept de *la Maslaha*<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> Charles SAINT-PROT, *Le droit au cœur de l'islam, Société, droit et religion*, n° 2, 2012/1 p. 148.

<sup>377</sup> *Ibid*, p. 149.

<sup>378</sup> *Id*, *Ibid*, p. 149.

**303.** Pour finir, il importe d'évoquer l'école Hanbalite dont le fondateur est Ahmed IBN HANBAL (780-855) qui avait pour objectif de renforcer la vision traditionaliste sur les grands principes de la religion musulmane. En effet, ce courant est considéré par la majorité comme étant le plus conservateur. À travers sa pensée, il va dans un premier temps mettre la lumière sur la distinction des branches du droit musulman notamment entre : « *Le droit relatif au culte et la clarification entre le licite et l'illicite qui sont selon lui intangible* »<sup>379</sup>. Ainsi, selon ces règles le leader de ce courant a incité l'utilisation de l'effort de réflexion dans la prise en considération du concept de *la Maslaha*, tout en réservant l'effort de la réflexion aux oulémas qui gardent l'exclusivité d'apporter des réponses aux différentes situations précises afin de garantir *la Maslaha* générale de l'ensemble de la communauté tout en restant fidèles à l'esprit des sources principales de la religion musulmane<sup>380</sup>.

### ***B - L'utilité de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant.***

**304.** La Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, est considérée comme un texte décisif pour la protection des droits de l'enfant, tant par l'ensemble des droits qu'elle proclame que par son vocabulaire. En effet, l'intégration de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant a fortement influencé l'ensemble des règles imposées par les rédacteurs du texte. Une notion jusqu'à cette date demeurée inexistante dans les textes antérieurs ; la référence à cette notion qui est considérée comme contemporaine a désormais influencé tout l'arsenal juridique concernant l'enfant. Néanmoins, de plus que la difficulté d'attribuer une définition explicite à cette notion qui demeure floue et imprécise en droit, cette dernière fait toujours l'objet de recherche sur son utilité et sa fonction qui balance entre de multiples fonctions, notamment celle libératrice de l'enfant contre celle protectrice de l'ensemble de ses droits, ce qui provoque des controverses par rapport au contenu et à la pratique de la notion. En outre, l'imprécision de la notion permet une grande confusion entre la notion elle-même, les besoins et la protection de l'enfant.

**305.** La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît aujourd'hui comme étant un point central de l'ensemble des réformes qui concernent l'enfant, bien qu'elle soit imprécise. En effet, comme le mentionne Mme Eléonore LACROIX, les rédacteurs de la CIDE n'ont pas « *su choisir entre une volonté de protection qui tienne compte de la fragilité effective de l'enfant et un désir de le respecter* »<sup>381</sup>, ce qui rend le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant encore plus ambigu. Une vision qui tente de faire de l'enfant un objet de protection et un sujet de droit<sup>382</sup> à la fois, ce qui rajoute une autre ambiguïté au concept de l'intérêt supérieur de l'enfant.

---

<sup>379</sup> *Ibid.*

<sup>380</sup> *Id, ibid.*

<sup>381</sup> Eléonore LACROIX, Les droits de l'enfant, éd Ellipses, Coll philo, 2001, p. 32.

<sup>382</sup> Gilles LEBRETON, Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français.

306. Le texte international de 1989, est principalement basé sur l'idée d'accorder aux enfants des droits et d'imposer aux États et aux familles le respect absolu des droits proclamés par le texte, un constat clairement affirmé particulièrement par l'article 2 de la convention<sup>383</sup> qui s'articule avec d'autres articles du texte international notamment les articles 12, 13, 14 et 15 qui affirment cette fonction libératrice. En effet, ils marquent explicitement la volonté de la communauté internationale ainsi que celle des rédacteurs du texte d'accorder à l'enfant des droits subjectifs en lui reconnaissant des droits similaires à ceux des adultes, notamment : la liberté de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant tout en prenant compte son âge et son degré de maturité (ART. 12-1) ; la libération de la parole de l'enfant dans toutes les affaires et les procédures qui le concerne que ce soit d'une manière directe ou indirecte (ART. 12-2). Le droit de l'enfant à la liberté d'expression, qui lui accorde la liberté d'exprimer son opinion et ses idées sans aucune considération notamment de frontière ; ou de la forme d'expression, une liberté qui dépend du choix de l'enfant (ART. 13) tout en respectant le cadre légal de chaque nation (ART. 13-2). Un autre droit jugé de libérateur dans le texte et auquel les États parties s'engagent à respecter est celui de sa liberté de pensée, de conscience et de religion (ART-1) tout en garantissant le droit et le devoir des parents de guider l'enfant dans l'exercice de ce droit d'une façon à ce que ça lui permette un développement de ses capacités (ART 14-2), une liberté fondée sur le respect de la loi (ART 14-3).

S'ajoute à cela l'article 15 du même texte qui accorde à l'enfant le droit de « *la liberté d'association et la liberté de réunion pacifique* », l'exercice de ce droit ne peut être restreint que par les dispositions de la loi<sup>384</sup>. Ainsi, l'ensemble de ces dispositions de la CIDE affirment le caractère libérateur du texte vis-à-vis de l'enfant en lui reconnaissant les mêmes droits que les adultes. À ce propos M. HAUSER a exprimé que la fonction libératrice de ces dispositions permet de considérer les enfants comme de petits Hommes plutôt que les petits d'Hommes<sup>385</sup>.

De plus, bien que la fonction libératrice de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant puisse apparaître évidente à travers l'étude de ces articles sans pour autant qu'elle soit exprimée explicitement, elle est néanmoins limitée par les contraintes extérieures imposées par la société et par la loi pour dégager les droits propres à l'enfant.

---

<sup>383</sup> Cet article dispose que « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridictions, 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 ses représentants légaux, de leur opinion nationale, éthique ou sociale, de leur situation de fortune de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivée par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les conventions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ».

<sup>384</sup> Les restrictions de la loi sont nécessaires afin de préserver la sauvegarde de la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique ou encore les libertés et les droits fondamentaux d'autrui.

<sup>385</sup> Jean. HAUSER, Des petits hommes ou des petits d'hommes ?, in *Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil, cité par Gilles LEBRETON, du droit de l'enfant au respect de son intérêt. Op. cit, p. 81.*

Dans ce sens, Dominique YOUNG, affirme que ces limites trouvent leurs origines dans les différentes conceptions philosophiques de l'enfance, notamment celles soutenues par LUCK et ROUSSEAU. Selon le premier, l'enfant est titulaire de droits, cependant vu son manque de maturité et de raisonnement insuffisant, il est obligé de rester sous la tutelle ou sous la responsabilité des adultes notamment ses parents jusqu'à sa majorité. Pour ROUSSEAU, la vision de l'enfant ne doit en aucun cas représenter un caractère négatif. En effet, le philosophe considère que c'est faux de considérer l'enfant soit comme un adulte soit comme un être sans raisonnement ; il estime que l'enfant est différent des adultes, et qu'il possède des capacités spécifiques qui nous empêchent de l'assimiler aux adultes<sup>386</sup>.

**307.** Ainsi, le droit a eu tendance à la moitié du XXe siècle de s'identifier au postulat de LUCK en considérant l'enfant sans raison suffisante, une philosophie qui s'est avérée souvent difficile d'application puisqu'il a fallu suivre l'évolution de la philosophie de l'enfance et de penser les droits de l'enfant comme l'incite ROUSSEAU. En effet, il affirme la subjectivité de l'enfant même en étant vulnérable et inachevé, et indique que c'est même pour cette raison que doit lui être attribué le statut du mineur protégé. Une vision philosophique qui affirme la capacité de l'enfant de penser et d'agir qui doit être prise en considération par le droit allant jusqu'à reconnaître sa responsabilité dans certains actes.

**308.** Par ailleurs, ROUSSEAU estime que cette responsabilité attribuée à l'enfant ne peut être comparée à celle de l'adulte, mais doit répondre à une prise en considération progressive, ce qui incite à une prise en considération progressive de la temporalité de l'enfant et à l'ensemble de ses phases constructives. Par conséquent, la considération de la capacité et de la responsabilité de l'enfant doit être adaptée aux différentes phases de sa vie à partir de sa naissance passant par son enfance et son adolescence jusqu'à ce qu'il ait atteint sa majorité. Dans le même sens, l'auteur explique que « *l'Homme ne naît pas responsable et autonome mais il le devient à travers l'éducation* » et donc la prise en considération de sa capacité juridique doit être conforme à ces conditions afin de répondre à la philosophie globale des droits de l'Homme<sup>387</sup>.

**309.** En outre, la philosophie évolutive de l'enfance qui incite à penser les droits de l'enfant a clairement influencé la CIDE qui a considéré que l'enfant au sens de la convention n'avait pas uniquement besoin de garantir ses droits subjectifs mais aussi d'une protection spécifique que le texte tâche de garantir à l'enfant. Une fonction que les rédacteurs du texte international n'ont pas pu mettre en place qu'avec une grande difficulté puisque la question de l'individualisation des droits de l'enfant demeure difficile à prendre en compte et à appliquer dans un cadre international qui prône souvent le paternalisme et le refus de cette individualisation de droits à travers les limites posées par les parents et les États. C'est dans ce sens qu'apparaît la seconde fonction du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, une fonction jugée contraire à celle présentée plus haut.

---

<sup>386</sup> Dominique YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, presse universitaire de France, 1<sup>ère</sup> éd, 2002, p. 94.

<sup>387</sup> *Idem*, p. 95.

En effet, cette seconde fonction se présente comme celle qui encadre toutes les atteintes qui peuvent être portées à l'indépendance et l'autonomie de la personne de l'enfant que ce soit par sa famille, ses représentants légaux ou encore par l'État<sup>388</sup>. Ainsi, c'est dans le cadre d'une fonction libératrice que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant s'impose dans la CIDE, qui vise principalement à encadrer un ensemble de situations auxquelles l'enfant est confronté. Il répond à la fonction protectrice plutôt qu'à la fonction libératrice. C'est en effet, dans ce sens que le principe est explicitement cité dans le texte international, afin d'évoquer la protection de l'enfant.

**310.** Le principe de l'intérêt supérieur dans sa fonction protectrice apparaît clairement dans la CIDE à travers un grand nombre d'articles qui visent à réglementer et à légitimer les lois qui protègent l'enfant, c'est dans ce sens que le principe se retrouve tout d'abord dans l'article 3 qui affirme la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'ensemble des décisions le concernant, l'article 18 qui responsabilise les parents sur l'éducation de leurs enfants, l'article 21 qui aborde le sujet de l'adoption qui doit dans tous les cas répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant, l'article 9 sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la séparation de ce dernier avec ses parents, l'article 37 qui traite le principe en matière de séparation de l'enfant avec les adultes si son intérêt l'oblige et enfin l'article 40 qui présente une dérogation par rapport au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui se manifeste par la présence des parents lors d'un procès pénal qui le concerne notamment si son âge ou sa situation ne le permettent pas<sup>389</sup>. C'est dans ce cadre que s'annonce la difficulté de la prise en compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui se trouve devant la difficulté de trouver un équilibre entre deux fonctions principales qui reflètent l'absence d'une définition claire de la notion.

**311.** En raison de cette ambiguïté de fonction analysée de la CIDE, se présente la difficulté d'un grand nombre d'États à introduire le principe dans leurs systèmes qui résistent souvent au caractère ultra-individualiste du principe qui demeure réglementaire, c'est-à-dire un principe qui se balance entre l'enfant sujet de droit et qui se métamorphose en objet de protection et les autres<sup>390</sup>. Ce constat affirme un flou conceptuel qui engendre une grande incohérence juridique entre un concept supérieur et un concept égal ou même inférieur. De cela, il semble important d'analyser le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant par rapport à l'intérêt des autres dans le cadre de la Convention internationale des droits de l'enfant.

**312.** Dans la théorie ou encore dans la pratique, il semble difficile de définir et d'appliquer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sans peser et comparer les différents intérêts qui entourent l'existence de l'intérêt de l'enfant. En effet, trouver l'équilibre et la cohérence entre ces intérêts semble difficile puisque l'intérêt personnel d'un enfant se trouve confronté à d'autres intérêts notamment ceux d'autres enfants ou des adultes.

---

<sup>388</sup> Gilles LEBRETON, Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français *op. cit.*, p. 82.

<sup>389</sup> *Id, ibid*, p. 82.

<sup>390</sup> *Ibid*.

Mme DEKEUWER-DÉFOSSEZ précise dans ce sens que « *la portée de l'intérêt supérieur a souvent été surévaluée ainsi que la question de la supériorité de l'intérêt de l'enfant et le fait qu'il soit considéré comme préférable aux adultes, une position qui n'est pas tenable, en considérant que l'intérêt des adultes devait également être reconnu et protégé* »<sup>391</sup>.

En outre, de nombreux débats ont accompagné ce sujet au sein du comité des Nations Unies, ce qui a permis de mettre la lumière sur un nombre de points qui représentent des conflits auxquels le principe est confronté, notamment<sup>392</sup> :

- L'intérêt de l'enfant face à l'intérêt d'un groupe d'enfant ou d'autres enfants ;
- L'intérêt de l'enfant face aux souhaits de ses parents ou de ses représentants légaux ;
- L'intérêt de l'enfant ou d'un groupe d'enfants face à celui de la société.

**313.** Des questions auxquelles le texte international ainsi que les législations nationales tentent d'y répondre afin de créer l'équilibre souhaité par l'intégration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de garantir à ce dernier l'ensemble des droits proclamés par la CIDE. En effet, comme nous l'avons précisé plus haut, cet équilibre recherché est souvent difficile à acquérir notamment dans des pays qui accordent encore à la famille et à la société une grande importance allant jusqu'à dépasser l'esprit du principe recherché par la CIDE. L'exemple de la conciliation entre l'intérêt supérieur de l'enfant et celui de ses parents est l'un des plus fréquents puisqu'il faut admettre que dans la majorité des sociétés l'enfant fait partie d'abord de sa famille et donc le lien entre son intérêt et celui de ses parents ou ses représentants légaux est inévitable. Dans ce sens, il existe deux points de vue qui se contredisent. D'abord celui de considérer que la famille est par définition la présentatrice de l'intérêt de l'enfant et que toutes les décisions prises à l'égard de l'enfant reflètent le bon choix fait par la famille à l'égard de l'enfant, puis le deuxième qui se base sur le principe de l'individualisation de l'enfant et de ses droits. C'est dans l'esprit de ce dernier que la CIDE se positionne, bien qu'elle soit favorable au rôle de la famille dans le cadre de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**314.** En effet, le texte international part du principe que les États parties se trouvent dans l'obligation d'assurer le principe selon lequel les parents se trouvent devant une responsabilité commune d'élever leur enfant et d'assurer son développement, une responsabilité qui doit être exercée par les parents ou ses représentants légaux.

Ainsi la convention précise que les décisions prises par les parents à l'égard de l'enfant reflètent simplement l'exercice de leur responsabilité dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, la CIDE attire l'attention à travers ART 9 sur le rôle de l'État de veiller à ce que l'exercice de la responsabilité parentale réponde toujours au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, et en cas de manquement des parents à cet exercice, il ressort de la responsabilité de l'État de séparer l'enfant de ses parents ou de ses représentants afin que

---

<sup>391</sup> Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF (Que sais-je ?), 2001, p. 6.

<sup>392</sup> Thomas HAMMARBERG, *Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes*, JDJ, 2011, n° 303, p. 13.

cette séparation préserve son intérêt supérieur. Toutefois, la CIDE mentionne l'importance de la manière dont la séparation doit être faite sans qu'elle provoque des traumatismes chez l'enfant afin qu'il puisse continuer le développement harmonieux de sa personnalité<sup>393</sup>.

**315.** Ainsi, dans le cadre de cette considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant explicitement évoquée par la CIDE, la difficulté de son application s'avère plus complexe pour les États parties notamment les deux systèmes juridiques que nous étudions. En France par exemple, il semble difficile de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant un principe supérieur ou de revendiquer sa supériorité par rapport à d'autres intérêts. En effet, l'esprit du droit français n'accorde pas le caractère supérieur à l'intérêt de l'enfant par rapport aux autres intérêts légitimes dont notamment ceux des parents mais se voit obligé de trouver un équilibre entre leurs intérêts. Cet équilibre recherché par le droit français reflète principalement l'esprit du droit français de la famille qui fait principalement référence à cet équilibre plutôt qu'à la supériorité d'un de ses membres sur les autres.

**316.** Le recours à cet équilibre est souvent exposé par rapport à la dualité du système français qui cherche à prendre en considération la liberté des familles et le souci de la protection de l'intérêt de l'enfant. De nombreux spécialistes du droit français de la famille tentent de présenter l'existence de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant avant même l'émergence de la CIDE en se basant sur la *loi du 22 juillet 1987 qui traite l'autorité parentale et à travers laquelle le droit français répartit l'autorité parentale entre les parents séparés en se fondant sur droits de l'enfant notamment : son droit de conserver les liens avec ses deux parents, et le droit de l'enfant à s'exprimer* »<sup>394</sup>, ou encore le droit de l'enfant à la parole qui a été relevé dans la loi du 22 juillet 1987. Bien que la référence au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'ait pas été explicitement évoquée par le législateur français à l'époque, cet équilibre trouvé entre les intérêts des membres de la société est farouchement défendu puisqu'il se base selon ses défenseurs sur le principe de l'équilibre et les règles de la protection de l'intérêt du mineur et non pas sur l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>395</sup>.

**317.** Ainsi, le refus de la supériorité de l'intérêt de l'enfant est clairement exprimé et le débat entre la supériorité de l'intérêt de l'enfant ou de celui des parents ou d'autres membres de la famille est résolu en faveur de l'équilibre défendu par le législateur français<sup>396</sup>.

---

<sup>393</sup> *Idem*, pp. 13-14.

<sup>394</sup> Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, p. 7.

<sup>395</sup> *Idem*.

<sup>396</sup> Dans ce sens, de nombreux exemples font référence à cet équilibre défendu par le législateur français notamment : l'équilibre dégagé entre les intérêts de l'enfant et ceux de sa mère que la loi du 22 Janvier 2002 qui porte sur le droit de la femme d'accoucher sous X, et qui les encourage seulement à lever l'anonymat sans pour autant les obliger. Aussi, lorsque les intérêts d'un mineur semblent être en opposition avec ceux de ses représentants, le juge estime obligatoire et dans l'intérêt de l'enfant de lui désigner un administrateur ad hoc afin qu'il le représente ».

Dans ce sens, il semble possible de juger que la fonction de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit français ne représente pas clairement la supériorité recherchée par le texte international mais plutôt la valeur égale des autres intérêts légitimes qui peuvent être pris en compte face à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>397</sup>.

**318.** Quant au droit marocain, la question de la supériorité de l'intérêt de l'enfant par rapport aux autres intérêts notamment ceux des parents ou des représentants légaux semble difficile à traiter puisque l'origine même de l'intérêt de l'enfant qui est celle du droit musulman est différente de celle du droit positif. Comme nous l'avons cité plus haut, le chevauchement du système marocain entre droit musulman et droit positif sur la question de l'intérêt de l'enfant semble présenter une difficulté de définition de notion et de ses fonctions. En effet, au Maroc, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant balance entre une référence religieuse stricte sur de nombreuses questions notamment en droit de la famille et une référence internationale basée principalement sur la Convention internationale des droits de l'enfant.

**319.** Ne reconnaissant pas l'individualisation des droits de l'enfant ou de son intérêt en droit musulman, l'adoption de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant semble nouvelle puisqu'elle permet au législateur contemporain de la prendre comme un critère fondamental afin de réformer les notions classiques qui traitent des relations et des intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux. En effet, l'influence des éléments internationaux a permis l'émergence de l'intérêt supérieur de l'enfant tout en réformant des institutions qui paraissaient uniquement dans l'optique de la loi musulmane ; le législateur marocain opte pour un certain nombre de changements qui modifient la balance des intérêts au sein de la famille notamment dans ses relations avec ses parents ou ses représentants légaux, allant jusqu'à modifier la nature juridique de quelques institutions ou écarter des règles afin que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant soit compatible avec les engagements internationaux de ce dernier<sup>398</sup>.

**320.** À travers l'ensemble des réformes, le législateur marocain a cherché à créer un équilibre entre l'interaction des intérêts de l'enfant à ceux des parents et de la famille en général. Par ailleurs, cet équilibre est encore plus difficile à trouver que celui recherché par le législateur français puisque le droit marocain ne peut pas reconnaître la supériorité de l'intérêt de l'enfant sur quelques institutions classiques du droit musulman qui sont explicitement réglementées par des textes religieux notamment la filiation.

Contrairement au droit français qui a introduit de nombreuses règles visant l'intérêt de l'enfant bien avant l'émergence de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la CIDE sans pour autant s'y référer explicitement, l'introduction de la notion en droit marocain n'a été réalisée que récemment dans le dernier Code de la famille qui date de 2004 à travers lequel le législateur marocain a introduit la notion progressivement dans de nombreuses institutions principales comme la garde ou encore la tutelle.

---

<sup>397</sup> Il est à noter que cette position d'équilibre est également renforcée par la jurisprudence qui par exemple dans un arrêt du 7 février 1996, porte sur l'exercice en commun de l'autorité parentale ; la Cour de cassation a estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant reflète le résultat d'une mise en place d'un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et celui de chacun de ses parents.

<sup>398</sup> Mariam MOUNJID, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb*, *op. cit.*, p. 163.

Par ailleurs, malgré les efforts fournis par le législateur afin d'introduire et de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, il demeure fidèle à la source du droit musulman, ce qui permet la persistance de l'intérêt général de la famille et de la société face à celui de l'enfant.

**321.** Dans le même ordre d'idées, la deuxième question qui se pose par rapport à ce sujet est celle de la supériorité de l'intérêt de l'enfant et de l'ensemble de la société dans laquelle il vit. Il est inévitable que l'intérêt de l'enfant entre en conflit avec ce qui est jugé comme intérêt pour un groupe de personne ou pour la société dans son ensemble. En effet, évoquer ce genre d'intérêts renvoie principalement aux problèmes de ressources des États ou des familles, dans le sens où la réalisation de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant exige des besoins financiers auxquels les États et les familles doivent répondre, ce qui représente une difficulté pour les pays en voie de développement ou encore ceux à faibles ressources. Face à un élément aussi important, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant se trouve devant des contraintes qui peuvent empêcher sa réalisation et rendre en effet sa considération primordiale.

Dans ce sens la CIDE oriente clairement les États parties sur les obligations et les engagements de ces derniers 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 de droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent (...)* »<sup>399</sup>. À travers cet article, le texte international exige que l'ensemble des mesures tende vers la réalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, pouvant être traduit par le besoin de l'enfant aux soins hospitaliers, aux services sociaux ou autres<sup>400</sup>. Par ailleurs, bien que le texte international fasse référence aux obligations des États, il n'apporte aucune réponse explicite à ce conflit, ce qui est d'ailleurs le cas pour l'ensemble des conflits d'intérêts existant sauf pour les questions les plus évidentes.

**322.** La question de la supériorité de l'intérêt de l'enfant semble complexe à réaliser dans toutes les situations puisqu'elle se trouve toujours confrontée à d'autres intérêts légitimes qui peuvent être aussi importants dans les sociétés où le droit de la famille demeure une institution classique. En effet, l'évaluation de la supériorité de n'importe quel intérêt suscite la comparaison entre les avantages et les inconvénients des intérêts et c'est pour cette raison que la majorité des États tente de justifier l'adoption d'un équilibre entre les intérêts légitimes plutôt que d'admettre la supériorité de l'intérêt de l'enfant.

**323.** Par ce qui est présenté plus haut, il est clair que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'évoqué, que ce soit dans les textes nationaux ou internationaux, fait toujours l'objet d'un grand nombre de controverses en vertu de l'absence d'une définition explicite, du risque juridique présenté par cette indéfinition et de l'ensemble des conflits possibles entre ce principe et les autres intérêts qui demeurent légitimes.

---

<sup>399</sup> ART 4 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

<sup>400</sup> Thomas HAMMARBERG, *op. cit.*, p. 14.

En effet, l'application de ce principe en droit interne de n'importe quel système juridique peut donner lieu à des interprétations qui dépendent des environnements juridiques ce qui provoque des interprétations variables du principe. Ce dernier peut être tantôt comme « un élément favorisant l'arbitraire judiciaire » tantôt comme « un élément qui favorise les interprétations », une complexité définie par le doyen CARBONNIER comme une « *notion à contenu variable* », une variabilité qui dépend de la variété des interprétations qui peuvent être portées à la notion par ceux qui représentent des intérêts légitimes notamment les parents, les grands-parents, le législateur ou encore le juge<sup>401</sup>.

**324.** En outre, le changement de statut de la notion elle-même a entraîné plus de complexité puisque cette dernière est passée d'un élément de décisions pour les situations compliquées des enfants à un argument primordial dans l'élaboration des lois concernant l'enfant. La supériorité réclamée par la CIDE rajoute une grande complexité au caractère du principe dans sa pratique par les professionnels qui se trouvent devant la confrontation de nombreux intérêts légitimes qui ne s'opposent pas notamment dans des situations comme la filiation dans des pays tel que le Maroc, la séparation des parents, la garde des enfants, le placement familial, *la kafala* en droit musulman, le choix de famille d'accueil, l'autorité parentale, l'adoption ou autres<sup>402</sup>.

**325.** La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant représente aujourd'hui de nombreuses controverses qui peuvent desservir la fonction principale de ce fondement. Les défenseurs du texte international analysent cette notion comme étant un « paradigme d'intervention » qui permet aux professionnels et à l'ensemble des acteurs de la protection de l'enfant d'être guidés et de justifier leurs décisions. Cependant, pour d'autres spécialistes, la notion expose un danger même s'il demeure compliqué de le présenter ; mais il l'est par exemple selon P. VERDIER par l'usage excessif de la notion qui peut entraîner l'élimination d'autres droits et d'autres intérêts notamment ceux des parents. Aussi, est évoquée, par ces derniers la difficulté de l'enfant d'apprécier et de décider de son propre intérêt, puisqu'il ne dispose pas d'une capacité juridique et d'une maturité suffisante qui peuvent lui permettre de réagir dans son propre intérêt. S'ajoute à cela le rôle du juge qui peut également être basé uniquement sur des documents sans aucun recours direct à l'enfant et à son avis en la matière<sup>403</sup>.

**326.** Ces controverses qui se manifestent dans la théorie comme dans la pratique représentent la base de la qualification de la notion comme étant « *une notion magique ; un concept flou et mou* ». Par ailleurs, son analyse lui attribue le rôle d'une notion et un concept incontournable qui malgré les critiques qu'il suscite représente aujourd'hui une source d'inspiration législative<sup>404</sup>. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une règle de référence à l'évolution des droits de l'enfant dans son ensemble.

---

<sup>401</sup> Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille in C. PERELMAN et R.VAN DER ELST, les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, 1984, in Marc G. SCHWEITZER, Nielle PUIG-VERGÉS, La référence à l'intérêt de l'enfant. Perspectives juridiques et épistémologiques, *op. cit.*, p. 795.

<sup>402</sup> *Ibid.*

<sup>403</sup> *Id, ibid.*

<sup>404</sup> Jean. ZERMATTEN, L'intérêt supérieur de l'enfant, institut international des droits de l'enfant, IDE, Sion, Switzerland, 2005. P:\TM-JG\jze\Uni Paris VIII\Int sup, Paris Viii.doc

Toutefois, malgré qu'elle soit aujourd'hui considérée comme étant un élément accélérateur de la protection des droits de l'enfant, la dualité de son objet et son indétermination permet d'influencer son utilité dans de nombreux systèmes juridiques tels que le système marocain qui se heurte à la difficulté d'adopter une définition qui permet d'intégrer le principe tel qu'il est reconnu dans les textes internationaux dans le respect de la spécificité du système juridique.

## **Paragraphe 2 : La dualité d'objet de la notion d'intérêt de l'enfant.**

**327.** La notion de l'intérêt de l'enfant est considérée comme une notion variable, qui, pour les plus philosophes, porte en elle un caractère contradictoire qui signifie le « *concret flou* »<sup>405</sup>, un caractère qui ne lui attribue pas une définition précise. Pour d'autres auteurs, la notion est à proscrire puisqu'elle est « *propice aux dérives* ». Elle peut permettre des compromis avec les règles traditionnelles comme elle peut finir par rendre difficile l'application de tous les principes et les mécanismes juridiques existants<sup>406</sup>.

**328.** Sans aucun doute, l'ambiguïté de la notion met en évidence la difficulté de sa mise en œuvre. Une difficulté qui paraît assez logique puisque la naissance de cette notion et le souci qui lui est accordé sont récents. En effet, bien qu'en France l'intérêt pour l'enfance se soit imposé depuis le XIXe siècle, avec l'adoption d'un grand nombre de lois qui visent à protéger l'enfant dans de nombreuses situations, il a fallu attendre le XXe siècle et la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit afin que son intérêt soit le centre de toutes les réformes qui le concerne. Cette évolution a permis tout d'abord l'instauration de la notion en droit interne puis sa confirmation avec l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant par la France en 1990. Cependant, malgré cette prise en compte la notion de l'intérêt de l'enfant fait jusqu'à nos jours débat sur sa signification, sa portée ainsi que son application<sup>407</sup>. Par ailleurs, contrairement à la France, le droit marocain ne va pas faire l'objet de la même évolution et de la même prise en considération de l'intérêt de l'enfant puisque ce dernier prend le droit musulman comme une référence principale qui va clairement influencer l'introduction du principe faite d'une manière progressive à partir de l'adoption de la CIDE, ce qui va ralentir l'introduction de la notion en droit interne.

**329.** C'est dans ce sens que l'attribution d'une définition explicite de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant semble être difficile dans tous les systèmes juridiques. Toutefois, la nuance entre les systèmes juridiques occidentaux et ceux marqués par la religion est évidente. Un constat qui se manifeste notamment entre les deux systèmes que nous étudions où l'effort fournis par les législateurs quant à l'établissement d'une définition explicite qui répond principalement aux exigences de la CIDE est flagrant.

---

<sup>405</sup> Jaqueline.COSTA-LASCAUX, Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs, *in* De quel droit ? De l'intérêt...aux droits de l'enfant, F. BAILLEAU et M. ; sous la direction de GUEISSAZ, séminaire dactyl., 1988, p.162 et sp., p.163.

<sup>406</sup> A.TRIBES, Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, thèse dactyl., Paris, 1975, sp., p. 424.

<sup>407</sup> Pierre VERDIER, De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant, enfance et psy, n° 43, 2009, p. 86.

En effet, en dépit du fait que le législateur français n'accorde pas une définition explicite à cette notion, il établit clairement l'ensemble des éléments qui peuvent permettre la concrétisation de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Alors que le législateur marocain de son côté, subit encore aujourd'hui la difficulté de combiner entre le principe moderne de l'intérêt supérieur de l'enfant et celui figurant encore parmi les principes fondamentaux du droit musulman qui est '*ALMASLAHA*'.

#### ***A-L'absence d'une définition concrète de l'intérêt de l'enfant***

**330.** La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant comporte une ambivalence évidente, d'abord par rapport au terme intérêt et de la notion de l'intérêt de l'enfant que nous avons développé plus haut, puis s'ajoute la difficulté introduite par la CIDE en imposant aux États parties que la considération de l'intérêt de l'enfant soit supérieure. Ce qui a suscité de nombreuses interrogations sur la recherche d'une définition claire de la notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». En effet, en 1989 le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant fait son entrée dans l'histoire juridique marquée d'une ambiguïté qui porte sur le terme « supérieur » et sur sa référence. Cependant, pour comprendre la signification et la référence de cette supériorité, il est important de comprendre le contexte de l'introduction de cette notion dans la convention internationale des droits de l'enfant.

**331.** Comme déjà évoqué, la notion de « l'intérêt supérieur » figurait déjà dans la déclaration des droits de l'enfant de 1959(DDE), une figuration qui paraît logique puisque l'expression a été reprise par la Pologne dans la première proposition de convention en 1978. Ainsi, la DDE faisait référence à l'expression de l'intérêt supérieur d'abord dans son « *principe 2 : L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de loi de cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante* » puis dans le « *principe 7 : 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* ». Cependant, arrivé au premier projet de convention présenté par la Pologne, la référence à l'intérêt supérieur a été amplement développée ce qui a constitué une référence et un document de base pour l'élaboration de la CIDE en 1989.

**332.** Cependant, il est à noter que le texte provisoire a fait l'objet de grands débats sur de nombreuses questions notamment sur la portée du concept de l'intérêt de l'enfant ce qui a contribué à façonner le texte final et l'intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que principe directeur du texte. En effet, au moment des premiers rassemblements, les délégués des gouvernements étaient loin d'être formés en matière des droits de l'enfant ce qui a affaibli le nombre des pays participants aux débats.

**333.** Néanmoins, certains délégués ont contribué fortement dans la modification du texte provisoire, notamment le rôle des États-Unis : « qui mis en cause avec d'autres délégués l'opportunité d'attribuer, dans un traité, des obligations formelles aux parents et représentants légaux au même titre que celles des tribunaux », ainsi, il fallait apporter une modification qui permettait de déplacer la question de la responsabilité des parents, ce qui va être pris en considération et va aboutir à déplacer la question dans l'article 18-1. Les États-Unis se trouvaient aussi parmi les pays qui ont fait une proposition plus élaborée sur un des articles phare de la convention qui est l'article 3 en proposant la formulation suivante « Décisions officielles, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux ou des autorités administratives » et d'évoquer l'intérêt supérieur comme étant « **une** » considération primordiale<sup>408</sup>. Une proposition américaine qui a subi quelques modifications dont la suppression du terme « officielles » mais qui représentait une base principale. La participation américaine s'avère aussi dans d'autres questions notamment l'introduction de la base du droit de l'enfant d'être entendu dans toutes les affaires qui le concernent.

**334.** Une proposition qui vient compléter celle présentée par la Pologne en 1979 qui traite « *le droit de l'enfant d'exprimer son opinion sur les questions concernant sa propre personne -notamment, le mariage, le choix d'un métier, le traitement médical, l'éducation et les activités récréatives* ». Deux propositions qui ont permis l'élaboration de deux concepts principaux qui sont indirectement attachés à savoir : l'intérêt de l'enfant et celui de son droit d'être entendu, à la suite des propositions des États et des modifications apportées au texte provisoire. Ainsi, en 1988 le texte était la cible d'une évaluation technique portée par le secrétariat de l'ONU, qui a ouvert le débat sur une autre question principale qui est toujours d'actualité et qui porte sur l'expression de l'intérêt supérieur de l'enfant elle-même et de sa composition<sup>409</sup>.

**335.** En effet, l'un des grands débats qu'a subi le texte international par rapport à cette expression qui est devenu principale est celle de savoir si l'intérêt de l'enfant doit représenter « **la** » ou « **une** » considération primordiale ? À cet égard, il y a eu deux clans, d'abord ceux qui prônaient la référence à « **la** » en se basant sur l'article 5 de la CEDEF qui fait référence à « l'intérêt des enfants comme étant **La** condition primordiale dans tous les cas », une justification rejetée par le deuxième clan puisqu'elle a été jugée inadaptée à la CIDE qui traite des sujets plus vastes que ceux de la CEDEF et qui peut traiter un nombre de sujets illimités qui peuvent représenter d'autres intérêts notamment ceux de la famille, de la justice ou encore de la société »<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> Nigel CANTWELL, La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la convention relative aux droits de l'enfant, JDJ n°303-mars 2011, p23.

<sup>409</sup> Idem.

<sup>410</sup> La Finlande a présenté une proposition qui a été rejeté, qui permettait de retenir 'La' uniquement en matière du bien-être de l'enfant.

Face au nombre d'États rejetant la formulation de « **La** considération primordiale », l'expression retenue dans le texte final a été celle de « **Une** considération primordiale ». Par ailleurs dans le cadre des débats portant sur le texte final, l'ensemble des États parties se sont accordés sur la nécessité de laisser la portée de la notion de l'intérêt supérieur flou et imprécise afin qu'il y ait possibilité de l'adapter à différentes situations qui concernent l'enfant<sup>411</sup>.

**336.** L'expression d'intérêt supérieur de l'enfant est citée sept fois dans six articles du texte. D'abord dans l'article 3 qui est considéré comme principal dans la fondation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, exprimé en ces termes « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

Ainsi, ce dernier s'installe en tant que principe fonctionnel qui vise à donner la priorité à l'intérêt de l'enfant dans toutes les décisions le concernant en se basant sur la protection et la défense de son bien-être et ses besoins fondamentaux<sup>412</sup>. Cet article qui évoque le rôle des institutions publiques et privées dans la garantie du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, est complété par d'autres articles qui eux évoquent le rôle de la famille dans cette mission de protection. Notamment les articles 9, 18, 20, 21, 37 et l'article 40 qui viennent instaurer un guide pour les familles et les parents afin de garantir la meilleure protection du principe fondamental de la convention.

**337.** L'ensemble de ces articles traitent le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant avec précision en évoquant : l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de divorce des parents, la responsabilité de ces derniers d'élever leurs enfants, la privation de l'enfant de son milieu familial, l'adoption de l'enfant, la privation de l'enfant de sa liberté, l'enfant dans les affaires pénales. Bien que la convention ait apporté des précisions sur ces sujets, elle a cependant gardé le silence sur la portée de l'intérêt supérieur de l'enfant, un silence qui a créé une grande ambiguïté à son interprétation et son application par les États parties puisqu'il est considéré comme « *un concept particulièrement flou auquel on peut faire évoquer tout ce que l'on veut* »<sup>413</sup>. Selon Jean ZERMATTEN « *l'intérêt supérieur de l'enfant représente donc un concept juridique très moderne...dont le contenu reste assez flou et les fonctions sont multiples. Il est dès lors examiné par rapport à tel point précis ou expliqué par la jurisprudence plutôt que véritablement expliqué de manière systématique. Abstrait, il doit permettre au droit de s'adapter aux exigences concrètes de la vie* »<sup>414</sup>.

---

<sup>411</sup> Un seul État a exprimé son regret par rapport à la portée imprécise de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant c'est le Venezuela, en jugeant le concept de Flou, sans succès à convaincre les autres États de modifier cette imprécision, il rejoint le consensus de la version actuelle du texte.

<sup>412</sup> C. Brunetti-Pons, « l'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », RLDC 2011, n° 87, P.29 ; A Tribes, le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, thèse, dactyl, 1975, P.10.

<sup>413</sup> Pierre VERDIER, « de l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », *Enfances & PSY* 2009/2, n° 43, P.87.

<sup>414</sup> Jean ZERMATTEN, op. cit., p4.

Une ambivalence qui se manifeste sous différentes formes, d'abord dans les divergences retenues entre les deux versions de la convention : Anglaise et Française. En effet, la version anglaise évoque « *the best interests of child* » c'est-à-dire « les meilleurs intérêts » de l'enfant, alors que dans la version française les intérêts sont passés du pluriel au singulier soit l'intérêt de l'enfant, pour le professeur Claire NEIRINCK cette « *singularité de l'intérêt est en réalité inexistante puisqu'il n'existe pas un seul intérêt de l'enfant mais de multiples intérêts notamment : matériel, affectif, psychologique, immédiat, et futur... conformément aux articles 3-2 et 3-3 de la CIDE qui confirment la priorité de la protection et des soins nécessaires au bien-être de l'enfant* »<sup>415</sup>.

**338.** S'ajoute à cela la traduction du terme « *best* » par « supérieur » qui vient confirmer le caractère hiérarchique de cet intérêt, une hiérarchie inexistante dans la version anglaise qui s'impose dans la version française du texte qui est celle de la priorité de l'intérêt de l'enfant sur toutes les autres considérations<sup>416</sup>.

Cependant, de nombreux auteurs mettent en garde sur la considération de la supériorité de l'intérêt de l'enfant notamment Pierre VERDIER qui considère que la CIDE ne dit pas que l'intérêt de l'enfant est la seule considération mais en employant l'expression « Une considération primordiale », le texte affirme que l'intérêt de l'enfant doit être une considération parmi d'autres. L'auteur se réfère à la généralité de certains articles appelés « *umbrella* » par les Italiens du fait qu'ils couvrent toutes les autres dispositions du texte international et il s'agit : de l'article 1 qui définit l'enfant, de l'article 2 qui affirme le principe d'égalité, de l'article 3 sur l'intérêt de l'enfant, l'article 5 sur la place des parents et l'article 12 sur le droit de l'enfant à l'expression<sup>417</sup>. En analysant ces articles, l'auteur affirme qu'ils sont articulés les uns les autres et que chaque article ne peut être lu sans l'autre, une réflexion qui permet de mettre la lumière sur la supériorité de l'intérêt de l'enfant en affirmant que le terme supérieur ne peut être l'unique considération, et qu'il est obligatoire de lire l'ensemble de la convention afin de comprendre les principes du texte international<sup>418</sup>. Le même auteur considère que le fait de lire et d'analyser l'ensemble du texte en mettant en relation ses articles permet de comprendre la portée du terme *supérieur* qui ne signifie en aucun cas que l'intérêt de l'enfant doit être supérieur à tous les autres intérêts, ce qui placerait l'enfant dans la puissance totale. C'est une analyse à travers laquelle l'auteur refuse l'individualisation de l'enfant et la prise en considération de son intérêt doit être faite au même degré que les autres intérêts notamment ceux de la famille ou encore de la communauté<sup>419</sup>.

---

<sup>415</sup> Claire NEIRINCK, op. cit., p 27-28.

<sup>416</sup> Ibid, p28.

<sup>417</sup> Pierre VERDIER, Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant, JDJ-RAJS n°280-décembre 2008, p 35.

<sup>418</sup> IBID.

<sup>419</sup> Ibid.

Devant la complexité de définir la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, surgissent d'autres problématiques notamment celles de savoir si l'intérêt supérieur de l'enfant repose uniquement sur la notion d'« intérêt » qui est considérée comme une notion à contenu variable ou si elle peut se manifester à travers d'autres éléments notamment ses besoins ou son bien-être.

**339.** En effet, afin de délimiter la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, il est tout d'abord important de distinguer entre l'intérêt et les besoins de l'enfant, une assimilation qui semble être difficile à effectuer puisque l'intérêt de l'enfant ne peut pas reposer uniquement sur ses besoins, ces derniers qui généralement font référence à des considérations matérielles, puisque le terme « besoin » se réfère automatiquement aux besoins économiques de l'enfant. Or évoquer l'intérêt de l'enfant ne traduit pas seulement son besoin économique mais englobe un nombre d'intérêts qui dépassent le caractère matériel du terme besoin<sup>420</sup>.

**340.** Ainsi, le contenu de la notion du bien-être de l'enfant semble plus proche à celui de l'intérêt de l'enfant étant donné que le bien-être de l'enfant peut être défini comme la réalisation des droits de l'enfant et la concrétisation de la possibilité offerte à chaque enfant d'être tout ce qu'il peut être, il désigne ce qui peut satisfaire l'enfant. Une définition qui participe à éclaircir le contenu de la notion de l'intérêt de l'enfant qui se définit comme « ce qui réclame le bien de l'enfant »<sup>421</sup>, ce qui nous incite à comprendre que la recherche de l'intérêt de l'enfant peut inclure son bien-être.

**341.** Dans la convention internationale des droits de l'enfant, l'expression bien-être figure dans de nombreux articles qui visent à mettre en évidence le besoin de protéger l'enfant. Une référence qui se manifeste d'abord dans le préambule de la CIDE qui évoque le rôle de la famille comme étant « *le noyau de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres* » ou encore en prévoyant dans l'article 3-2 le rôle des États parties de garantir à l'enfant « la protection et les soins nécessaires à son bien-être ». Pour Jean ZERMATTEN l'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique élaboré par la CIDE dont la finalité est d'atteindre le bien-être de l'enfant, ce dernier qui est considéré comme étant un état idéal visé par le texte international<sup>422</sup>. C'est-à-dire que la recherche du bien-être de l'enfant représente le symbole de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le texte international<sup>423</sup>.

Ainsi, la référence au bien-être de l'enfant renvoie à l'un des objectifs principaux de la CIDE qui consiste à garantir à l'enfant un bien-être qui comporte différents échelons notamment : le bien-être moral, physique et social<sup>424</sup>. Une distinction qui semble importante puisqu'elle permet de mettre la lumière sur la différence de fond des deux notions. D'abord celle du bien-être de l'enfant qui renvoie à la recherche de son bien-être dans une situation concrète notamment dans l'ensemble des échelons précités.

---

<sup>420</sup> Gwenaëlle HUBERT-DIAS, op. cit, p50.

<sup>421</sup> G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd, 2011.

<sup>422</sup> Id, ibid.

<sup>423</sup> C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ? », RLDC2011 ? n°87, p27 et suivant.

<sup>424</sup> Ibid.

Puis celle de l'intérêt de l'enfant qui représente le noyau de l'émergence de l'expression de l'intérêt supérieur de l'enfant qui renvoie à un principe fondamental de la CIDE, une référence qui reflète son importance et qui permet à cette notion d'être à la fois un élément et un objectif. Cependant, malgré cette association évidente, il arrive dans certains cas que les deux notions soient dissociées, notamment lorsque la recherche du bien-être de l'enfant est couverte de son intérêt supérieur « *fonde une exception à un droit de l'enfant ou à un principe de la CIDE* »<sup>425</sup>.

342. De cela, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant paraît revêtir une dimension générale variable, cependant avec la multiplication de son application d'une manière concrète la notion s'est enrichie avec d'autres intérêts particuliers qui permettent la lecture de l'intérêt supérieur de l'enfant et sa caractérisation, ainsi l'intérêt général représente un principe directeur alors que l'intérêt particulier incarne un principe-outil. En effet, depuis la prise en compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme une référence dans le fondement des décisions, différents échelons de l'intérêt supérieur se sont dégagés. Il est la question des niveaux de contenu de la notion qui peuvent être d'ordre temporel, situationnel puis substantiel. En effet, bien que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant soit une notion abstraite, ces éléments participent clairement à la prise en compte de la personne de l'enfant dans de nombreuses situations, et ils sont définis comme suit :

- 1- Un contenu d'ordre temporel, qui permet de différencier entre l'intérêt actuel et l'intérêt futur de l'enfant, une différenciation exprimait bien avant l'adoption de la CIDE par le doyen Carbonnier qui considérait que « ce n'est pas au surplus son intérêt de l'instant présent, c'est bien plutôt son intérêt à venir, son intérêt d'Homme dans un futur déterminé »<sup>426</sup>. Ainsi, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être faite sur la base d'une appréciation et d'une évaluation de son entourage familial et de son évolution tout en tenant compte de l'intérêt futur de l'enfant afin de lui garantir une protection durant toute son enfance.
- 2- La prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, impose aussi une référence à l'intérêt ancien et actuel de l'enfant, en tenant compte de son histoire afin de répondre à ses besoins actuels.
- 3- L'intérêt actuel fait aussi partie des intérêts qualifiés d'urgent puisque ce dernier fait référence à la décision qui doit être prise au moment même.

---

<sup>425</sup> Id, *ibid*, p27 et suivant.

<sup>426</sup> Jean. Carbonnier, *Droit civil, la famille, les incapacités*, presses Universitaires de France, t, 2, 1969, p.370.

D'autres niveaux font référence à l'ordre situationnel de l'enfant, en effet l'intérêt supérieur de ce dernier peut être dégagé selon de nombreux éléments :

- 1- L'intérêt supérieur de l'enfant doit aussi prendre en considération la situation familiale de l'enfant afin que ce dernier trouve un équilibre entre son développement personnel et celui familial. Par ailleurs, il ne s'agit pas de prendre en considération l'intérêt de la famille mais celui de l'enfant dans l'ensemble de la sphère familiale.
- 2- Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant doit aussi répondre aux critères qui visent son environnement, ce dernier qui est devenu un élément principal de caractérisation de la notion.

**343.** Dans le même ordre d'idée, s'y ajoutent des niveaux d'ordre substantiel que nous allons développer plus loin et qui se manifestent dans : le bien-être physique, intellectuel ou psychique, un ensemble d'éléments qui doivent être spécifiquement protégés. De cela, il semble évident que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant demeure abstraite et générale, cependant elle peut être précisée et clarifiée à travers les éléments spécifiques qui permettent de contourner et de délimiter la notion selon les situations de l'enfant. Tout de même il semble primordial de comprendre la portée de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui bien qu'elle soit définie sous un nombre d'éléments qui visent à délimiter ses fonctions, demeure vaste et imprécise. En effet, l'imprécision de la définition est due principalement au croisement de nombreuses disciplines dont le droit, la sociologie et la psychologie.

**344.** Pour comprendre ce point de vue, il y a de nombreux exemples qui illustrent les conséquences de ce croisement, par exemple la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'adoption, qui, en droit, garde un caractère juridique puisque la procédure de cette institution représente un élément de protection pour l'enfant adopté en lui accordant des droits et des obligations à travers le statut qu'il acquiert.

**345.** Sur le plan sociologique, le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant acquiert aussi une grande importance étant donné que le concept lui-même renvoie souvent à des faits sociaux notamment dans notre exemple présenté, il s'agit de se demander si l'adoption répond pleinement à l'intérêt supérieur de l'enfant et si les lois qui permettent cette adoption sont assez évoluées afin de répondre à cet intérêt. Enfin sur le plan psychologique, il convient d'évoquer la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant sur un plan plus individuel qui renvoie au bien-être moral de l'enfant et à son développement personnel et à la construction de son identité. En outre, certains de ces éléments peuvent être considérés comme étant des dimensions psychosociales puisqu'elles peuvent renvoyer directement aux différentes situations auxquelles l'enfant peut être confronté dans son entourage ainsi qu'au niveau psychoaffectif, c'est-à-dire le développement de sa relation avec lui-même<sup>427</sup>.

---

<sup>427</sup>Mustapha ZARROUKI, op, cit, p 40 -41.

Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant demeure une notion qui se présente principalement comme fonctionnelle, puisqu'elle représente un caractère classique que nous avons déjà présenté plus haut, notamment celui du contrôle et de solution. Par ailleurs, son internationalisation a fait de ce concept un instrument universel qui vise à instaurer une idéologie protectrice des droits de l'enfant afin que ce dernier soit protégé d'abord par les instruments internationaux qui ensuite peuvent influencer les systèmes juridiques nationaux.

**346.** Dans le même ordre d'idées, il est important de préciser le rôle de la CIDE et de l'internationalisation du concept de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers la convention internationale des droits de l'enfant qui malgré l'absence d'une définition explicite de la notion et la difficulté rajoutée par le terme supérieur, met en évidence l'obligation d'une prise en considération de l'ensemble des droits énoncés par le texte international qui portent sur toutes les questions qui garantissent cet intérêt notamment : le bien-être matériel et moral de l'enfant.

**347.** De plus, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant peut aussi revêtir un caractère subjectif, en effet, la subjectivité de la notion peut être étudiée en au moins deux niveaux. Dans un premier temps, la notion peut faire référence à une subjectivité collective qui renvoie au rôle de la société et aux règles mises en place par ce dernier vis-à-vis une d'une pratique ou d'une situation précise en prenant en considération la vision sociale et politique de chaque état. Dans un second temps, la notion peut aussi revêtir un caractère personnel de la subjectivité qui peut être appliquée aux parents et à l'enfant. En effet, la subjectivité personnelle des parents se manifeste lorsque ces derniers utilisent la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de quelques procédures qui les concernent notamment en cas de divorce, afin de renoncer à cette procédure.

**348.** En outre, la subjectivité personnelle de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est clairement liée à celle de la personne de l'enfant, une liaison directe qui se manifeste à travers la prise en compte de l'avis ou du souhait de l'enfant lui-même sur les questions qui le concernent, ce qui accorde à cette subjectivité une légitimité étant donné que l'objectif recherché même par la notion est de répondre aux besoins et aux satisfactions personnels de l'enfant. Ainsi, la difficulté réside dans la conciliation entre tous les types de subjectivités par le juge qui est censé trouver l'équilibre dans chaque litige afin de rendre la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant réalisable et utile dans le cadre de la protection des droits de l'enfant.

***B - La difficulté d'accorder une définition unanime de la Maslaha en droit musulman (divergence de Maslaha), ou un concept conflictuel.***

349. Définir le concept de l'intérêt et de la *Maslaha* en droit musulman demeure une question complexe, malgré les efforts fournis par les juristes musulmans afin de présenter un grand nombre d'éléments qui permettent de fournir une définition claire et explicite pour toutes les situations existantes. En effet, la divergence entre les quatre écoles représente l'une des raisons fondamentales de cette difficulté, nonobstant le fait que cette divergence soit considérée par les juristes comme superficielle et qu'elle ne porte que sur quelques sujets sans pour autant affecter la vision unanime et l'unité de la communauté musulmane. Il est évident que la définition du concept de *la Maslaha* fasse partie des sujets dont la référence générale du Coran et de la Sunna n'est pas assez suffisante afin d'apporter une définition unanime au concept, ce qui a suscité le recours à d'autres sources telles que le *Fiqh*, afin d'y apporter des réponses.

350. Évoquer la divergence des quatre écoles sur la définition du concept de la *Maslaha*, renvoie directement à la classification de ses différents types, dont certains sont acceptés de manière unanime et d'autres sont sujets de désaccord. En effet, pour comprendre l'origine de cette divergence et les conséquences qu'elle engendre dans la définition de *la Maslaha* dans des situations spécifiques, il semble important de présenter les principaux types de *la Maslaha* dans *Le droit musulman (charia)*. Ce dernier englobe trois principaux types de *la Maslaha*, notamment :

- 1- *la Maslaha* reconnue
- 2- *la Maslaha* annulée
- 3- *la Maslaha* absolue

En ce qui concerne le premier type de *Maslaha*, il se définit comme étant l'intérêt qui a été prouvé par un texte religieux (*Nass*) ou par le consensus des érudits (*Ijma'a*) ou encore par une preuve qui est considérée comme pertinente (*Dalil*), sur lequel une décision peut être fondée et prise. Les théoriciens du droit sont susceptibles de l'appeler (*Al-maslaha al-mu'tabara*), de même que les savants qui prennent en considération l'analogie (*Qiyas*) comme un moyen de preuve, s'accordant pour affirmer que ce type de *Maslaha* peut être utilisé comme une cause légale (*Illa*) afin de prendre des décisions qui garantissent une quelconque *Maslaha* de la communauté. En outre, ce type de *Maslaha* comprend toutes les formes des intérêts pour lesquelles les règles de la charia ont été établies. À travers ce type de *Maslaha* appelée *reconnu*, l'analogie s'est introduite comme étant un élément de preuve, tout en respectant les règles de la charia et en comprenant la parole divine, ce qui permet une application plus large et dans les nouvelles situations une fois <sup>428</sup>.

---

<sup>428</sup> Ramadan ABD-AL-WADUD-AL-LAKHMI, *Al-ta'il bi al-maslaha inda al-Usuliyin*, 1ère éd., Cairo, Dar al-Huda, p. 150-1, (en langue anglaise).

**351.** De plus, l'adhésion à ce type de *Maslaha* est considérée dans les textes principaux comme une obligation qui doit être respectée et dont la justification est apparente et explicite par rapport au sujet de la *Maslaha*, ce qui apporte une justification que tout ce qui est donné par la charia est une *Maslaha* pour l'humanité. Or le législateur divin souligne le fait suivant: « *il se peut que vous ayez de l'aversion pour une chose alors qu'elle vous est un bien. Et il se peut que vous aimiez une chose alors qu'elle est mauvaise. C'est Dieu qui sait, alors que vous ne savez pas* »<sup>429</sup>. Ainsi, IBN TAYMIYA précise qu'un croyant devrait savoir que ce qui lui a été commandé de faire à travers la charia est une *Maslaha* pure, que ce qui lui a été interdit représente une pure *Mafsada*, et que le créateur ne commande pas aux gens de faire une chose si elle n'est pas nécessaire en cherchant ce qui est meilleur pour eux et en les éloignant de ce qui semble mauvais.

**352.** Ensuite, il y a l'intérêt ou le bénéfice annulé (*Maslaha Mulghah*) qui se définit comme étant une *Maslaha* que le législateur a considérée comme nulle. Les théoriciens du droit musulman appellent ce type (*Al-Maslaha al-mulgha*) ou *attribut approprié annulé* ; les spécialistes conviennent que ce type de *Maslaha* ne peut point être utilisé comme preuve ou comme base afin de rendre des décisions. Une définition qui s'appuie sur le principe que le législateur divin n'annule pas une *Maslaha* particulière, sauf si elle entraîne la perte d'une grande *Maslaha* ou provoque une *Mafsada*. Sur ce sujet, AL-SHATIBI dit : « *il n'y a aucun moyen d'accepter ce que la charia a rejeté (...) selon nous, la Maslaha apporte des avantages et en prévient des dommages d'une manière que l'esprit d'un musulman la refuse* »<sup>430</sup>. Ainsi, selon cette interprétation, si un objectif spécifique est connu pour contredire les objectifs reconnus par la charia, la règle impose son annulation.

**353.** De nombreux exemples démontrent l'application de ce type de *Maslaha*, notamment la question de l'héritage en droit musulman qui ne permet pas une égalité d'héritage entre hommes et femmes, bien qu'ils soient considérés égaux dans leur création, leur affiliation aux parents et leurs relations familiales. En effet, dans ce sens, le divin a fait en sorte que la *Maslaha* dans cette égalité soit annulée et que la femme hérite deux fois moins que l'homme afin que l'héritage corresponde et réponde à la responsabilité de l'homme puisqu'il est tenu par l'obligation de subvenir aux besoins de sa famille.

**354.** Pour finir, il y a l'intérêt indéterminé (*Al-maslaha AL-MURSALA*) qui est un intérêt qui n'a été ni reconnu ni rejeté par les règles de la charia grâce à une preuve particulière tirée d'un texte consensuel ou d'une analogie. Ce type de *Maslaha* est appelé ainsi (*Maslaha Mursala*) car il est non limité par une preuve particulière qui l'indique comme étant reconnu ou rejeté ; c'est la description qui convient pour toute décision dont le législateur divin et les théoriciens du droit n'ont ni reconnu ni annulé de n'importe quelle manière une telle *Maslaha*, donc ce type de *Maslaha* demeure sans examen textuel explicite mais il se présente comme étant un objectif du législateur à travers les indications tirées du Coran et de la Sunna.

---

<sup>429</sup> Coran, Sourate 2, Verset 216.

<sup>430</sup> *Ibid.*

De plus, cette *Maslaha* considérée comme illimitée peut être définie comme un objectif approprié qui, bien que textuellement ne possédant pas de référence, il peut être considéré comme étant un objectif du législateur divin qui dans l'ensemble de ses paroles vise à sécuriser et assurer *la Maslaha*, tout en empêchant la *Mafsada*.

**355.** En outre, la définition la plus complète de ce type de *Maslaha* est celle présentée par les grands théoriciens tel que AL- GHAZALI, AL-SHATIBI et ABU-ZAHRA qui dans l'ensemble de leurs travaux, présentent la *Maslaha* comme étant un intérêt soutenu par la charia et ne représentant pas d'indications contraires à cet intérêt ou à ce bénéfice. Quant à la question de savoir si cet intérêt est reconnu ou rejeté, cette définition a rejeté à la fois le bénéfice imaginaire et le bénéfice étrange. Ce dernier peut être reconnu rationnellement sans qu'il soit rejeté par la charia mais peut être également incompatible avec les objectifs de cette dernière. Cette définition de la *Maslaha* a exclu les deux autres types du concept notamment celui de l'intérêt considéré et de l'intérêt annulé qui peuvent être basés sur des indicateurs particuliers dont, un texte, un consensus ou encore une analogie, une définition qui se présente comme celle adaptée uniquement à un intérêt illimité<sup>431</sup>.

**356.** Il est également important de noter que les théoriciens musulmans utilisent plusieurs termes numériques comme noms pour intituler la *Maslaha* illimitée qui, dans une large mesure, tourne autour de significations identiques ou similaires telles que, Al-istislah, Al-istidlal, Al-mursal et Al-mursal almunassib. Ainsi, il semble utile de définir *l'approprié* (al-munassib) dans le contexte de l'intérêt sans restriction. L'approprié est celui qui, une fois que la décision ait été fondée sur certaines caractéristiques, elle aboutit à un intérêt recherché par le législateur divin, ou à la prévention de ce qui est nocif (*Mafsada*) que le divin souhaite empêcher. En d'autres termes, établir une *Maslaha* sans que cela soit indiqué dans un texte est un approprié (*Munassib*) que la charia n'a ni reconnu ni rejeté.

**357.** Dans ce sens, AL-TUFI déclare que : « *La définition de l'approprié (Al-munassib) n'est pas acceptée par tous les spécialistes et les savants. Par ailleurs, il semble important de mettre fin à ces divergences puisque la question de l'approprié est une base d'existence (...)* »<sup>432</sup>.

**358.** En outre, l'approprié (*Al-munassib*) est dérivé du mot arabe *Nassab* qui signifie parenté ; une référence qui représente le lien commun entre les individus de même parenté tels que des frères, des cousins, etc. Pour être nommé en tant que tel, il en va de même en ce qui concerne la description d'un approprié (*Munassib*) qu'il soit lié à la *Maslaha* correspondante par un lien rationnel. En d'autres termes, la description de l'approprié est celui après lequel un intérêt (*Maslaha*) devrait se produire en raison du lien rationnel entre les deux.

---

<sup>431</sup> AL-DARWISH, *Al-masalih al mursala*, p. 19.

<sup>432</sup> Abdul Aziz BIN SATTAM, Muhammad A. S. ABDEL HALEEM, *Sharia and the concept of benefit, the use and function of Maslaha in islamic jurisprudence, op. cit.*, p. 35.

Autrement dit quand l'esprit sain rencontre l'approprié, il est capable de comprendre qu'il mène à un intérêt approprié, où par exemple la raison humaine réalise que l'interdiction des substances intoxicantes conduit à l'intérêt de protéger la raison contre le désordre. De plus, dans le sens de cette vision, il est reconnu que les esprits sains reconnaissent que les peines de représailles (Qisas) prescrites doivent permettre d'atteindre l'intérêt de la protection de la vie. Dans ce sens AL-AMIDI exprime son opinion en se basant sur ABU-ZAYD qui définit l'approprié comme celui qui lorsqu'il se présente à l'esprit est automatiquement accepté. De plus, il en déduit qu'il n'est pas possible de l'utiliser comme argument de débat sans garder à l'esprit la possibilité que l'adversaire puisse exprimer le refus de son esprit de ce qui est approprié.

**359.** Il est aussi mentionné sur l'approprié qu'il est simplement une description claire et précise qui, en fondant la décision sur celle-ci, conduit par défaut à ce qui convient à l'objectif de Dieu de réaliser ou de maximiser un intérêt (*une Maslaha*) ou d'empêcher et de minimiser ce qui est nocif (*Mafsada*) ; cela s'applique sur la vie actuelle et sur celle qui arrive d'une manière qui peut être bien prouvée que seul un prévaricateur la reconnaîtra. En effet, cette dernière définit d'une manière précise et adaptée à ce qui est approprié (le *Munassib*) et réalise l'origine et la base du concept de l'intérêt (*La Maslaha*) qui s'applique à de nombreux exemples dans la religion musulmane, notamment l'interdiction de l'alcool ou encore les peines de représailles sans prendre en considération leurs degrés. Ainsi, il semble évident que la définition de l'approprié constitue la base et l'accomplissement de l'intérêt ou la prévention d'une chose nocive.

**360.** D'autres auteurs confirment cette position en affirmant que l'approprier (Al-munassib) est ce qui, après avoir établi la décision, conduit à ce que les esprits sains jugent bénéfique dans cette vie, dans la préservation de la vie et l'augmentation de la richesse ainsi que la protection de la foi et la religion et puis celle de l'au-delà dans l'obtention des récompenses divines et le rejet du châtement.

**361.** Ainsi, l'intérêt approprié (*Maslaha Mursala*) existe lorsqu'il existe un sens qui correspond rationnellement à une décision qui lui convient sans pour autant qu'il y ait une preuve explicite ou convenue que ce soit dans le Coran ou dans la charia pour apporter une réponse. IBN BURHAN a déclaré que c'est ce qui ne répond pas d'éléments de preuve (textuels) de base, qu'ils soient généraux ou particuliers. Dans le même sens AL-SHATIBI, le définit comme l'élaboration d'une décision sur un sujet pour lequel il n'existe pas de décision antérieure ni de précédent à l'appui ; il exprime cependant, qu'un tel exercice est en accord avec la règle générale et s'inscrit dans les principes de la charia même dans l'absence de principes spécifiques pour en attester. Il ajoute aussi que la *Maslaha* illimitée est une question sur laquelle il n'existe pas de décisions préalables et rien à l'époque du prophète qui exige l'introduction d'une décision. Il affirme qu'« il n'est pas probable qu'une action existe pour exister, de manière à exiger une décision, mais que l'action naît plus tard, puis une décision supplémentaire conforme à celle de la charia dans des décisions similaires sont refusées.

**362.** Tout en représentant une source d'action de la charia car elle est fondée sur l'approbation de preuves de la charia islamique telles qu'elles sont détaillées dans la théorie juridique islamique ; par ailleurs, l'auteur insiste sur l'objectif de ne pas considérer la *Maslaha* illimitée comme une innovation religieuse (*Bid'a*) »<sup>433</sup>.

**363.** Ce dernier type d'intérêt (*Maslaha Mursala*) est considéré par les plus modérés comme celui qui correspond le plus à l'évolution des sociétés et sur toutes les circonstances sur lesquels les textes ne fournissent aucune preuve ou indication alors qu'ils figurent dans les éléments qui font référence à l'intérêt général. Les défenseurs de cette position font référence à de nouvelles obligations ou exigences comme le contrat de mariage qui devient une exigence écrite représentant la seule preuve de la validité du mariage. Ou encore le contrat de vente qui doit être enregistré auprès des autorités étatiques afin de garantir aux deux parties leurs droits. Ainsi, à travers ces exemples qui ne figurent pas dans les textes et qui ne sont ni approuvés ni désapprouvés par la religion, les spécialistes ont pu argumenter la validité de ce type d'intérêt<sup>434</sup>.

**364.** Par ailleurs, malgré la divergence des savants (*Oulama*) sur le concept de l'intérêt (*Al-Maslaha*), la majorité s'est mise d'accord sur le constat que l'intérêt général indéterminé (*Maslaha mursala*) peut être considéré comme une base valide sur laquelle les juristes peuvent légiférer. En effet, ils jugent légitime qu'en absence de preuves dans les sources principales du droit musulman qui sont, le texte coranique, la Sunna, le consensus, le raisonnement analogique ou encore le choix référentiel sur une situation quelconque, l'intérêt général indéterminé doit faire l'objet d'un examen afin d'apporter une réponse à chaque situation. De plus, l'examen mené sur ce type d'intérêt peut être fait sans recours ou indications sur le sujet, et le besoin d'une réponse peut être considéré comme une prescription, une position basée aussi sur deux principaux arguments qui sont :

**365.** D'une part, l'évolution sociale et le changement des mœurs d'une époque à une autre qui imposent l'élaboration de nouvelles règles afin de répondre aux besoins qui peuvent faciliter la vie aux musulmans et les aider à éviter de commettre les péchés. Ainsi, dans l'absence de cette évolution, de nombreuses questions resteront sans réponse de réglementation ce qui oblige les juristes de faire évoluer les règles du droit musulman conjointement avec l'évolution de la vie et de la société.

**366.** D'autre part, la référence des juristes aux efforts fournis par les compagnons du prophète qui se sont trouvés confrontés à de nombreuses situations auxquelles les textes n'apportaient aucune réponse où ils ont fait preuve d'un grand effort de réflexion en introduisant plusieurs règles pratiques afin de servir l'intérêt général de la communauté musulmane sans pour autant trouver un texte ou une preuve sur ces sujets.

---

<sup>433</sup> Imam abou ishak -AL SHATIBI, AL-MUWAFQAT, Vol. 3, p. 74.

<sup>434</sup> Claude DABBAK, Asmaa GODEN et Mehrezia LABIDI MAIZA, Les fondements du droit musulman, éd. AL QALAM, Paris, 1997, p. 120.

De nombreux exemples sont exposés par les grands jurisconsultes notamment : « *ABOU BAKR*<sup>435</sup> qui rassembla les différents manuscrits du Coran, déclara la guerre aux musulmans qui refusaient de payer la Zakat, nomma Omar comme son successeur. Ce dernier mettra aussi en place quelques règles dont la validation du divorce prononcé trois fois de suite ; suspendit l'application du châtement qui consistait à couper la main au voleur pendant l'année de la disette en ayant recours aux prisons. Quant au troisième calife Othman, il unifia les musulmans dans une lecture unifiée qui a fait l'objet d'une unanimité authentique et donna une part d'héritage à la femme répudiée. Ainsi que Ali qui condamna les chiïtes extrémistes au bûcher »<sup>436</sup>.

**367.** De plus, les différents courants sunnites ont aussi suivi cette démarche de rechercher l'intérêt général indéterminé (*Maslaha Mursala*). En effet, les Hanafites ont imposé « l'interdiction judiciaire au Mufti aux mœurs dissolues, au médecin charlatan et au négociateur en faillite » ; les Malékites « consentent l'emprisonnement de l'accusé et de sa bastonnade lors de l'interrogatoire pour qu'il avoue son crime » ; les Chaféites « prononcent le châtement égal pour toutes les personnes qui participent à l'assassinat d'un seul individu »<sup>437</sup>. L'ensemble de ces exemples démontrent la prise en compte des oulémas de l'évolution sociale et juridique et de leur volonté d'apporter des réponses et de servir l'intérêt général de la société. En outre, les réformes ou modifications apportées par les oulémas ne se basent en aucun cas sur des preuves religieuses explicites.

**368.** À ce sujet AL-QARAFI dit que : « les compagnons du prophète prirent certaines mesures pour servir l'intérêt général des musulmans, parce que rien ne les interdisait et non parce que des preuves religieuses les justifiaient »<sup>438</sup>. En outre, le rôle des compagnons du prophète après la mort de ce dernier, représentaient un rôle politique très important qui visait la sauvegarde des intérêts des gens en préservant l'ensemble de la communauté de la corruption quand bien même ces mesures n'ont pas été mentionnées dans le Coran ou par le prophète.

À ce sujet IBN AQIL considère que : « celui qui prétend qu'il n'y a pas d'autres politiques que celle dictée explicitement par la charia se trompe et accuse les compagnons de s'être trompés dans leur façon de comprendre la législation islamique ».

**369.** Par ailleurs, bien que ce type d'intérêt fasse preuve d'une grande fonctionnalité en droit musulman, nombreux sont les Oulémas qui soutiennent une position contraire qui prive l'intérêt général indéterminé d'être considéré comme étant une source de droit en se basant sur le constat que celui-ci n'est ni approuvé ni désapprouvé par la religion. Ainsi, ils se basent sur deux principaux arguments :

---

<sup>435</sup> Abu Bakr AS SIDDIK est un compagnon du prophète Mohammed, devenu ensuite le premier Calife de l'islam avec le statut de dirigeant religieux politique et militaire.

<sup>436</sup> Les fondements du droit musulman, *op. cit.*, p. 121.

<sup>437</sup> *Ibid*, p. 122.

<sup>438</sup> *Id, ibid*, p. 122.

Tout d'abord que la charia soit considérée comme un champ complet qui répond à tous les besoins des Hommes à travers les règles édictées par le Coran et la sunna ainsi que le raisonnement analogique ; que le législateur suprême ait mis en place l'ensemble des règles qui permettent la préservation de l'intérêt de tous les Hommes en prenant en considération toutes les situations possibles auxquelles l'être humain peut être confronté. Par conséquent, cette position affirme l'impossibilité de prendre en considération une règle sans fondement religieux explicite et ainsi cet intérêt est clairement considéré comme fictif.

Ensuite, permettre le fondement des règles qui traitent l'intérêt général de la communauté sur un intérêt indéterminé de fondement inconnu peut engendrer la perte des musulmans s'ils sont gouvernés et guidés par des personnes incompétentes qui peuvent avoir des visions contraires à l'intérêt des Hommes et de la communauté. Ainsi, une interprétation de l'intérêt général est totalement refusée afin de limiter la divergence des opinions sur la détermination de l'intérêt.

**370.** Pour résumer le concept de l'intérêt général en droit musulman, il semble important de faire le point sur ces trois situations : soit cet intérêt servi est basé explicitement sur une preuve ou sur des circonstances adaptées pouvant justifier la base principale de l'adoption de cet intérêt par le législateur d'une façon directe ou indirecte. Soit l'intérêt servi est fondé sur une preuve qui interdit sa prise en compte et en conséquence ce dernier n'est plus considéré comme un intérêt servi à la communauté. Et enfin que cet intérêt ne soit ni approuvé ni invalidé par la religion, une situation qui permet une liberté d'interprétation de nombreuses situations pouvant faire l'objet d'un examen et d'une prescription afin de servir l'intérêt général. En outre, il importe de souligner que la définition du concept de l'intérêt en droit musulman permet, à travers sa réglementation, de répondre à de nombreuses situations.

**371.** Cependant, avec l'évolution des mœurs, de l'Homme et de la société en général, il semble difficile de se baser uniquement sur les règles existantes. À cet effet, il est évident que l'intérêt général indéterminé revête une grande importance afin que ce type d'intérêt permette l'évolution du droit musulman. Une position affirmée par, IBN AL-QAYYIM, l'un des plus grands jurisconsultes musulmans qui dit : « *Certains musulmans n'ont pas accordé une attention suffisante à l'intérêt général indéterminé, ils ont ainsi amputé la charia de sa capacité à répondre aux besoins des gens et se sont interdits de suivre des voies justes qui mènent à l'équité et à la justice. D'autres ont commis l'excès inverse en forgeant des lois en contradiction avec la loi divine et ont provoqué un mal considérable* »<sup>439</sup>.

---

<sup>439</sup> Les fondements du droit musulman, *op. cit.*, pp. 124-125.

372. D'autre part, il existe une thèse soutenue par un nombre restreint d'oulémas<sup>440</sup> qui jugent déplorable le fait que la majorité des *Fuqaha* ne se limitent pas uniquement au Coran et à la sunna dans la définition du concept de l'intérêt, mais incluent aussi les paroles des compagnons du prophète ainsi que les compagnons des compagnons (Tabi'in). Ils considèrent également que la majorité des juristes musulmans ne se soient pas focalisés sur la terminologie et le sens recherché par le Coran, le seul sens devant décliner de ce concept étant la recherche du bien, la réconciliation et l'avantage<sup>441</sup>.

Par ailleurs, Malgré l'existence de ces différents types d'intérêts, l'ensemble des courants ont accentué la réglementation spécifique et précise sur les éléments qui peuvent constituer l'intérêt général. En effet, ces règles sont au nombre de trois et se présentent comme suit :

- 1- Le concept de l'intérêt général (*Al-maslaha*) ne doit pas être en contradiction avec les textes de la charia. En effet, pour cette règle on évoque le cas de la création de la règle de droit (*L'ijtihad*)<sup>442</sup> qui ne peut être pris en considération sans que le savant qui exerce ce raisonnement personnel (*Al-mujtahid*) sache que cette *Maslaha* n'est pas contraire à la charia. Ainsi, cette connaissance peut avoir des degrés d'importance qui débutent du plus élevé qui est la connaissance de l'accord entre la nouvelle règle et les règles de la charia, passant par le degré moyen qui est la connaissance qu'il n'existe pas de contradiction avec la règle de la charia, et enfin le degré le plus bas qui est l'absence de connaissance de toute contradiction. De plus, il est considéré que le degré le plus élevé est celui de l'inexistence de preuve de contradiction entre la *Maslaha* et la *charia*.
- 2- La sécurisation d'un intérêt général (*Maslaha*) ne doit pas aboutir, de façon égale ou supérieure à quelque chose de nocif (*Mafsada*). La fonction de cette règle est de tester le résultat d'une action et de déterminer si cette dernière provoque et entraîne ultimement un intérêt général<sup>443</sup>.
- 3- L'intérêt général ne doit pas exclure un intérêt meilleur (*Maslaha Fudla*). En effet, à travers cette règle, le droit musulman exige de pouvoir distinguer les niveaux d'intérêt du plus grand au plus petit, tout en précisant que lorsque les deux ne peuvent pas être obtenus, acquérir le plus petit exclut le plus grand et inversement. Al-izz IBN ABD AL-SALAM, dit à ce propos : « Les gouvernements et leurs adjoints devraient agir en fonction de ce qui est le mieux pour le peuple, afin de prévenir les dommages et la corruption et d'assurer le bénéfique et la solidarité. Personne ne devrait se limiter à ce qui est bien lorsqu'il est capable de faire ce qui est mieux, à moins que cela ne cause beaucoup de

<sup>440</sup> Dans le même sens, même le traditionnaliste AL-TUFI proclamait clairement « la priorité de l'intérêt sur le texte », en précisant que l'interprétation correcte du texte ne pouvait en aucun cas contredire la *Maslaha* tout en justifiant sa référence avec un hadith « Ni préjudice contre soi ni action nuisible à autrui ».

<sup>441</sup> Gamal AL-BANNA, Vers une nouvelle jurisprudence islamique (compte rendu et traduction par Mona AKOURI), éd. Openedition journals, CEDEJ, 2000, pp. 14-15. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/ema/811>.

<sup>442</sup> L'ijtihad est une action pratiquée par Al-mujtahid qui est celui qui tente de diriger une règle existante dans la charia vers une nouvelle vision qui permet la création d'une nouvelle règle, sans pour autant perdre de vue l'ensemble des lois sacrées. Il se permet d'entrer intimement dans les lois du coran et de la sunna afin d'apporter une nouvelle règle qui peut résoudre une situation concrète.

<sup>443</sup> Cette règle consiste à ce que le savant qui entreprend l'action de la création de la règle de droit (Mujtahid) ne puisse se prononcer sur l'action d'une personne avant qu'il ait examiné le résultat final de cette action.

difficultés ; personne ne doit choisir ses actions en fonction de ce qu'il préfère mais de ce qui est bien pour la communauté »<sup>444</sup>.

La distinction entre le plus grand des intérêts et le plus petit est destinée à réaliser le plus grand et à abandonner le moins important. Par conséquent, la non-exclusion vise à assurer les intérêts les plus nombreux. Par exemple les juristes musulmans insistent sur le fait qu'il est interdit de laisser l'argent d'un orphelin sans l'investir, car il serait ainsi épuisé par le coût de la vie et ses devoirs de Zakat dans l'avenir. En outre, l'intérêt général ne doit en aucun cas exclure un intérêt meilleur ou supérieur et que la recherche de l'intérêt doit être faite de manière à augmenter l'intérêt au plus haut de ses degrés, dans le cadre du possible de chaque être humain comme le souligne le créateur qui dit : « Dieu n'impose à aucune âme une charge supérieure à sa capacité. Elle sera récompensée du bien qu'elle aura fait, punie du mal qu'elle aura fait... »<sup>445</sup>.

En effet, le Coran précise qu'il n'y a aucune obligation d'exiger ce qui est au-delà de ses capacités et l'objectif ultime demeure d'obtenir le meilleur intérêt pour chaque situation. Par ailleurs, la recherche du meilleur intérêt est clairement imprégnée par le sens religieux puisque de nombreux auteurs et juristes musulmans soulignent l'importance de cette recherche. IBN-TAYMIYYA estime que « ce qui est obligatoire dans la croyance est de suivre la meilleure de ces deux options : d'abord qu'il est interdit à quiconque de croire en un principe tout en estimant qu'un principe contraire est préférable ; et lorsqu'une personne a le choix entre deux actions, l'une étant meilleure que l'autre, il ne reste que la meilleure option, bien qu'il lui soit permis de faire la moindre option lorsque la meilleure n'est pas possible. Il devait toutefois croire que l'autre option est supérieure et l'aimer davantage, et c'est dans ce sens que se traduit l'idée de suivre ce qui est meilleur »<sup>446</sup>.

**373.** À travers l'ensemble des analyses et des définitions présentées, il semble évident que le modèle théorique du concept de l'intérêt (*Al-Maslaha*) en droit musulman est censé être un principe qui oriente les préférences et les actions des Hommes afin d'acquérir l'intérêt général. Cependant, il est et reste un des concepts qui suscitent le plus de divergence et de polémique sur sa définition parmi les chercheurs et les juristes. En effet, avec la divergence des visions entre traditionalistes qui fondent leurs réglementations sur une tradition jurisprudentielle basée sur les textes principaux dont le Coran et sunna et ensuite sur la conformité des textes, et les modernistes qui voient en ce concept une possibilité de réformer les règles de base afin qu'elles soient adaptées à la société d'aujourd'hui. L'une des plus grandes complexités de définir le concept de l'intérêt (*Al-maslaha*) est de penser et trouver l'équilibre entre la fonction objective de l'individu et celui de la société.

---

<sup>444</sup> IBN ABD AL-SALAM, *Al Qawa'id Alkubra*, Vol. 1., p. 75.

<sup>445</sup> Coran, Sourate 2, Verset 286.

<sup>446</sup> En langue anglaise.

En effet, la notion ou le concept de l'intérêt en droit musulman revêt un caractère plutôt standard et général qui ne représente aucune distinction entre le niveau individuel qui concerne chaque homme et le niveau collectif qui vise l'ensemble de la communauté. Ainsi, aucune divergence ne peut être faite entre les deux caractères.

**374.** La réglementation du concept de l'intérêt en droit musulman juge secondaire la distinction entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif dès lors que le comportement de chaque individu demeure approprié aux règles de la charia.

De plus, cette dernière accentue le rôle de ce principe qui représente la souveraineté divine, et affirme la supériorité hiérarchique de l'intérêt général et collectif sur l'intérêt individuel qui reste inférieur et secondaire en garantissant au domaine collectif de déterminer le dernier ressort de toute question qui touche le concept de l'intérêt<sup>447</sup>.

En effet, cette vision exige de chaque croyant un comportement idéal qui vise à rechercher l'équilibre entre la préférence de l'intérêt personnel et l'intérêt général qui fait partie des lois et de la morale religieuse. Cependant, la question qui se pose est celle de savoir si la mise en avant de l'intérêt collectif n'élimine pas l'intérêt individuel. La charia apporte clairement une réponse qui expose l'importance d'avantager l'intérêt collectif.

**375.** En effet, selon les règles de la charia il ne s'agit pas d'avantager un intérêt sur l'autre mais plutôt de configurer et de former une confiance réciproque sous la morale religieuse et sur ce que le divin a légitimé de façon à provoquer chez chaque individu la responsabilité de respecter l'intérêt individuel de l'autre et par conséquent celui de la communauté toute entière, ce qui permet le passage d'une obéissance de règles à une satisfaction morale et sociale<sup>448</sup>. En outre, la supériorité de l'intérêt général sur l'intérêt individuel en droit musulman se base sur une règle principale qui considère que le concept de l'intérêt est une finalité recherchée par la charia ce qui fait de ce concept un principe global qui concerne l'ensemble de la communauté. En effet, les finalités quêtées par le droit musulman (Maqasid al-charia) sont dérivées de deux mots principaux, le premier (Maqсад) qui signifie le but et le second qui fait référence à la loi islamique. Son objectif est de fixer le bien-être des individus et de la communauté tout en préservant les avantages et les facilités de l'amélioration de la qualité de la vie dont l'intérêt général présente un élément fondateur.

**376.** Par ailleurs, pour comprendre le rapport entre le concept de l'intérêt général et l'intérêt individuel, il semble important de faire référence à quelques principes de droit musulman auxquels nous avons déjà fait référence, notamment la place de la famille au sein de la société. En effet, la famille est considérée comme une « *institution fondamentale sur laquelle s'appuie toute activité qui tend à faire évoluer la société, ainsi que l'avenir des générations* »<sup>449</sup>. Elle est aussi « *le noyau de la communauté musulmane basée sur le lien du mariage et réglementée par la charia, cette dernière vise à protéger l'unité, l'honneur et la cohésion de cette famille dont toute atteinte est sanctionnée par le*

---

<sup>447</sup> Nouredine EL AOUI, Islam, institutions et développement, Revue Tiers Monde, n° 212, 2012, p. 110.

<sup>448</sup> *Ibid.*

<sup>449</sup> Bilal. OMOWAL et Andy THOMAS, La famille en islam, tiré du bulletin n° 12. Disponible sur : [www.aceiweb.org](http://www.aceiweb.org).

*droit pénal musulman afin d'exclure toute menace qui puisse perturber la santé, les mœurs ou les bons comportements des membres de la famille* »<sup>450</sup>. Ainsi, il semble évident que la pensée islamique dans l'ensemble de ses réglementations représente une vision spécifique de l'individu qui demeure selon elle attaché à la famille et au groupe auquel il appartient. Cette pensée islamique présente des principes religieux qui expriment la vocation spirituelle unitaire de la religion musulmane et l'objectif collectif de son message qui s'adresse souvent aux fidèles en tant qu'une unité sociale et humaine. Elle représente aussi une base d'un tout global et unique régissant la vie et les comportements quotidiens de tous les individus, en déterminant les rapports entre chaque individu envers son créateur mais aussi envers autrui, en imposant des obligations « *au musulman en sa triple qualité de croyant, d'Homme vivant en société et de citoyen de la grande communauté* »<sup>451</sup>.

377. L'ensemble de cette pensée, laisse comprendre qu'il semble difficile d'individualiser le concept de l'intérêt puisque ce dernier est fondé principalement sur le sens de la communauté et de l'intérêt général, ce qui met en difficulté la prise en considération de l'intérêt individuel de chaque musulman. Par ailleurs, cette analyse ne permet pas de négliger et de renier les règles mises en place d'abord par la révélation divine (Coran) puis par la sunna, qui permettent la codification des rapports entre les individus dans différentes situations, tout en précisant les droits et les obligations de chacun au sein de la famille ou de la société en général. Ainsi, la question qui se pose dans le cadre de notre étude de recherche est de savoir si cette réglementation est suffisante afin de garantir à chaque individu son intérêt individuel notamment celui de l'enfant au sein de sa famille. Est-ce que le droit musulman évoque l'intérêt individuel en tant que principe fondateur des droits de l'enfant ?

Évoquer les droits de l'enfant et la protection de ses intérêts c'est avant tout aborder l'institution familiale en droit musulman. En effet, cette dernière est considérée par le spécialiste François PAUL-BLANC comme étant « *une institution qui est en rapport étroit avec la religion et la morale. Or, le domaine de la morale est plus vaste que celui du droit. On figure parfois cette situation par deux cercles, celui du droit étant inscrit dans celui de la religion et de la morale* »<sup>452</sup>. À partir de cette référence, il est évident que la considération des droits de l'enfant et de ses intérêts garde un caractère principalement religieux et moral, puisque la perception musulmane conserve la place principale au couple et à la communauté. Ainsi, l'attachement de l'enfant à sa famille et à sa communauté demeure la référence à l'équilibre religieux, moral et social. C'est pour cela qu'il semble difficile d'évoquer l'individualisation de l'enfant et de ses droits ainsi que son intérêt individuel, puisque bien qu'il soit recherché, ce dernier doit absolument répondre aux normes religieuses et au respect des règles imposés sur l'ensemble de la communauté.

---

<sup>450</sup> Mohammed Amin ALMIDANI, Le regard de l'islam sur la famille, Revue de philosophie de droit international et de la politique globale. Disponible sur : <https://www.juragentium.org/topics/women/fr/almidani.htm>.

<sup>451</sup> Abderrahim LAMCHICHI, Le concept de solidarité en islam, centre de recherche de l'Université d'Amiens.

<sup>452</sup> Louis MILLIOT, François PAUL-BLANC, Introduction à l'étude du droit musulman, 2ème éd., Sirey, Paris, 1987, p. 256.

**378.** Bien que le droit musulman ait mis en place un nombre d'éléments qui permettent de définir le concept de l'intérêt général (*Maslaha*), afin de réglementer et de garantir la protection des droits de chaque individu au sein de la communauté, il semble si étrange dans cette perspective d'évoquer l'intérêt individuel de l'enfant au sens occidental ou moderne du terme. En effet, le droit musulman ne définit pas le concept de l'intérêt individuel ou celui d'un seul membre de la société, en l'occurrence celui de l'enfant.

Dans l'absence d'une référence explicite du concept de l'intérêt individuel en droit musulman, les juristes jugent secondaire de développer le concept de l'intérêt de l'enfant et encore plus celui de son intérêt supérieur puisque ce dernier occupe déjà une place importante dans l'ensemble de la réglementation islamique notamment celle du Coran et de la Sunna (d'une manière générale). Toutefois, l'ensemble des juristes musulmans estiment que la réglementation de la charia en matière de la protection des droits de l'enfant est suffisante, en affirmant que l'ensemble de ses règles répondent aux besoins principaux de l'enfant ce qui mène automatiquement à la protection de son intérêt tout en examinant et en conservant la référence de l'intérêt général de la société. En effet, le droit musulman trace l'image du concept de l'intérêt de l'enfant à travers des règles qui régissent un ensemble d'institutions à partir de la naissance jusqu'à l'âge adulte en évoquant les droits de l'enfant, ses devoirs ainsi que son bien-être moral et matériel.

Pour résumer le concept de l'intérêt en droit musulman, il semble évident que la (*Maslaha*) puisse être définie à travers les éléments mis en place par la charia. Par ailleurs, la définition de l'intérêt tel qu'il est reconnu en droit musulman ne permet pas d'individualiser le concept, puisque ce dernier revêt un cadre général qui empêche l'attribution de ce concept à un seul individu, en l'occurrence l'enfant.

**379.** Ainsi, partant de ce constat, de nombreuses problématiques se posent aux pays qui se réfèrent au droit musulman en matière familiale, notamment le Maroc, à savoir : la réglementation des droits de l'enfant en droit musulman permet-elle concrètement la garantie de l'intérêt de l'enfant tel qu'il est reconnu aujourd'hui ? Est-ce que la combinaison de deux sources différentes notamment le droit musulman et le droit positif ne crée-t-elle pas des contradictions dans les lois nationales ? Cependant, pour répondre à ces questions, il nous semble logique et important de présenter les difficultés auxquelles la définition et la limitation du concept de l'intérêt de l'enfant font face même dans le cadre international qui se manifeste dans la Convention internationale des droits de l'enfant. Cette référence semble principale puisqu'elle représente un fondement majeur dans la réglementation des droits de l'enfant dans les deux systèmes juridiques que nous étudions, que ce soit marocain ou français.

## **Section 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant, un accélérateur de la protection des droits de l'enfant.**

**380.** L'intérêt supérieur de l'enfant est l'une des notions les plus novatrices de l'histoire des droits de l'enfant. Ses effets ont influencé des niveaux multidisciplinaires et ont réussi à réformer et établir un grand nombre de lois dans l'objectif de protéger l'enfant dans tous les sujets le concernant. Malgré son indétermination explicite et son caractère flou, les nombreuses études portant sur la notion affirment son rôle novateur et sa richesse qui permettent « *une grande flexibilité et sa dimension universelle* »<sup>453</sup>. En effet, le passage de l'enfant d'un objet de droit à un sujet de droit a aussi permis l'évolution de la notion de l'intérêt de l'enfant ce qui a forcé le passage de l'intérêt pour l'enfant à l'intérêt de l'enfant puis à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'ensemble de ces étapes a accordé à la notion de l'intérêt de l'enfant un caractère libérateur à ce dernier dans l'objectif de le protéger contre toute atteinte à ses droits.

**381.** L'intégration de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est explicitement exprimée, que ce soit dans le cadre national ou international, dans l'objectif de fonder un principe d'interprétation qui peut être employé dans toutes les formes d'interventions à l'égard de l'enfant. Par ailleurs, afin de comprendre le niveau d'influence de la notion sur l'élaboration des lois, il semble important d'évoquer les différents échelons qu'elle regroupe et qu'elle représente (Paragraphe 1), puis les limites de l'intégration du principe lui-même au sein des législations nationales (Paragraphe 2).

---

<sup>453</sup> Jean ZERMATTEN, Une convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant : une belle déclaration ! Et après ? Introduction aux droits de l'enfant, Tome 1, (19995), p. 12.

## **Paragraphe 1 : Les différents échelons de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**382.** L'intérêt supérieur de l'enfant consiste à garantir à ce dernier un développement social, culturel, clinique et juridique qui s'inscrit dans une histoire, un temps et un contexte donné. En effet, la garantie de ses besoins à caractère universel permet la construction de l'enfant en tant que sujet de droit afin de lui garantir le développement et l'accès à une autonomie et une socialisation complète à travers ses droits. La prise en compte des besoins et du développement de l'enfant représente également une méthode qui vise à apporter des réponses appropriées à chaque situation afin de lui garantir son intérêt supérieur et de confirmer un des objectifs principaux de la convention internationale des droits de l'enfant qui avant toute chose, promet « *de défendre et de protéger les enfants, de répondre à leurs besoins essentiels et de leur donner d'avantage d'opportunités de s'épanouir pleinement* »<sup>454</sup>.

**383.** Le caractère flou de la notion et du concept de l'intérêt supérieur de l'enfant met la lumière sur les méthodes utilisées aux niveaux nationaux ou internationaux afin d'apporter une clarification de notion à travers les droits qu'elle peut comporter.

La CIDE réaffirme, dès son préambule, que l'enfant demeure un être fragile sur le niveau corporel et intellectuel en le comparant aux adultes, ce qui exige une protection spéciale pour l'enfant, notamment d'ordre juridique. La fragilité de l'enfant et son besoin de mesures de protection sont principalement évoqués par la CIDE à de multiples reprises, notamment à travers l'article 27 où les rédacteurs affirment que « *les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social* », une référence jugée primordiale par le texte international qui influence clairement les textes nationaux des États parties.

En outre, à travers cet article, la CIDE marque clairement les champs qui représentent des droits protecteurs de l'enfant et qui permettent une protection indirecte de son intérêt supérieur. À travers cet article, la CIDE englobe tous les champs qui doivent faire l'objet d'une protection spécifique afin de garantir le bon développement de l'enfant, souvent lié à l'évolution de l'enfant dans un environnement sain. Ceci suppose dans un premier temps et d'une manière automatique de veiller sur sa santé, ce qui de nos jours ne consiste plus uniquement en la santé physique de l'enfant mais qui prend également en considération sa santé morale (A) qui représente aujourd'hui un des éléments constitutifs et fondamentaux de la concrétisation de l'intérêt de l'enfant parmi d'autres notions considérées comme nouvelles telles que le développement de l'enfant (B).

---

<sup>454</sup> Les enfants peuvent bien attendre, 25 regards d'experts sur la situation des droits de l'enfant en France, avec la contribution des quatre défenseuses des enfants et Christiane TAUBIRA, Préface, UNICEF France, novembre 2015, p. 5

#### ***A- La garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers sa santé.***

**384.** La Convention internationale des droits de l'enfant est une convention qui doit être comprise dans son ensemble, à travers les quatre principes qu'elle représente, dont la non-discrimination, le droit à la vie et au développement, le droit d'expression et l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doivent être lus et considérés comme un ensemble. Ainsi, bien que la CIDE n'accorde aucune définition explicite au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est un principe qui tend à renforcer la protection de l'enfant dans toutes les décisions le concernant, les décisions qui peuvent être prises à l'encontre de l'enfant peuvent être considérées principalement comme visant à protéger le bien-être et le développement de ce dernier dans un environnement favorable à sa santé physique et mentale. Ainsi, la CIDE attribue une place primordiale à la question de la santé de l'enfant dans l'objectif de la réalisation de l'un de ses grands principes qui est celui de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>455</sup>.

Par conséquent la question de la santé semble représenter une référence et un élément important dans la construction et la garantie du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui nous permettra de comprendre un échelon majeur du principe étudié.

##### *a- Santé physique.*

**385.** Dans le dictionnaire Le Robert, la santé se définit comme étant « *le bon état physiologique d'un être vivant, le fonctionnement régulier et harmonieux de l'organisme* »<sup>456</sup> qui peut être représenté sous différentes perspectives, pouvant être physiques ou mentales. Ainsi, le fondement juridique de ce droit au niveau international est basé principalement sur sa reconnaissance à travers la CIDE. Cependant, bien avant cette reconnaissance, d'autres instruments internationaux ont aussi évoqué la question du droit à la santé d'une manière qui s'est présentée comme généraliste et insuffisante pour la protection spécifique dont l'enfant a besoin.

**386.** En effet, la question de la santé représente une référence majeure puisqu'elle ne reflète pas uniquement l'état physique de l'enfant mais aussi l'état du progrès et de son développement<sup>457</sup>. Ce droit recouvre deux dimensions : d'abord une dimension stricte qui se réfère à l'absence de maladie physique mais aussi une dimension d'un bien-être moral et général. Le caractère évolutif de l'enfant et son besoin de développement touchent particulièrement la question de sa santé physique et mentale.

---

<sup>455</sup> Le comité des droits de l'enfant des Nations Unies interprète la liaison des quatre principes de la CIDE en ces termes : « *L'émergence d'une démarche fondée sur les droits de l'enfant dans toutes les instances gouvernementales, parlementaires et judiciaires est nécessaire si l'on veut appliquer d'une manière effective et intégralement la convention, en particulier, dans l'optique des dispositions suivantes qui ont été mises en évidence par le comité en tant que principes généraux : (le principe de non-discrimination, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe de vie, de survie et de développement de l'enfant et le principe de participation de l'enfant)* ».

<sup>456</sup> Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Santé.

<sup>457</sup> Une vision qui se confirme dans les articles 2 et 6 de la CIDE qui affirment que « Les États parties assurent dans toutes la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant ».

Par ailleurs, la reconnaissance d'un droit à la santé de l'enfant ne figure pas uniquement dans la CIDE, mais il représente un droit qui est mentionné et affirmé dans d'autres textes internationaux notamment la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui reconnaît ce droit en ces termes : « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires (...) La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciale* ». Cependant, cette reconnaissance est considérée comme incomplète puisqu'elle porte uniquement sur la dimension du service de la santé et donc jugée généraliste. S'ajoute à ce texte un autre instrument international qui est le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 qui reconnaît « *le droit à la santé à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ; la responsabilité des États parties d'assurer et de prendre les mesures nécessaires afin de garantir la diminution de la mortalité et de la morbidité infantile ; l'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle (...) la création des conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladies* ». Une disposition qui demeure généraliste et doit être lue avec d'autres mesures citées dans les articles<sup>458</sup> 7, 9 et 10 du même instrument.

**387.** L'importance du droit à la santé de l'enfant trouve son fondement juridique international dans la CIDE qui considère que le droit à la santé de l'enfant est un droit fondamental dans la mise en œuvre des droits de ce dernier et plus particulièrement par l'article 24 de la même convention qui proclame que « *les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation (...)* ». Cet article doit être articulé avec les mesures proclamées d'abord dans l'article 26 relatif au droit de l'enfant de bénéficier de la Sécurité sociale, puis dans l'article 27 relatif au droit de l'enfant « *de bénéficier d'un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral ou social* ».

**388.** En ce qui concerne la santé physique de l'enfant, les dispositions de la CIDE traitent cette question en prenant en compte l'âge de l'enfant. En effet, le texte mentionne que l'enfant n'a pas besoin de la même protection durant toute la période de son enfance mais qu'il existe des phases de la vie qui méritent une protection spécifique et plus importante que d'autres.

En se référant à quelques mesures du texte international, il semble évident que les rédacteurs ont pris en compte l'âge de l'enfant notamment à travers celles des articles 6 et 24 qui traitent de la moralité des nourrissons et celle des enfants ou lorsqu'il s'agit de garantir aux mères les services appropriés en période prénatale ou postnatale, ou encore quand il faut faire de la prévention en matière d'allaitement au sein. Une différenciation qui met en place un constat qui affirme l'adaptation des mesures de protection à l'âge de l'enfant.

---

<sup>458</sup> Un ensemble de dispositions qui traitent des conditions de travail, de la sécurité sociale, de l'assistance aux enfants et du droit à un niveau de vie suffisant.

Une vision qui se confirme tout au long du texte qui traite de nombreuses questions en prenant en considération l'évolution de la personne de l'enfant, avec la mise en place des dispositions spécifiques à la protection de ce dernier.

**389.** Dans ce sens, le droit français s'est mis en conformité avec la convention internationale sur de nombreuses questions afin de répondre aux exigences de cette dernière. En effet, le législateur français répond à ces exigences à partir des lois qui traitent de la protection sanitaire et sociale de la femme enceinte, un principe qui est fixé dans l'article L-2122-1 du code de la santé publique et qui dispose que « *toute femme enceinte bénéficie d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement qui comporte, en particulier, des examens prénataux et postnataux obligatoires pratiqués ou prescrits par un médecin ou une sage-femme (...)* », une protection qui se traduit dans de nombreuses pratiques notamment : les examens prénataux, l'attribution d'un carnet de grossesse ou encore d'autres mesures qui peuvent porter sur les services de l'aide sociale à l'enfance qui peuvent présenter un soutien d'ordre matériel ou psychologique à la femme qui éprouve le besoin<sup>459</sup>, ou encore la protection de la femme enceinte dans le milieu professionnel.

Dans ce sens, nombreux sont les rapports rendus sur la situation de la santé de l'enfant, et les défenseurs des droits considèrent que la santé des enfants en France est assurée d'une façon satisfaisante et répond correctement aux exigences de la CIDE ; néanmoins certaines remarques sont souvent faites afin d'apporter quelques améliorations en ce qui concerne la protection maternelle et infantile (PMI).

**390.** Dans ce contexte, la France a adopté un grand nombre de mesures à caractère sanitaire qui visent à protéger l'enfant, notamment celles relatives à l'allaitement, la prévention par la vaccination, l'alimentation ou encore la médecine préventive<sup>460</sup>. Dans le même objectif qui porte sur la protection de la santé physique de l'enfant, la CIDE s'est intéressée dans de nombreux articles à la protection de la santé de l'enfant, notamment l'article 33 qui traite de la question de l'usage des stupéfiants où le texte met en garde les États parties « *contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* », un article qui vise à souligner l'obligation des États parties de prendre un ensemble de mesures dans l'objectif de protéger les enfants<sup>461</sup>. Dans le même ordre d'idée, le législateur français fait aussi le choix d'intégrer l'ensemble des règles qui visent à protéger la santé et la sécurité de l'enfant, tout en distinguant les deux mesures. Une distinction déjà précisée dans la Convention internationale des droits de l'enfant, par les articles se référant d'abord à la sécurité puisque si cette dernière n'est pas assurée, elle peut entraîner des difficultés à la réalisation de la deuxième qui est celle de la santé. En effet, la CIDE évoque la question de la sécurité de l'enfant dans les articles 35, 37 et 38 du même instrument.

---

<sup>459</sup> Guy RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, 5<sup>ème</sup> éd., Lexisnexis 2006, pp. 246-247.

<sup>460</sup> *Ibid.*

<sup>461</sup> *Id, ibid.*

**391.** Quant à la réception de la même question en droit marocain, la question du droit à la santé de l'enfant demeure jusqu'à nos jours critiquée puisque l'application de l'ensemble des mesures évoquées par la CIDE semble être entravée par de nombreux éléments, notamment ceux à caractère social, économique ou démographique. Et ce, malgré les efforts fournis par l'État qui se sont traduits tout d'abord dans un contexte politique spécifique avec la réforme constitutionnelle de 2011 qui évoque un nombre de droits liés à la santé dont les articles suivants : article 20 droit à la vie, article 21 droit à la sécurité et à la protection de la santé, article. 31 qui englobe le droit d'accès aux soins, droit à un environnement sain et droit à la couverture médicale, article 34 droit à la santé des personnes et catégories à besoins spécifiques, et enfin droit d'accès à des soins de qualité et à la continuité des prestations dans son article 154.

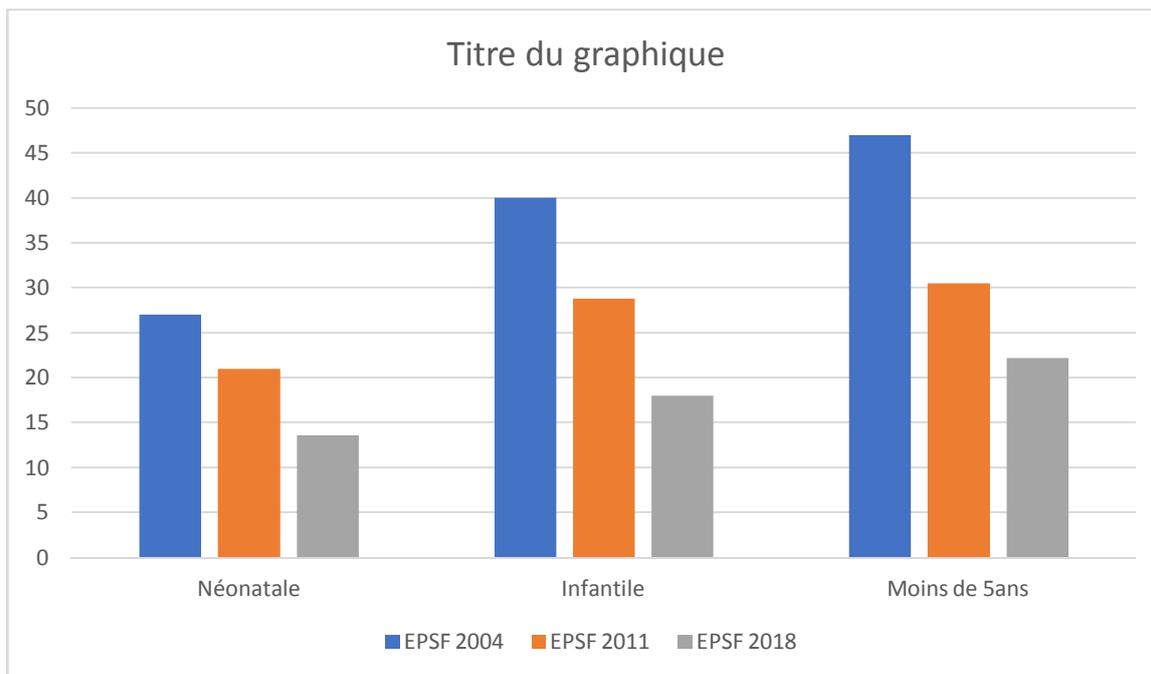
Une vision qui s'est concrétisée à travers les grands programmes entrepris par l'État qui a, à titre d'exemple, « *augmenté de 25 % du budget de l'État dédié à la santé, passant de 7,6 milliards de dirhams en 2007 à 9,5 milliards de dirhams en 2013, soit 3,5 % du budget de l'État. En 2012, la dépense annuelle totale de santé par habitant équivalait à 153 dollars américains, alors que la moyenne des pays membres de l'OMS était de 302 dollars. La même année, les dépenses du ministère de la santé représentaient 5 % des dépenses du budget général de l'État, alors que l'OMS établit la norme en la matière à 9 %* »<sup>462</sup>.

**392.** Les lacunes du système et de la politique menée au niveau de la santé persistent, puisque la mortalité juvénile, infantile et maternelle demeure élevée avec la prise en compte des écarts marqués entre les zones urbaines et rurales, résultat des disparités dans l'accès aux services de santé. En outre, de nombreux rapports rendus par le comité des droits de l'enfant réalisés sur la question de la santé des enfants au Maroc, notamment celui de 2004, ont sonné l'alarme sur la situation défavorable de ce secteur, et bien qu'elle fasse l'objet d'une politique d'amélioration, la santé maternelle et infantile demeure parmi les secteurs les plus touchés par la mortalité. Par ailleurs, de multiples plans et programmes ont été lancés par l'État marocain, notamment : la stratégie nationale de santé 2008-2012 et la stratégie nationale de nutrition 2011-2019 visant à améliorer les indicateurs de la morbidité et de la mortalité maternelle et infantile. Selon l'OMS, ces politiques menées par l'État ont permis que « *Le taux de mortalité maternelle du pays a chuté de 67 % entre 1990 et 2010 et le taux de mortalité des moins de cinq ans de 60 % entre 1990 et 2011* »<sup>463</sup>. En effet, en 2018 le ministère a rendu public son dernier rapport réalisé conjointement avec d'autres agences des Nations unies, notamment (l'OMS, l'UNICEF, l'UNFPA) qui souligne un progrès notable durant les dernières années et qui peut être présents comme suit :

---

<sup>462</sup> Daniela CILIBERTI, Concepcion BADILLO, Analyse de situation des enfants au Maroc, 2015, UNICEF.

<sup>463</sup> Fouad HARIT, Santé : le Maroc améliore les conditions de la mère et de l'enfant, 2014. Disponible sur : [www.afrik.com](http://www.afrik.com).



464

Le comité des droits de l'enfant avait félicité, à travers le rapport portant sur les observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques du Maroc, le progrès effectué jusqu'à l'année 2014 en la matière. Néanmoins, le comité avait mis en garde l'État marocain sur un certain nombre de points notamment :

- Un taux de mortalité infantile et lié à la maternité élevée.
- Des disparités d'état de santé entre les enfants des zones rurales et urbaines.
- Les enfants vivant dans des centres d'accueil, notamment les migrants.

**393.** Le rapport avait présenté des recommandations dans ce sens, en précisant que l'État doit répondre à ces difficultés par l'élaboration d'autres programmes politiques en matière de santé, afin d'améliorer la situation et favoriser l'accès à la santé pour tous les enfants.

En outre, le comité insistait sur l'obligation de prendre des mesures plus radicales pour lutter contre la mortalité liée au manque de service de santé et enfin, il invitait l'État à organiser une assistance financière et technique afin que les familles en situation précaire puissent bénéficier des services liés à la santé. Suite à l'ensemble de ces éléments et à l'évolution constatée par rapport au droit à la santé, et afin de continuer dans cette perspective, le gouvernement actuel a lancé un nouveau plan intitulé le Plan Santé 2025 qui a été adopté en avril 2018 dans l'objectif d'assurer le développement du secteur, dont l'objectif est l'aboutissement à « *un système de santé homogène, avec une offre de soins organisée, de qualité, et accessible à tous, soutenu par des programmes de santé efficace* »<sup>465</sup>.

<sup>464</sup> L'enquête nationale sur la population et la santé familiale, 2018.

<sup>465</sup> Élaboration du plan de santé 2015 : résultat provisoire, Ministère de la santé. Disponible sur : [www.santé.gov.ma](http://www.santé.gov.ma).

Le ministre de la santé Anas DOUKKALI précise que ce plan s'inscrit dans la continuité des plans antérieurs et repose sur trois piliers principaux qui sont :

- L'organisation et le développement de l'offre des soins en vue d'améliorer l'accès aux services de santé.
- Le renforcement des programmes nationaux de santé et de lutte contre les maladies.
- L'amélioration de la gouvernance et l'optimisation de l'allocation et de l'utilisation des ressources.

C'est parmi ces derniers piliers que se déclinent 25 axes dont le droit à la santé pour l'enfant figure comme étant une priorité<sup>466</sup>. Cela dit, la problématique de la santé physique de l'enfant au Maroc représente jusqu'à ce jour un enjeu qui exige beaucoup plus d'efforts de la part de l'État marocain, ce qui reflète une plus grande complexité puisqu'il sera difficile à un État de répondre à la santé mentale d'un enfant sans avoir assuré sa santé physique. En effet, c'est cette deuxième dimension du droit à la santé qui revêt aujourd'hui une importance particulière puisqu'elle demeure une vision récente qui a été affirmée par la CIDE.

**394.** Parmi ces mesures, il existe celles qui traitent de l'enfant et son exploitation dans le domaine professionnel. Cependant, la protection contre cette exploitation semble difficile et complexe puisque l'article 32 ne fixe pas un âge général pour l'accès au travail mais confirme la possibilité d'existence des âges d'admission au travail, ce qui crée des disparités dans le respect du droit de l'enfant au sein des États parties. Par ailleurs, contrairement aux textes antérieurs, la déclaration de 1959 et la CIDE ont explicitement recommandé et encouragé les activités divertissantes au lieu des activités difficiles. Ainsi, l'évolution des droits de l'enfant et des textes qui le concernent ont permis de mettre l'accent sur la différenciation entre le droit de l'enfant à la santé et son besoin matériel qui est devenu dans la CIDE un devoir des parents envers leurs enfants, en précisant dans l'article 27 du même instrument 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 responsabilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant* ». Ainsi, dans ce texte, la question de la santé de l'enfant semble être prioritaire par rapport à la question matérielle puisque la disparité entre l'ancien texte de 1924 et le texte actuel reflète clairement la vision évoluée de l'enfant qui passe d'un cadre d'une personne autonome devant assurer son développement, à une personne protégée par la société et les parents. S'ajoute à cela la question de l'exploitation sexuelle qui est soulignée dans l'article 34 du même instrument, et qui incite les États à « *protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle* » ce qui rejoint la protection de l'intégrité physique de l'enfant.

---

<sup>466</sup> Plan santé 2025 : 61 milliards de dirhams pour passer de la vision au concret. Disponible sur : [www.l'observateur.info](http://www.l'observateur.info).

**395.** Évoquant la santé physique et son importance dans la précision de la définition du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, il est aussi important de souligner un autre élément qui représente également une grande importance dans la définition du principe. En effet, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de sa santé ne se limite pas uniquement à sa santé physique mais elle va encore plus loin et prend en considération la santé mentale de l'enfant, devenue une référence dans la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant d'une manière générale et plus précisément dans le domaine familial. Malgré que cette prise en considération de la santé mentale soit aussi récente de la part des législateurs dans la majorité des pays, elle semble marquer l'histoire de l'évolution du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de sa prise en considération en droit.

**396.** La référence à la moralité de l'enfant date déjà de la déclaration de Genève sur les droits de l'enfant de 1924 qui à travers son article premier, renvoie à une obligation générale qui permet de procurer à l'enfant les mesures nécessaires afin que son développement soit normal et réponde à un équilibre matériel et spirituel, ou encore plus précisément dans son article 2 la déclaration qui précise que « *l'enfant dévoyé doit être ramené* », référence non explicite et insuffisante en ce qui concerne la prise en compte de l'importance de la moralité de l'enfant. Suite à cela, le texte de 1959 à travers son sixième principe vient préciser qu' « (...) *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...* ». Ainsi, pour la majorité des études qui portent sur ces deux précédents textes, il est évident que leurs limites soient avérées en ce qui concerne la moralité de l'enfant.

**397.** A cet effet, le texte de 1989 est venu exposer et souligner l'importance de la prise en compte de la moralité de l'enfant que ce soit par l'Etat ou par la famille. En effet, la convention de 1989 pointe la lumière sur cette question dans son article 5 qui souligne que la sauvegarde et la protection de la moralité de l'enfant est avant tout le rôle de la famille et de l'Etat. Cependant, la convention précise dans un premier temps que la protection de cette moralité revient avant tout à la famille en précisant que cette dernière doit « (...) *donner à l'enfant 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* ». Une référence qui peut être interprétative dans le sens où la responsabilité des parents et des responsables de l'enfant demeure limitée par l'utilisation du terme « conseil appropriés », ce qui prive la question de la moralité de l'enfant de son importance.

**398.** Par ailleurs, l'article 9 de la convention semble mieux répondre à la prise en considération de la moralité de l'enfant, de par son interprétation, qui fait une référence à la primordialité de l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'à la recherche de ce principe il semble possible de permettre des mesures plus larges qui permettent la protection de la moralité de l'enfant à travers la prise en compte de son bien-être qui doit être garantie par

les Etats engagés ce qui permet à ces derniers de se procurer un rôle plus important et qui peut devancer celui des parents. Dans ce sens, il semble évident que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est celui qui définit la prise en considération de la moralité de l'enfant, puisqu'il se constitue principalement par les éléments du bien-être physique et moral de l'enfant. Cependant, cette référence représente plus une référence par rapport aux atteintes à l'intégrité corporelle de l'enfant que celle morale mais elle peut représenter une référence indirecte à l'atteinte morale de l'enfant. Cependant, il existe deux articles considérés comme principaux dans la prise en compte explicite de la moralité de l'enfant. Il y a d'abord l'article 27 qui souligne le rôle des Etats dans la protection et la reconnaissance « (...) *du droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social* », ensuite l'article 32 qui évoque le rôle des Etats parties dans la reconnaissance et la garantie à l'enfant « (...) *le droit d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social* ».

**399.** La santé morale de l'enfant est une question qui demeure jusqu'à aujourd'hui difficile à traiter même dans les sociétés développées ; la difficulté figure dans la démonstration des atteintes morales auxquelles l'enfant peut être confronté, et qui gardent un caractère subjectif contrairement aux atteintes physique qui semblent faciles à démontrer et à faire leur suivi et proposer des réparations dans le droit. En effet, ces atteintes sont aussi difficiles à caractériser et à leur apporter des solutions puisqu'elles peuvent être sous différentes formes et dans des milieux différents rendant la tâche assez difficile pour le législateur, étant donné que la cellule familiale ne représente pas le seul endroit où l'enfant peut être victime de ces atteintes. En effet, le milieu scolaire, l'entourage social ou aussi son exposition aux nouvelles techniques de communication semblent être des milieux aussi propices.

**400.** En ce qui concerne le milieu familial, la difficulté demeure celle de démontrer l'atteinte à la moralité de l'enfant puisque cette dernière n'est poursuivie que si elle est avérée exacte ou signalée ou si elle met en péril l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, ce n'est qu'à partir d'une démonstration à une atteinte de l'intérêt supérieur de l'enfant par la famille que le rôle de l'Etat se déclenche et permet des procédures qui visent à faire un suivi à l'enfant.

A défaut, l'Etat ne peut réagir dans le cadre de la protection de la moralité de l'enfant, ce qui limite cette protection, étant donné que la CIDE ne mentionne pas ces atteintes au sein de la famille mais fait référence à la négligence et à la maltraitance qui font référence à la protection physique et non morale, rendant le rôle de l'Etat complexe avec l'insuffisance des éléments constituant la santé moral de l'enfant afin que son intervention soit légitimée.

**401.** Une autre catégorie d'atteinte morale dont l'enfant peut être victime est son exposition aux harcèlements qui peuvent revêtir différentes formes notamment dans son milieu scolaire ou encore à travers les nouvelles technologies qui représentent aujourd'hui un grand danger pour la moralité de l'enfant et dont les études ont démontré la difficulté de protéger l'enfant de ces facteurs. En effet, la protection de la moralité de l'enfant dans le milieu scolaire semble être difficile à gérer puisque même au sein des sociétés les plus développées, la question fait encore objet de recherches et d'évolutions afin de garantir à l'enfant un équilibre moral au sein de l'école. Ce type d'harcèlements représente en effet, un facteur d'atteinte à la moralité de l'enfant et cause de façon générale « *dépression, anxiété ou encore des idées suicidaires chez l'enfant* »<sup>467</sup>.

Cependant la prise en compte par les législateurs s'avère être difficile puisque la CIDE ne se réfère pas explicitement au sujet du harcèlement au milieu scolaire hormis une référence indirecte du rôle de l'Etat dans la protection de la moralité de l'enfant d'une manière générale notamment les articles 27 et 32 de la CIDE cités plus haut.

**402.** Un autre type d'harcèlement dont l'enfant fait face est celui des nouvelles techniques de communication qui représentent aujourd'hui un des plus grands dangers pour la moralité de l'enfant. En effet, l'exposition précoce des enfants aux nouvelles techniques de communication intensifie les risques du harcèlement moral dont l'enfant peut être victime. Une situation qui souligne avant tout la responsabilité des parents et de l'école dans la protection de l'enfant contre toute sorte d'harcèlements scolaires, ce qui permet son développement. Ainsi, c'est en se basant sur ce dernier élément qui est le développement de l'enfant que la protection de la moralité de l'enfant surgisse et tire sa référence. De plus, c'est cette notion de développement qui se définit par « *l'action de développer, de donner toute son étendue à quelque chose* »<sup>468</sup>. Une référence qui permet de se pencher sur le devenir de l'enfant et ainsi de penser son développement et à la construction de sa personne sur de différents niveaux notamment physique et moral. Sur cette notion, le texte international prévoit l'article 18-1 à travers lequel il transmet la responsabilité aux parents de garantir le développement de l'enfant et de veiller avant tout à son intérêt supérieur. Dans ce sens, d'autres articles visent également la protection de la moralité de l'enfant à travers son développement ou encore par la considération primordiale de son intérêt supérieur dans toutes les décisions qui le concerne afin de le protéger de toutes les atteintes dont il peut être victime. C'est dans ce sens que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît de nouveau comme étant un élément de caractérisation de la santé morale de l'enfant et participe à la définition et à la garantie de cette dernière.

**403.** Par ailleurs, malgré que la référence de la santé morale tire ses principes des textes internationaux notamment la CIDE, il semble difficile de contrôler ou de connaître le degré de protection de la moralité de l'enfant et les divergences persistent entre les pays développés et ceux en voie de développement.

---

<sup>467</sup> « Refuser l'oppression quotidienne : la prévention du harcèlement à l'école », Rapport au ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative. Pr. Éric. DEBARBIEUX, Observatoire international de la violence à l'école. Université Bordeaux Segalen, 12 avril 2011, p. 12.

<sup>468</sup> Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Développement.

En effet, dans le cadre de notre étude qui porte sur les deux systèmes juridiques français et marocain, la problématique de la prise en considération de la santé morale de l'enfant est évidente puisqu'en France le législateur s'est déjà penché sur l'importance de la psychologie de l'enfant en y consacrant un nombre d'articles dans différents codes afin d'apporter des garanties à cette protection. Ainsi, le droit français s'est intéressé à la santé psychologique de l'enfant en intégrant d'abord dans son code de la santé publique une référence claire à cette question et qui figure dans l'article L.2325-1 qui prévoit « *qu'au cours de leur sixième, neuvième, douzième et quinzième année, tous les enfants sont obligatoirement soumis à une visite médicale au cours de laquelle un bilan de leur état de santé physique et psychologique est réalisé* ».

Aussi, l'article L.221-1 du code de l'action sociale et des familles met la lumière sur la même question en prévoyant que : « *le service social de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivante : 1° apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs qu'à leur famille (...)* ». Cependant, ces deux dispositions semblent être insuffisantes ce qui a aussi poussé l'Etat français à réformer d'autres lois notamment celle de la protection de l'enfance qui en 2007 a fait l'objet d'une importante réforme suivant les recommandations du comité des droits de l'enfant ainsi que de l'engagement du pays au niveau international et européen.

**404.** C'est dans ce sens que le comité des droits de l'enfant souligne de par ses observations dans son rapport rendu à la France en 2009 l'insuffisance des mesures qui visent à protéger la moralité de l'enfant que ce soit au sein de la famille ou encore dans le milieu scolaire. Le comité a demandé à la France dans ce rapport de « *mieux coopérer avec la société civile, et en particulier avec la participation des enfants, pour veiller à ce que chaque enfant soit protégé contre toutes les formes de violence physique, sexuelle et psychologique et pour faciliter l'adoption de mesures concrètes, le cas échéant assorties de délais, pour prévenir et combattre la violence et la maltraitance ; de faire figurer dans son prochain rapport périodique des informations sur la mise en œuvre par l'Etat partie des recommandations de l'étude ; d'apporter sa coopération et son soutien au représentant spécial du secrétaire général sur la violence à l'encontre des enfants* ».

**405.** En effet, suite à ces recommandations la France a pris un grand nombre de mesures présentées notamment dans son rapport rendu en 2017, à travers lequel l'Etat français annonce les failles existantes en matière de la protection de l'enfant contre les violences de tout genre faites aux enfants<sup>469</sup> et elle a à nouveau affirmé son engagement sur de nombreuses questions dont celle de la santé psychologique et la moralité de l'enfant<sup>470</sup>.

---

<sup>469</sup> Dans ce rapport l'Etat français publie une enquête qu'il qualifie d'alarmante puisqu'il annonce que 16% de la population française rapporte avoir été témoin d'une atteinte aux droits de l'enfant dans les cinq dernières années. Ainsi que les situations de maltraitance qu'elle soit physique, verbale, psychologique ou sexuelle.

<sup>470</sup> Une vision assez récente puisqu'elle se base sur le plan interministériel de mobilisation et de lutte contre les violences faites aux enfants 2017-2019, rendu public en mars 2017 par le ministère des familles, de l'enfance et des droits des femmes.

**406.** Parmi ses engagements il y a notamment la mise en place des campagnes de communication afin de porter connaissance des phénomènes de violences faites aux enfants qu'elles soient physiques ou morales en diffusant au sein des écoles des protocoles et des outils par le biais du ministère de l'éducation pour lutter contre le harcèlement scolaire ou les maltraitances au sein des familles.

**407.** En ce qui concerne le Maroc, la question de la prise en considération de la moralité de l'enfant demeure à nos jours très loin. Toutefois, en ce qui concerne les violences contre les enfants, le ministère de la justice avait mené une étude en 2005 en coopération avec l'UNICEF qui évoquait l'ampleur des violences contre les enfants en précisant que « *la violence est présente partout, même si elle n'est pas documentée. La violence est affichée dans l'école, ainsi que d'autres milieux tel que le travail, les orphelinats ou dans la rue* »<sup>471</sup>. En outre, les violences contre les enfants sont clairement normalisées dans la société marocaine malgré que le fait que le code pénal prévoit dans son article 408 que « *quiconque volontairement fait des blessures ou porte des coups à un enfant âgé de moins de quinze ans ou l'a volontairement privé d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé, ou commet volontairement sur cet enfant toutes autres violences ou voies de fait à l'exclusion des violences légères, est puni de l'emprisonnement d'un an à trois ans* ». De plus une interdiction de violence pratiquée en famille est citée dans certains articles notamment l'article 404 qui prévoit que « *quiconque volontairement porte des coups ou fait des blessures à l'un de ses ascendants, à son Kafil ou à son époux, est puni (...)* ».

**408.** Cependant, la prise en compte de cette interdiction ne se manifeste que lorsqu'elle provoque des blessures voyantes et graves, et c'est dans ce cadre que le comité des droits de l'enfant a souvent recommandé dans ses observations finales destinés à l'Etat marocain de mener une étude pour évaluer les causes profondes, la nature et l'ampleur des mauvais traitements et de sévices. Il a souligné également l'importance des politiques et des programmes de conception pour prévenir et combattre ses phénomènes ainsi que de la prise des mesures législatives pour interdire toute forme de violence physiques et mentales, y compris les châtiments corporels et les abus sexuels des enfants dans les familles, les écoles et dans les institutions. Aussi, le comité appelle l'Etat marocain à réformer l'ensemble de sa législation dont la modification de l'âge limite spéciale contre la violence, à organiser des campagnes de communication sur les violences contre les enfants, à établir des centres afin d'accueillir les enfants victimes de ces violences que ce soit en milieu familial ou scolaire. En outre, la majorité des études faites sur les violences contre les enfants notamment les deux dernières dont une menée par le ministère de la justice en collaboration avec l'UNICEF et la deuxième menée par l'Organisation des Nations Unies établissent un diagnostic effarant de la maltraitance des enfants<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> La violence à l'égard des enfants au Maroc, Ministère de la justice et l'UNICEF, Novembre 2006, p. 15.

<sup>472</sup> Sur une période de trois ans notamment entre 2001 et 2004, la justice marocaine a enregistré une moyenne annuelle de 5860 affaires concernant des violences contre les enfants.

En effet, 87% des enfants admettent avoir été victimes de violences au moins une fois à l'école et 61% d'enfants disent qu'ils ont été victimes de violences physiques et psychologiques au sein de la famille<sup>473</sup>. Ainsi, ces chiffres démontrent clairement que les rapports de violences physiques et psychologiques entretenus entre les enfants et leurs familles ou éducateurs<sup>474</sup>, constituent des méthodes éducatives culturellement admises et qui se basent sur la peur et la crainte des enfants de leurs familles afin que le respect règne entre parents et enfants mais aussi au milieu scolaire pour que l'enfant travaille et se comporte mieux.

**409.** Il semble évident que la santé psychologique n'acquière pas une importance primordiale puisque toutes les législations évoquent légèrement la question de la psychologie de l'enfant et ne s'y réfèrent pas spécialement afin de la déterminer et de la cadrer. En effet, un des seuls principes qui permettent cela est celui de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, selon le rapport alternatif des ONG Marocaines, aux 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> Rapports de l'Etat marocain relatifs à l'application et au suivi de la CIDE, même le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui peut permettre cette prise en considération n'est pas défini d'une manière globale au sens de la CIDE dans les législations marocaines. Les ONG considèrent que « *le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant reste à définir. Il est souvent lié à des dispositions matérielles et de vie pratique au quotidien et néglige clairement la partie du développement psychoaffectif et de la protection contre les violences psychologiques. Cette notion d'intérêt supérieur de l'enfant contenue dans la CIDE doit absolument être précisée, au risque de voir certains Etats-parties lui donner un cadre étonnant à titre exemple : L'ancien ministre de la justice avait même estimé en 2012 qu'il était plus dans l'intérêt supérieur d'un enfant de rester dans un centre pour recevoir une éducation islamique, que d'avoir des parents qui risqueraient de ne pas savoir lui donner cette éducation* ». En outre, les ONG déplorent l'absence d'une prise en considération de la psychologie de l'enfant dans de nombreux domaines notamment en matière d'adoption (KAFALA) ou encore en ce qui concerne le placement familial où la loi ne tient pas compte du côté psychologique et affectif des enfants mais se base plus sur des principes matériels ou sociaux afin de répondre aux différentes situations dont l'enfant fait objet.

**410.** Dans ce cadre, le Maroc avait lancé un plan national en faveur des enfants, intitulé « Le Maroc s'adapte à ses enfants », à travers lequel il y a eu la création de nouvelles institutions ainsi que l'adoption d'un nombre de programmes qui visent également à protéger les enfants de toutes sortes d'atteintes. De plus, d'autres initiatives ont été prises que ce soit par le ministère du développement social, de la famille et de la solidarité ou par les ONG afin de pouvoir fournir des aides tangibles telles que la création des unités de protection de l'enfance (UPE) qui se sont mises en place dans l'objectif de fournir un terrain d'écoute et d'assistance médicale, psychologique, juridique ou encore sociale ; les projets INQAD, INDIMAJ ou encore le PANE dans ses deux parties.

---

<sup>473</sup> *Idem.*

<sup>474</sup> L'enquête menée souligne qu'il s'agit dans un premier temps de 42,6% de violence physique, puis 39,3% de violence psychologique suivie de violences sexuelles avec 17,1% et enfin 0,9% d'affaires de trafic d'enfants.

411. Des efforts entrepris par les gouvernements successifs depuis 2003 ont, sous la pression des ONG et de la société civile, poussé le législateur à entreprendre un grand nombre de réformes notamment au niveau du Code pénal ou du Code de la famille qui ont abouti à titre d'exemple à relever l'âge de la protection des enfants victimes de violence de 12 à 15 ans ; aussi l'exploitation sexuelle des enfants ou encore l'intégration de l'aide aux enfants se trouvant dans les services hospitaliers et qui ont besoin du suivi médical, psychologique ou juridique. Un plan qui a également permis l'élaboration d'un guide englobant l'ensemble des techniques d'écoute des enfants victimes de tout genre de violences. Par ailleurs, malgré les efforts fournis par l'Etat marocain, la question des violences psychologiques demeurent encore un objectif lointain à réaliser puisqu'il est encore question de traiter les violences physiques, malgré la prise de conscience de leur gravité qui commence à apparaître au sein de toutes les institutions : la famille, l'école ou la société.

***B - La notion de développement, un élément constitutif de l'intérêt supérieur de l'enfant.***

412. Evoquer l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est faire référence à tous les éléments qui participent à son élaboration. En effet, la Convention internationale des droits de l'enfant ne présente pas une définition explicite de ce principe mais renvoie principalement à la réalisation et au respect des droits fondamentaux de l'enfant qu'englobe l'ensemble de la convention. Nombreux sont les éléments qui contribuent au respect du principe notamment ceux cités précédemment comme la garantie de sa santé physique ou morale. Cependant, le texte international se réfère également à d'autres éléments qui gardent un caractère plus large comme la notion du développement. Cette dernière correspond à « *l'action de développer, de donner toute son étendue à quelque chose* »<sup>475</sup>, une définition qui renvoie à sa construction d'adulte et à l'adulte à en devenir et qui englobe un groupe d'éléments notamment la croissance physique, affective, sociale et intellectuelle de l'enfant.

413. Le développement de cette référence se tient tout d'abord de la CIDE qui évoque la question du développement, d'abord dans son préambule qui prévoit que : « *reconnaisant 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* ». Ensuite dans un nombre de ses articles notamment l'article 18-1 qui évoque le rôle des parents et de l'Etat dans la garantie du développement de l'enfant en prévoyant 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 ses représentants légaux, ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant* », ou encore d'autres articles qui visent cette notion de développement dont ceux qui évoquent l'intérêt supérieur de l'enfant dont l'article 3 de la convention qui englobe

---

<sup>475</sup> Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Développement.

d'une manière générale le sens du développement de l'enfant à travers la recherche de son intérêt supérieur.

**414.** Dans l'ensemble la notion du développement de l'enfant, renvoie clairement au droit de l'enfant de grandir dans un environnement sain en lui garantissant l'épanouissement et le bien-être. Cependant, ces deux derniers peuvent revêtir différents composants qui peuvent être d'ordres social, scolaire, affectif, intellectuel ou autre ce qui correspond également aux différents niveaux de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. S'ajoute à cela, une autre notion qui participe à la garantie du principe de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de la famille et qui est la sécurité de l'enfant.

En effet, cette notion répond à l'un des besoins fondamentaux de son développement au sein de la cellule familiale, ce qui renvoie principalement à la notion de confort et de protection contre tout danger extérieur.

**415.** Evoquer cette notion de protection c'est aussi définir le rôle des parents qui se définit avant tout par la garantie de la sécurité de leurs enfants. En effet, cette protection se manifeste explicitement dans le cadre international à travers l'article 19 de la CIDE qui prévoit que : *« les Etats prennent toutes les mesures législatives, sociales et éducatives appropriées pour 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, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié »*. Un article duquel s'inspirent les législations internes des Etats parties de la convention.

**416.** La loi française à titre exemple qui estime que la protection de l'enfant passe davantage par le fait d'interdire à ce dernier de quitter le foyer familiale sans la permission de ses parents sauf dans les cas précisés par la loi notamment *« si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel (...) »*<sup>476</sup>. En se référant à cette disposition, il semble évident que la maison familiale demeure le refuge de l'enfant. Elle est l'outil principal dont disposent les parents afin de garantir la protection de la sécurité de l'enfant, qui renvoie également au développement continu de l'enfant.

---

<sup>476</sup> Article 375, Code civil français.

**417.** La loi française prévoit également qu'en cas de perplexité ou de doute sur l'exercice des parents de cette sécurité, le juge peut désigner une autre personne qualifiée de veiller à la sécurité de l'enfant ; ou aussi en cas de violation de cette sécurité l'enfant est automatiquement retiré de ce foyer qui ne garantit pas la sécurité de l'enfant qui ne permet pas un développement sain et un épanouissement personnel et individuel malgré son intégration dans la cellule familiale.

**418.** Assurer la sécurité de l'enfant représente une des missions principales, évidentes et naturelles des parents. Dans ce sens, le droit marocain lui exprime une vision plus rigide quant à la question de la sécurité de l'enfant, puisque ce dernier fait partie d'un régime familial, classique et basé sur le principe du groupe et non pas sur l'individualisation des droits au sein de la famille.

**419.** En effet, comme nous l'avons précité, le modèle familiale marocain demeure classique et se base sur les règles de droit musulman. La famille est donc patriarcale le père demeure le chef de la famille et préserve des droits et une autorité sur l'enfant.

Par ailleurs, malgré que le législateur marocain ait prévu un nombre de réformes quant à l'application de l'autorité parentale en prévoyant une égalité entre le père et la mère dans l'exercice de cette institution, il demeure difficile de prévoir une déchéance de cette dernière quand il est question de la sécurité de l'enfant.

**420.** En effet, la difficulté réside dans la mise en place d'un système de prise en charge de ces enfants, qui se trouvent privés essentiellement de leurs droits principaux notamment, le respect de leurs opinions au sein de la famille, dans le milieu scolaire ou encore devant les tribunaux. Ainsi, au sein de la famille, l'enfant se trouve privé de toute participation à la vie quotidienne de la famille ou encore de son droit de protection contre les violences physiques ou morales ce qui affirme le rôle principal du père. Pour répondre à cette problématique et dans l'esprit des réformes qui s'intéressent aux droits des femmes et des enfants notamment le droit de la famille, le ministère de la justice a créé auprès des tribunaux en 2005 les premières cellules de prise en charge des femmes et des enfants victimes des violences.

**421.** Cependant, nombreuses sont les évaluations menées depuis la création de ces cellules dont le dernier rapport alternatif des ONG marocaines présenté au comité des droits de l'enfant qui décrit également le rôle très timide de ces cellules dans l'aboutissement de leurs missions. Des obstacles dus selon ce rapport à de nombreuses raisons notamment :

- Le manque de sensibilisation et de communication sur l'existence de ces cellules, ce qui rend les plaintes très limitées.
- Le nombre restreint des cellules consacrées à l'accueil des femmes des et enfants victimes ; on compte uniquement aujourd'hui 8 cellules de prise en charge.
- Le manque des spécialistes notamment les magistrats ;

- le manque de moyens nécessaires qui permettent d'aboutir à des solutions lors des missions.
- Le manque de réformes législatives.
- La cause d'éloignement est aussi considérée comme étant une raison considérable puisque les enfants sont confrontés à l'obstacle de la distance, ce qui les empêche de se présenter par devant les tribunaux.
- Les ONG signalent également la souffrance de ces cellules d'un problème d'hierarchisation des missions et des dossiers puisqu'elles ne prennent pas en considération l'urgence des dossiers<sup>477</sup>.

**422.** Ainsi, c'est dans ces conditions que la difficulté de la garantie de la sécurité et du développement de l'enfant se présente, que ce soit dans le cadre familial ou autre. Toutefois, il est évident que la prise en compte de la sécurité de l'enfant dans l'ensemble de ses échelons est souvent confrontée à de nombreux obstacles qui rendent cette protection limitée notamment au niveau des réformes limitées non seulement dans le cadre familiale mais dans le sens global de la protection juridique de l'enfant ainsi que la prise en compte de sa spécificité.

**Paragraphe 2: L'intérêt supérieur de l'enfant et les limites des législations.**

**423.** La Convention internationale des droits de l'enfant est l'un des premiers textes qui ont reconnu à l'enfant le droit à une protection juridique spéciale. En effet, dans les anciens textes à caractère international notamment la Déclaration de Genève ou encore la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, la référence à la protection juridique de l'enfant est soit inexistante soit superficielle malgré la prise en compte des besoins primordiaux de l'enfant notamment son besoin de développement moral, matériel ou encore spirituel. C'est dans ce cadre de vide juridique que la CIDE est venue imposer des principes et des règles afin de réglementer et d'attribuer des droits spécifiques dont l'enfant doit bénéficier dans différentes branches de droits notamment.

**424.** La Convention internationale des droits de l'enfant a bien marqué l'histoire de la protection juridique de l'enfant en accordant à cette dernière une grande importance à travers un article considéré comme le plus long de la convention puisqu'il aborde dans un premier temps et d'une manière explicite différents thèmes qui permettent de présenter un ensemble de principes directeurs de la protection juridique de l'enfant, puis il évoque les droits fondamentaux de l'enfant tels que ses droits et libertés et enfin l'article prévoit l'obligation des Etats parties de mettre en place une justice consacrée au mineurs et la nécessité de l'élaboration d'autres mesures visant l'incarcération des mineurs. En ce qui concerne le premier paragraphe de l'article 40 de la CIDE, il est question d'évoquer la philosophie et l'esprit de la justice pénale de l'enfant en lui attribuant une forme d'adhésion aux droits de l'Homme.

---

<sup>477</sup> Rapport alternatif des ONG Marocaines, aux 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> rapports de l'Etat marocain de mai 2012 relatif à l'application et le suivi de la CIDE, p. 20.

**425.** C'est ainsi que l'article 40 met l'accent sur les principes éducatifs qui doivent être transmis à l'enfant en favorisant le respect des droits de l'Homme et les libertés fondamentales d'autrui afin de le préparer à l'intégration au monde des adultes, un esprit affirmé dans d'autres articles de la convention et plus précisément dans l'article 29 qui souligne le rôle de l'Etat à imprégner l'enfant de ces valeurs en prévoyant que « *les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à (...) inculquer à l'enfant le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la charte des Nations Unies* ». Dans le même sens, le premier paragraphe de l'article 40 souligne également l'importance d'éduquer l'enfant sur le respect des valeurs des droits de l'Homme. Ces deux articles peuvent sembler identiques, toutefois, dans le fond ils diffèrent l'un de l'autre puisque l'article 29 appelle à ce que les principes des droits de l'Homme et des libertés soient inculqués à l'enfant alors que l'article 40 appelle les Etats parties à garantir ces droits et à les renforcer afin que l'enfant soit convaincu de l'existence de ces principes et valeurs humaines.

En effet, l'esprit global de ces deux articles renvoie tout d'abord au rôle de l'Etat de garantir une justice pénale spéciale à l'enfant, qui doit garder un principe éducatif assurant la transmission des valeurs des droits de l'Homme et de ce qui est bien pour lui ainsi que pour la société dans laquelle il grandit et se développe. Par ailleurs, il est également important de revenir sur le rôle de la famille et de la société dans leur rôle de cette transmission des valeurs puisqu'il est clair que le mécanisme de cette dernière ne peut être efficace et réel que s'il est assuré par l'ensemble de ces acteurs.

**426.** l'esprit de ces articles est également affirmé par les recommandations du comité des droits de l'enfant qui insiste sur la cohérence entre les milieux où l'enfant grandit notamment, la famille, l'école ou la société en affirmant l'importance d'un enseignement cohérent et identique de ces valeurs. Pour le comité des droits de l'enfant, le rôle de la justice qui représente clairement la prise en charge de l'Etat s'affirmant uniquement lorsque le rôle des premiers acteurs échoue.

**427.** Dans le même ordre d'idées, le même article évoque également l'importance de l'éducation et son pouvoir de transmission du « sens de la dignité et de la valeur personnelle », des principes qui permettent avant tout de préparer l'enfant à l'âge adulte et de ce fait, garantir à la société un être sein qui peut à son tour transmettre ces valeurs. Aussi, le même article prévoit explicitement que l'objectif de l'Etat est avant tout un but d'éducation de l'enfant et ainsi doit être le rôle de sa justice pénale des mineurs qui doit répondre aux affaires relatives aux enfants du même esprit et ne soit en aucun cas une justice répressive mais de plutôt donner une deuxième chance à l'enfant et ainsi participer à son éducation.

**428.** En ce qui concerne le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, la convention n'a pas manqué de l'évoquer en précisant sa prise en compte dans le cadre d'une protection spécifique de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la justice pénale en soulignant un processus qui se base avant tout sur l'éducation et en précisant que la répression doit être le dernier recours de l'Etat, une clarification qui fait référence à l'article 3 qui pose le principe de la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les affaires qui le

concernent. Un principe qui renvoi également à des droits fondamentaux de l'enfant devant la justice notamment ceux des libertés. En effet, dans le même sens d'analyse de l'article 40, les droits et libertés de l'enfant sont aussi pris en compte à travers des dispositions qui reflètent l'esprit général de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. En outre, l'intégration de ces droits fondamentaux affirme la vocation d'imposer la spécificité de la protection de l'enfant face à ces droits et insister sur une pensée plus protectrice que celle de l'adulte puisque l'enfant est considéré comme une personne vulnérable qui doit être dotée d'une protection encore plus spéciale quand elle est présentée devant la justice pénale.

Dans ce sens, l'article 40 rejoint clairement le préambule de la convention qui expose la spécificité de l'enfant, sa faiblesse physique et intellectuelle. Des principes qui ont été exposés bien avant la Convention de New York à travers les règles de Beijing qui prenaient en considération la particularité de l'enfant et de ses intérêts.

**429.** Ces principes repris par la convention sont souvent soulignés par le comité des droits de l'enfant qui veille à ce que les Etats parties élaborent un système de justice pénal particulier dédié aux mineurs, tout en rejetant l'idée d'adapter la justice des adultes à l'enfant puisqu'il est considéré comme contraire à l'esprit du texte qui affirme l'obligation des Etats de créer un système de justice spécial qui englobe des spécialistes en la matière et des règles spécifiques.

**430.** L'article 40 évoque également la question de l'âge de l'enfant qui est explicitement rattaché au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, et qui consiste à prévoir un âge fixe dans les législations internes qui ne soit pas trop bas puisque ce dernier peut présenter deux grandes problématiques pouvant être encore débattues. En effet, la question qui se pose est celle de savoir si un enfant doit être puni même lorsqu'il n'a pas conscience de l'acte qu'il a commis et du danger provoqué aux autres par cet acte et par conséquent la punition deviennent uniquement de forme et sans valeur et efficacité, c'est dans ce sens qu'une thèse se manifeste, notamment celle d'estimer l'âge de la responsabilité pénale à celui à partir duquel l'enfant commence à avoir une certaine responsabilité civile.

**431.** Aussi, dans le paragraphe 3 du même article, le texte affirme la vision globale du texte international et rejoint d'autres articles qui visent la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en affirmant l'importance du rôle de l'éducation et de son privilège contre tout autre processus de condamnation ou de punition et ainsi éviter les procédures pénales et les permettre comme un dernier choix en précisant que les Etats parties s'engagent à *« prendre des mesures, chaque fois que cela soit possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les droits de l'Homme et les garanties légales doivent être pleinement respectés »*<sup>478</sup>.

---

<sup>478</sup> Article 40, Paragraphe 3-b.

Ainsi, cette précision rejoint celles déjà présentés dans d'autres articles notamment l'article 3 et 5 qui renvoient également au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui se trouve principalement dans son milieu familial et ainsi permettre à l'enfant une meilleure prise de conscience de ses valeurs du respect des autres et de son estime de soi.

**432.** L'ensemble du texte international reflète une image conforme aux principes des droits de l'Homme notamment la vision éducative et non réprimant pour l'enfant, contrairement à l'objectif du droit pénal des adultes qui se base avant tout sur le fait de sanctionner. Toutefois, l'enfant semble se procurer un traitement spécial dû toujours à sa vulnérabilité mais aussi à la lumière d'un des principes directeurs de la convention qui est l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de la justice pénale oriente ce droit vers l'affirmation du rôle éducatif que doit assumer l'Etat à travers ses lois et ses institutions, en avantageant toutes les mesures éducatives avant toute mesure répressive. Par ailleurs, l'affirmation de ce principe dans le droit pénal revoie également à une problématique précitée plus haut et qui consiste à savoir si cet intérêt doit être supérieur aux autres acteurs de la situation ; ainsi cette prise en considération prévoit avant tout d'agir à travers des mesures éducatives et pédagogiques.

**433.** Cependant, l'application de cette thèse éducative exige un grand nombre de mesures qui elles réclament la création et la mise en place de moyens suffisants. Un cheminement qui débute par le rôle du juge des enfants qui a pour mission de réconcilier entre son intervention pénale répressive et celle éducative. Dans ce cadre, le processus judiciaire français offre cette possibilité à travers les décisions rendues par les magistrats. En effet, lorsqu'un magistrat spécialisé de l'enfance est saisi par une requête du parquet, il doit rendre une décision qui prend en compte certaines conditions notamment celles sociales, afin d'émettre une décision qui répond aux exigences de la CIDE, et c'est dans ce sens que le magistrat décide de faire suivre l'enfant par un service éducatif de l'administration de la protection judiciaire de la jeunesse notamment les centres d'actions éducatives menées par des éducateurs spécialisés qui doivent également assembler les informations sur le mineur et les transmettre au magistrat afin de débiter le travail éducatif auprès du mineur.

**434.** C'est dans ce sens que l'opération qui vise le principe éducatif débute, dans un rôle mutuel entre le magistrat de l'enfance et l'éducateur qui débutent une mission qui vise à rassembler la règle judiciaire découlant de la décision du magistrat et du droit pénal en général mais aussi celle éducative menée par l'éducateur sous le contrôle du magistrat qui se réfère directement aux dispositions de la CIDE. Ainsi, cette coopération entre ces deux principaux acteurs et d'autres administrations permet également l'établissement d'un processus qui se base sur des principes de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, ce secteur a connu un grand nombre de réformes législatives qui ont permis son évolution et l'intégration des principes de la CIDE afin de garantir cet objectif éducatif à travers l'établissement de dispositifs instrumentaux nouveaux dont la création de nouveaux centres et services éducatifs qui participent à la logique d'organisation et d'action technique et pratique en la matière.

**435.** Quant à la question du droit pénal et à la prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière, elle semble être plus compliquée et ne répond toujours pas à toutes les exigences de la CIDE. En effet, l'intégration d'une vision éducative demeure complexe puisque le code pénal marocain n'a pas subi un grand processus de réformes qui permet cette prise en considération. Dans ce sens, nombreuses sont les remarques et les reproches à ce texte qui représentent encore de nombreuses failles, faisant encore aujourd'hui l'objet de critiques des activistes, des défenseurs des droits de l'Homme ainsi que du comité des droits de l'enfant.

**436.** La difficulté de l'intégration des principes des droits de l'Homme dans le code pénal, reflète clairement la complexité de la prise en compte des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur. En outre, cette difficulté est due au cadre général du code pénal marocain. Contrairement au code de la famille marocain et à l'ensemble des réformes qu'il a subi notamment celle de 2004, le Code pénal figure encore aujourd'hui dans les projets de réformes prévus par le royaume. En effet, depuis 2015 un projet de réforme suscite encore des controverses puisque l'ensemble des modifications proposées concernent des sujets sensibles tels que la vie politique et sociale d'un pays où la religion et le pouvoir en place disposent d'une grande importance<sup>479</sup>. Une difficulté qui reflète également le cadre historique du pays en matière anticriminelle qui se base sur un rassemblement de règles de sources plurielles.

**437.** En effet, tout comme le cheminement de la modernisation du droit de la famille, le droit pénal marocain a également subi un long processus d'harmonisation puisqu'il représente aujourd'hui une sorte de mosaïque qui reflète un ensemble de règles qui se réfère aux coutumes des tribus et à la religion musulmane. Avant l'islamisation du pays, toutes les problématiques de la délinquance trouvaient des réponses explicites dans la sphère des règles posées par chacune des tribus dans le respect du territoire et de la différence culturelle<sup>480</sup>. L'islamisation du pays a ouvert le champ à une concurrence évidente entre d'un côté, des règles religieuses desquelles la majorité des populations étaient convaincues et d'autre côté des règles coutumières qui n'ont pas résisté devant l'organisation et les règles d'une religion que la population a largement embrassée<sup>481</sup>.

**438.** C'est dans ce cadre complexe que les juristes marocains originaires des tribus se sont lancés dans un processus d'harmonisation des règles afin d'éviter une probable multiplication de règles. Ainsi, s'est fait l'établissement d'une législation pénale islamique tenant compte des coutumes permettant au marocain de répondre à toutes les questions pénales en jonglant entre les règles explicites de la charia et la spécificité de la coutume, un échange qui a permis une ouverture et une souplesse des règles mais qui a également préservé un pluralisme juridique en la matière, ce qui a rendu encore plus compliquée une unification.

---

<sup>479</sup> Omar BROUKSY, Maroc : un projet de réforme du code pénal divise la société, le Monde, 13 Avril 2015.

<sup>480</sup> Mohieddine AMZAZI, Essai sur le système pénal marocain, éd. centre Jacques-Berque, collection Description du Maghreb, 2013, p. 232.

<sup>481</sup> *Ibid.*

D'ailleurs, cette complexité s'est avérée encore plus pendant le protectorat et jusqu'à la veille de l'indépendance. La tradition a réussi de conserver une place importante et à faire face aux règles étrangères transportées par le protectorat, pourtant durant ce dernier il y a eu la conclusion d'un traité en 1912 qui permettait à la France d'intervenir et de mener des réformes de la justice marocaine. Cependant, le protectorat va se rendre compte qu'il est difficile même en se basant sur ce traité d'établir un droit pénal français au Maroc ou même une période transitoire, puisqu'il sera affronté par un refus catégorique et sera considéré comme une christianisation du pays<sup>482</sup>.

**439.** Les *dahirs* de 1912 ne permettront pas l'application des règles du droit pénal français sur les locaux mais seront appliqués uniquement sur les français, et ce n'est qu'à partir de 1953 que la promulgation de nombreux *dahirs* et de nombreuses réformes visant la justice dans son ensemble que le droit pénal sera atteint. Ces réformes vont chambouler l'ensemble du corps judiciaire, dans la mesure où elles vont modifier les rapports entre les autorités judiciaires et les individus en créant un face à face tendu entre les deux annonçant que la loi sera la seule référence qui précisera les infractions et les peines en excluant les autres normes. Cependant, les réformes menées durant ce protectorat ne feront que renforcer un système judiciaire existant doté d'un pouvoir de force jugé de répressif<sup>483</sup> en négligeant les principes des droits de l'Homme qui sont la référence de la France.

**440.** A partir de l'indépendance, le Maroc prend la décision de conserver les règles déjà mises en place dans leur état afin de préparer le terrain à des réformes plus profondes, tout en promulguant une série de *dahirs* qui limite les pouvoirs exorbitants en place. Cependant ces modifications demeurent formelles sans aucune incidence sur la réalité du système judiciaire en place. C'est dans ces conditions que l'harmonisation du droit pénal s'est faite petit à petit dans le pays avec « la création d'une cour suprême et la promulgation des trois *dahirs* sur les libertés publiques », une décision qui a reflété le choix fait par l'Etat dans la promulgation de son premier Code pénal en 1962. En effet, ce choix fait par le pays dans ce cadre peut être jugé de regrettable puisqu'il n'a pas permis au législateur marocain de reprendre le texte avec une certaine modification évolutive.

**441.** Une codification qui malgré le fait qu'elle vise à promulguer un code moderne, ne va pas complètement se détacher de la référence religieuse qui est la charia. En effet, le Code pénal marocain a également subi dès sa promulgation la pression de la charia à travers un ensemble de ses règles qui reflètent les valeurs et les principes que revendique la loi islamique. Une référence qui tire son origine dans un premier temps de l'ensemble des constitutions que le Maroc a adopté successivement depuis son Indépendance et qui proclamait l'islam comme religion de l'Etat et où le Roi acquiert le statut du commandeur des croyants.

---

<sup>482</sup> Cette politique va permettre le renforcement du mouvement national résistant, puisqu'il va se baser sur la thèse de division que le colonisateur tente de diffuser.

<sup>483</sup> A titre exemple, la peine de mort pouvait être prononcée contre n'importe quelle personne qui tente de commettre un attentat dans l'objectif de détruire le régime en place.

442. La référence à la charia n'est pas explicite dans le code pénal marocain, mais cette question fait encore débat au jour d'aujourd'hui puisqu'elle oppose deux grands courants notamment les traditionnalistes et les modernistes. Ainsi, d'un côté les modernistes revendiquent une coupure complète avec l'idéologie des lois islamiques dans le code pénal et de l'autre côté les traditionnalistes qui affirment l'obligation de préserver les règles qui se réfèrent aux principes de la charia voire même de les réintégrer plus largement dans le texte et de faire un retour complet à ces principes ; une logique qui provoque des divisions entre les traditionnalistes eux-mêmes dans le sens où les plus extrémistes exigent le retour intégral et les plus modérées proposent de préserver les grands principes tout en acceptant quelques modifications.

443. Cette pluralité de discours permet de lancer la réflexion sur l'ambiguïté que peut porter cette divergence de revendications, puisqu'elle rassemble la rigueur du droit pénal islamique et les règles pénales adoptées par le monde d'aujourd'hui et qui se basent sur les principes des droits de l'Homme adoptés par tous les pays démocratiques<sup>484</sup>. En effet, le législateur marocain se trouve devant un grand dilemme de moderniser ou de protéger les valeurs islamiques dont la majorité de la société défend. Pour le courant traditionnaliste le droit pénal moderne est dans l'incapacité de protéger ces principes et donc sa supériorité sur ces derniers est considérée comme illégitime puisque l'idée de base du droit pénal qui est de différencier entre le mal et le bien, entre le licite et l'illicite n'est pas identique et donc l'idée même de la justice n'acquiert pas la même référence de base.

Pour les défenseurs de la vision traditionnaliste, défendre la charia c'est protéger la religion musulmane qui ne divise pas entre les dimensions spirituelles, politiques et sociales ; cette association permet selon ce courant d'aider l'islam à rayonner de nouveau en garantissant la justice à chaque individu mais plus particulièrement à l'ensemble de la communauté et d'aider cette dernière à se débarrasser des dirigeants qui règnent sans respecter la loi de Dieu et sans retour au Coran et à la tradition du prophète ce qui représente la principale cause de la régression de la société.

444. Cependant, malgré la difficulté à laquelle le législateur marocain a été confronté, de nombreux éléments ont permis une évolution évidente et tangible du code pénal et des lois adoptées dans ce sens. En effet, nombreux sont les éléments qui ont permis les transformations qu'a subi la société marocaine que ce soit au niveau politique ou sur le plan social. Ainsi en ce qui concerne ce dernier, les indicateurs sociaux démontrent clairement que la société marocaine est sur le chemin de la modernité, un constat fait à travers les comportements quotidiens des individus qui commencent à abandonner leurs attachements à certaines règles de droit pénal qui puisent leurs origines dans la charia ainsi que les règles relatives à la culture qui sont clairement violées par la population.

---

<sup>484</sup> Mohieddine AMAZI, *op. cit.*, Essai sur le système pénal marocain, chapitre I, la nostalgie de la charia. Disponible sur : <https://books.openedition.org/cjb/398>

S'ajoute à cela le fait que l'une des institutions fondamentales de la société musulmane qui est la famille connaît également des mouvements évolutifs qui permettent des réformes plus profondes des lois qui régissent cette société<sup>485</sup>.

445. Cependant, il faut noter que l'évolution que connaît la société marocaine est assez lente puisqu'elle succède à un système assez complexe, partagé entre une culture divisée entre une référence religieuse, culturelle et coloniale. Cette évolution a quand même permis l'émergence de nouveaux rôles aux acteurs participant à la transition du système en général, une évolution qui permet au droit pénal de mieux recevoir les principes des droits de l'Homme. Par ailleurs, l'évolution de la société marocaine est également confrontée à une importante ambiguïté légitimée par la dernière Constitution de 2011. En effet, malgré le fait qu'elle soit récente, elle ne prend pas clairement le chemin de la modernité que souhaite emprunter un pays qui revendique la volonté d'intégrer les principes des droits de l'Homme dans l'ensemble de sa législation.

446. La Constitution de 2011 représente bien une continuité de l'ambiguïté portée autour des rapports entre la religion de l'Etat et la modernité adoptée dans le texte à travers l'intégration des principes de droits de l'Homme. Comme nous l'avons déjà précisé plus haut, la Constitution de 2011 est l'aboutissement d'un grand mouvement social survenu lors des vagues révolutionnaires dans le monde arabe, mieux connu sous le nom du « Printemps arabe ». Ainsi le texte est le fruit des revendications du mouvement du 20 février dans le but d'apporter des réponses politiques et sociales et d'adopter une modernité à toutes les institutions du pays.

447. L'adoption de ce texte n'a pas permis d'apporter des réponses à toutes les revendications, commençant par le système politique en place qui n'a connu aucun changement et dans lequel le texte a écarté l'adoption d'une monarchie parlementaire en réaffirmant une monarchie absolue à travers la fonction du Roi qui n'a pas été touchée, un rôle qui repose principalement sur le caractère religieux qui attribue au Roi en tant que commandeur des croyants la mission de veiller à ce que l'islam soit la religion de l'Etat et qu'aucune révision qui modifie les dispositions qui vont dans ce sens n'y soit apportée.

C'est dans ce cadre que l'article 175 dispose qu'« aucune révision ne puisse 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 » ; une disposition qui bloque toute possibilité de réformes profondes. Cependant, le texte adopte une autre disposition qui crée clairement l'ambiguïté et qui est d'apporter une disposition plus moderniste à travers l'article 42 attribuant au Roi la responsabilité de veiller « à la protection du choix démocratique et des droits et libertés des citoyennes et des citoyens, et des collectivités, et au respect des engagements internationaux du Royaume ».

---

<sup>485</sup> Emmanuel.TODD, Youssef. COURBAGE, Révolution culturelle au Maroc : Le sens d'une transition démographique, Institut national d'études démographiques. Rapport établi par la Fondation Res Publica, 2007.

Cette disposition expose la complexité du système marocain par le fait qu'elle appelle à la confirmation des principes des droits de l'Homme sans pour autant évoquer la prise en compte de la religion. Toutefois, c'est par le billet de ces deux dispositions que le système marocain conserve cette ambivalence qui peut être jugée par quelques spécialistes comme étant un équilibre puisqu'elle permet une interprétation diverse pour les deux courants afin de garantir le fonctionnement des institutions.

Par ailleurs, c'est cette double référence constitutionnelle qui fait face à la rapidité de la modernisation des institutions puisque l'argument religieux est considéré comme prioritaire et assez fort face à celui libéral et évolutif, ce qui rend plus difficile la remise en question des questions principales dans le système en place. C'est ainsi, que dans le cadre du droit pénal que l'ambiguïté entre un Etat de droit et un Etat où la religion acquiert une grande importance apparaît lourd; il demeure clair que toutes les mesures entreprises par le royaume ne doivent en aucun cas contredire les principes de la charia.

**448.** Ainsi nombreux sont les exemples qui contredisent le système pénal marocain avec sa référence, comme par exemple les libertés individuelles et la peine de mort qui continuent à se référer à la religion mais qui sont encore à nos jours ancrées dans le code pénal marocain malgré les efforts et les revendications des défenseurs des droits de l'Homme. En outre, évoquer la modernisation du système pénal marocain qui est considéré comme dépassé signifie clairement la réconciliation de ce dernier avec sa référence, chose qui n'est pas évidente afin de permettre les avancées souhaitées<sup>486</sup>.

**449.** Comme nous l'avons précisé, les difficultés de la modernisation auxquelles le droit pénal marocain est confronté sont principalement celles qui portent sur les droits humains de manière générale et plus précisément ceux des libertés individuelles. Ainsi, pour comprendre la logique de cette difficulté, il est important de revenir sur le principe de la liberté tel qu'il est appréhendé aujourd'hui et de préciser qu'il est considéré comme un principe récent pour la société marocaine et qu'il a puisé et affirmé sa présence à travers les lois intégrées depuis le protectorat. Cependant, la conception de la liberté elle-même se trouve devant la double référence puisque dans le fond, elle n'aboutit pas à la même définition. En islam toute liberté est attachée à la soumission de chacun à la loi de Dieu et la priorité est attribuée d'abord au groupe et à la communauté suivant les règles définies par le Coran et la sunna, alors que le sens de la liberté défendu par un nombre de dispositions par le législateur marocain sont d'abord celles qui puisent dans le droit français. Ensuite viennent celles des engagements internationaux et qui se réfèrent dans l'ensemble à la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui reconnaît l'individualisation des droits et des devoirs. C'est dans le même ordre d'idées que le droit pénal marocain s'est trouvé face au dilemme de faire des choix stratégiques tels qu'intégrer les principes des droits de l'Homme tout en préservant quelques normes qui se réfèrent à la religion ou à la culture.

---

<sup>486</sup> Mohieddin AMAZI, *op. cit.*, p. 140.

**450.** En effet, nombreuses sont les questions en souffrance à cause de cette référence diverse, qui, malgré les efforts émis par le royaume dans l'objectif de réformer le droit pénal demeure insuffisante. Le texte actuel est considéré par les activistes et les défenseurs des droits de l'Homme tel que Ahmed ASSID<sup>487</sup> comme étant dépassé et ne répondant plus à la réalité de la société puisque la société marocaine a subi de grandes mutations depuis l'élaboration du premier Code pénal qui date de 1962, et qui représente aujourd'hui même des contradictions avec la Constitution marocaine révisée en 2011. Ainsi, pour répondre à cette urgence un grand projet de réforme du Code pénal marocain est lancé depuis 2015. Toutefois, il demeure bloqué parce qu'il engendre de grands débats au sein du parlement puisque le courant conservateur bloque le cursus des réformes qui concernent les libertés individuelles.

**451.** Les questions qui opposent les deux courants « conservateurs et modernistes » sur la réforme du Code pénal sont nombreuses mais les plus importantes se présentent comme suit :

- D'abord en ce qui concerne les libertés individuelles qui sont basées jusqu'aujourd'hui sur une approche religieuse et traditionnelle.
- La religiosité qui demeure conditionnée par l'affirmation de l'Islam comme religion officielle de l'Etat.
- La difficulté de reconnaître à chaque individu la liberté de son corps.

De ces grands titres ressort clairement la problématique du Code pénal marocain, qui regroupe un nombre de dispositions qui criminalisent et punissent des actes qui s'inscrivent dans les principes des droits de l'Homme. Ainsi les sujets objets de la problématique se présentent comme suit :

- Les relations sexuelles hors mariage, qui sont pénalisées par l'article 490<sup>488</sup>.
- L'adultère, qui est puni d'emprisonnement par l'article 491<sup>489</sup>;
- L'avortement, puni d'un à deux ans d'emprisonnement de par les articles allant de 449 à 458;
- L'homosexualité, punie selon l'article 489 d'emprisonnement de six mois à trois ans.

Cette situation a également fait l'objet d'un rapport élaboré par le conseil national des droits humains et adressé au parlement plaidant pour le respect des libertés individuelles et de la vie privée ainsi que des engagements internationaux, qui ne sont pas respectées en vue du nombre des affaires que la justice traite dans ce sens.

---

<sup>487</sup> Ahmed ASSID est un écrivain, professeur de philosophie et militant politique engagé pour la laïcité et les valeurs démocratiques et universelles.

<sup>488</sup> « Sont punies de l'emprisonnement d'un mois à un an, toutes personnes de sexe différent qui, n'étant pas unies par les liens du mariage, ont entre elles des relations sexuelles ».

<sup>489</sup> « Est punie de l'emprisonnement d'un à deux ans toute personne mariée convaincue d'adultère. La poursuite n'est exercée que sur plainte du conjoint offensé ». De plus, il est important de souligner qu'en cas d'adultère le conjoint offensé peut retirer sa plainte et mettre fin aux poursuites contre le conjoint adultérin. Une disposition qui crée une grande problématique lorsqu'il s'agit de mettre fin à la poursuite d'une des deux personnes adultérins, la deuxième personne demeure condamnée à la peine prévu pour l'adultère.

En effet, en se basant sur ces lois liberticides, les chiffres démontrent une autre réalité que celle revendiquée par les conservateurs qui voient dans la criminalisation la protection de la société. En 2018 la justice marocaine a « *poursuivi 14, 503 personnes pour débauche, 3,048 pour adultère, 170 personnes pour homosexualité et 73 personnes pour avortement ce qui représente au moins 600 à 800 intervention par jour* »<sup>490</sup>. Malgré ces chiffres assez importants, la version actuelle du projet de réforme du code pénal ne propose pas une révision complète des dispositions qui concernent ces sujets à part un simple assouplissement de l'IGV<sup>491</sup> qui peut être exercée mais sous certaines conditions que la loi autorise et qui peuvent être légales uniquement en cas de viol, d'une malformation du fœtus ou si ça représente un danger pour la femme enceinte tout en préservant la condition principale qui est celle d'une relation sexuelle dans le cadre du mariage<sup>492</sup>.

**452.** A cet égard nombreux sont les critiques puisqu'au Maroc, le nombre des enfants nés hors mariage dépasse les 50,000 chaque année dont trois cents sont laissés à l'abandon dans la rue selon les associations luttant pour les droits des femmes et des enfants<sup>493</sup>, et c'est dans le même sens que le dernier rapport alternatif des ONG marocaines sur l'application de la CIDE, souligne l'urgence d'une révision du Code pénal en appelant à la suppression de l'article 490 qui condamne les rapports sexuels hors mariage qui aboutissent souvent à une inégalité entre l'homme et la femme et à l'abondant des enfants nés hors le cadre légal.

**453.** La situation alarmante du Code pénal engendre des complications encore plus importantes et limite l'application de l'ensemble des réformes menées par le législateur marocain dans de nombreux domaines allant jusqu'à contredire l'esprit défendu par les réformes récentes qui prennent en compte les principes des droits de l'Homme et respectent les engagements internationaux tels que ceux du Code de la famille qui répond à un esprit familial en développement et aux exigences d'une société en mouvement. Ainsi, la prise en compte des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur est également atteinte par les limites posées par les mœurs et la religion face au progrès et au mouvement actuel de la société. Ces limites sont évidemment traduites à travers l'imparfaite intégration des principes des droits de l'Homme de manière générale et ceux de l'enfant en particulier que ce soit dans les textes de droit ou encore dans l'organisation étatique qui demeure très limitée.

---

<sup>490</sup> Zoubida SNOUSSI, Code pénal : Quel avenir pour les libertés individuelles au Maroc ? 12 décembre 2019. Disponible, sur : [www.hespress.com](http://www.hespress.com).

<sup>491</sup> Un assouplissement qui résulte d'abord d'une volonté et d'un arbitrage royal, puisque c'est le Roi Mohammed VI qui avait décidé dès 2015 d'entamer une consultation à la dépenalisation de l'IGV, une décision qui n'a pas débouché à la suppression de cette législation obsolète.

<sup>492</sup> Malgré ce retard de la révision du texte, le président de la commission justice à la chambre des représentants, Takhfik MAIMOUNI évoque une prise de temps nécessaire « puisqu'un texte qui date des années soixante demande une grande attention afin de transformer les comportements des gens ».

<sup>493</sup> *Idem*.

## **Chapitre II : Les limites à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**454.** Depuis l'émergence de la CIDE, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant est devenue la préoccupation de tous les Etats parties de la convention, qui visent à faire intégrer ce principe graduellement dans leurs législations et à veiller à son respect à travers la mise en place des processus et des mécanismes qui font de l'intérêt supérieur de l'enfant la première occupation dans toutes les affaires qui le concernent.

Cependant, cette intégration se trouve devant un nombre de difficultés qui la compliquent notamment dans les pays en voie de développement ou encore ceux qui se basent sur d'autres sources que le droit positif dans l'objectif de répondre aux exigences des principes des droits de l'Homme. L'analyse du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et sa prise en compte ne peut être réalisée sans l'existence de nombreux éléments que ce soit à travers les lois promulguées par le pays ou par l'adoption culturelle et sociale de ce principe.

C'est dans ce sens, qu'un pays comme le Maroc trouve des difficultés dans la mise en place des mesures explicites, de la prise en compte de ce principe et de sa réalisation. Ainsi, l'évaluation de cette intégration passe par l'analyse des principaux éléments attachés à la concrétisation du principe ; dans le système marocain deux principaux éléments méritent l'analyse afin de comprendre le fond des limites que représente ce système dans la prise en compte de ce principe tel qu'il est défini par la CIDE.

**455.** En effet, dans le cadre du droit de la famille, évoquer les droits de l'enfant, leur protection ainsi que leur intérêt supérieur, ne peut se faire sans un recours à la famille et plus précisément aux parents et au rôle de chacun d'entre eux dans la concrétisation de ce principe. Cependant, l'affirmation de ce rôle parental ne peut se faire que dans une atmosphère égalitaire des parents et d'une individualisation des droits de chaque membre de la famille, un esprit que le Code de la famille de 2004 a tenté de mettre en place sans pour autant répondre aux exigences des activistes et de la communauté internationale dans la prise en compte de l'égalité entre l'homme et la femme au sein de la société en général et de la famille en particulier.

**456.** La place de la femme dans la réforme de 2004 du Code de la famille, reflète également l'esprit du texte et démontre jusqu'où le législateur marocain est prêt à aller pour mettre en cohérence sa législation nationale avec ses engagements internationaux. Pour cette raison, il semble important de revenir sur la place de la femme qui garde un lien directe avec l'enfant et son intérêt supérieur dans cette société à double référence législative ainsi de comprendre l'intégration et les limites de ses droits dans le texte de 2004 (Section 1).

**457.** Cette stagnation ne concerne pas uniquement les limites de la prise en compte des droits des femmes dans l'ensemble du texte, mais elle est également due à une raison principale que nous avons déjà évoquée plus haut et qui est la double référence du

législateur marocain en matière familiale. En outre, la référence à la religion musulmane peut paraître pour quelques spécialistes comme étant une affirmation d'une spécificité culturelle et sociale mais en réalité, elle peut être une barrière pour des réformes plus profondes et représenter quelques limites pour le model familial en mouvement et plus précisément pour la prise en considération des droits de la femme, de l'enfant et de son intérêt tels qu'ils sont reconnus par les textes internationaux. La double référence du législateur marocain ne résulte pas seulement des limites et des contradictions au sein des textes juridiques mais elle atteint également le rôle de l'Etat et son implication dans la protection des droits de l'enfant. Une situation qui met en confrontation les textes internationaux, ceux nationaux et la réalité d'une mauvaise gouvernance en la matière (Section 2).

## **Section 1 : La place de la femme et de la religion, des éléments qui participent à la stagnation de l'intégration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**458.** Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe d'ordre international qui s'est imposé dans la majorité des Etats qui ont signés et ratifiés la CIDE ; un engagement qui oblige les Etats parties de mener un ensemble de réformes afin de mettre en cohérence l'ensemble de leur législation avec les principes de toute la convention qui, à la base découlent du principe de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Comme nous l'avons précisé, pour les Etats développés et qui ont la Déclaration des droits de l'Homme comme référence de législation, l'intégration et la prise en compte du principe s'avèrent plus faciles puisque la référence de l'ensemble des droits qui participent à la réalisation du principe découlent des principes des droits de l'Homme sans aucune référence qui peut représenter des contradictions. Cependant, la problématique se pose pour les Etats parties en voie de développement tel que le Maroc, qui sauvegarde jusqu'à nos jours une double référence. En effet, cette dernière affecte clairement le progrès et l'intégration d'un nombre de principes des droits de l'Homme reconnus universellement. Ainsi, ce recours aux principes religieux engendre souvent des contradictions entre le respect de cette référence et les engagements auxquels le Maroc est tenu, une situation qui nuit visiblement aux droits de l'enfant et à la garantie de son intérêt supérieur (Paragraphe1). Puis dans le même ordre d'idée, il semble important d'évoquer les principes concernés et touchés par cette double référence qui emprisonne d'une manière directe ou indirecte certains nombres de principes fondamentaux protecteurs des droits de l'enfant tels que la liberté de religion qui, en principe, doit figurer parmi toute prise en considération de l'intérêt de l'enfant au détriment de l'environnement social ou familial (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 : La référence religieuse et la volonté politique sont-elles contradictoires ?!**

**459.** La référence religieuse acquiert une grande importance dans le système judiciaire marocain et particulièrement dans celui qui régleme la famille considérée comme le noyau de la société jugée jusqu'à nos jours de traditionnelle mais en mouvement vers la modernisation. En effet, le Maroc a depuis son indépendance souhaité la sauvegarde d'une spécificité référentielle dans le cadre de l'élaboration d'une société moderne sans pour autant éliminer le caractère religieux de l'ensemble de ses institutions.

**460.** Evoquer l'islam au Maroc, c'est avant tout parler d'une organisation et d'un choix politique que le pays a adopté depuis son indépendance en 1956 ; une référence qui a permis la construction d'un modèle idéologique spécifique et dont l'objectif était principalement d'unifier la nation ainsi que ses lois sous une même doctrine.

Un choix stratégique qui n'est pas fait par naïveté mais qui s'est basé sur un élément principal qui a représenté même l'argument le plus fort des militants lors de la revendication d'indépendance, ainsi que celui qui permettait l'unification de toutes les régions en une seule représentation qui est celle d'un Etat-nation. L'unification sous l'argument religieux représentait une carte garantie afin d'élaborer un discours unifié contre le protectorat à court terme et de permettre la construction d'un Etat basé sur son identité musulmane à long terme.

**461.** Une référence qui a permis à l'Etat marocain depuis l'indépendance jusqu'à nos jours, d'affirmer, de légitimer le pouvoir en place et d'éliminer toute autre force politique qui souhaite sa destruction. C'est ainsi que l'élément religieux qui, autrefois représentait uniquement un élément identitaire, s'est transformé en une garantie au pouvoir en place qui lui accorde une légitimité. Par ailleurs, l'utilisation de l'islam comme dimension politique a suscité un changement suite aux mouvements et aux mutations d'ordres politique, démographiques et culturels <sup>494</sup> qui ont participé à sa renaissance et à son adaptation à une société marocaine en évolution.

**462.** Tous ces éléments ont contribué de manière directe et indirecte à l'intégration de l'islam comme religion dans un système politique qui en a fait un élément principal dans l'ensemble de ses institutions depuis son indépendance. Cette prise en considération de la religion a quand même suscité une adaptation spécifique au pays en prenant compte de son histoire évolutive. Ainsi, l'adoption de l'islam malékite est un choix stratégique

---

<sup>494</sup> Ces mutations sont dans un premier temps démographiques dues une croissance démographique historique dans les pays en voie de développement et qui ont suscité l'existence d'une société musulmane majoritairement jeune qui a choisi dans la majorité des situations l'exode rurale.

Elles sont en second lieu politiques avec l'indépendance et l'adoption d'un Etat dont la religion est l'islam en imposant une monarchie absolue, et enfin culturelles dues à la scolarisation des générations d'après l'indépendance ce qui a participé à une remise en cause de la culture traditionnelle des parents et à la reconstruction d'un modèle qui garde les mêmes principes de base mais qui tente de moderniser ses règles.

fondé sur de nombreuses raisons afin de protéger le pays des idéologies fanatiques et de permettre son adaptation à l'atmosphère politique, culturelle et sociale du pays<sup>495</sup>.

Néanmoins, ce choix a été facile à adopter puisque les règles du rite malékite sont dotées d'une certaine souplesse qui permet leur évolution notamment grâce à de nombreux concepts dont, l'analogie, la souplesse dans le choix des solutions et l'intérêt général du groupe ou de la société. Cependant ces mêmes éléments peuvent être contraires à une évolution évidente à travers l'interprétation des oulémas, tenus aujourd'hui à adapter leurs visions à celles adoptés par l'Etat, une situation qui met le pays devant un grand dilemme et met en place la complexité et l'ambiguïté des règles religieuses avec celles apportées à travers le droit positif étranger.

**463.** La présence de la religion dans la vie politique et sa prise en compte dans la construction des systèmes et des visions futures des Etats font encore aujourd'hui débat au sein des sociétés, comme le Maroc qui, malgré la diminution de la place du caractère religieux, demeure présent et représente encore une base de légitimité de la politique menée par l'Etat. L'adoption de cette vision renvoie à l'interrogation sur la signification et la place qu'occupe le droit dans le pays qui a conservé un héritage juridique de sa période de protectorat.

**464.** En effet, c'est cet héritage et son fusionnement avec la religion qui représentent toute la complexité de la question puisque l'adoption d'un droit étranger ne signifie pas un simple transfert de techniques ou de règles mais reflète également l'adoption d'une idéologie et d'une philosophie que l'Etat mène dans l'objectif d'instaurer « *une perfection sociale, à savoir un système juridique idéal producteur d'un ordre social efficient, transparent et juste* »<sup>496</sup>. Une vision qui oblige l'Etat marocain à établir des institutions politiques, économiques et sociales similaires à celles qui existent en occident<sup>497</sup>, sans pour autant négliger le caractère religieux sur lequel se construit la légitimité même du monarque.

**465.** En effet, en faisant un retour à la place de la religion et du pouvoir dans l'histoire du Maroc, la distinction entre les deux sphères semble être difficile puisque depuis l'indépendance en 1956, tous les monarques se sont référés à la religion musulmane afin de sacraliser leur rôle et de protéger le trône alaouite. Toutefois, la considération de la religion et son rapport avec le politique n'ont pas subi la même prise en compte ni la même évolution. En effet, cette dernière a clairement influencé l'adoption des lois partant de la constitution jusqu'à la codification et la réglementation de l'ensemble des institutions, dont celle familiale qui fait notamment l'objet d'un entremêlement d'une base religieuse explicite et d'une vision politique qui balance entre le traditionalisme et le modernisme.

---

<sup>495</sup> Mohamed TOZY, l'évolution du champ religieux marocain au défi de la mondialisation, Revue internationale de politique comparée, 2009/1, Vol. 16, p. 63, 81.

<sup>496</sup> Thierry. DELPEUCH, La coopération internationale au prisme du courant de recherche, droit et développement, droit et société, n° 62, 2006, pp. 119-175. SPP.

<sup>497</sup> *Ibid.*

Ainsi, il semble important dans un premier temps de définir la liaison existante entre le religieux et le politique au Maroc qui tient à défendre sa spécificité en la matière. Puis se pencher sur l'influence de cette spécificité sur le Code de la famille marocain et sur le rôle attribué à la femme dans l'objectif de concrétiser l'évolution du droit de la famille en générale et de son incidence sur la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### ***A - Définition du religieux et du politique.***

**466.** Définir le religieux semble être évident et simple puisqu'il renvoie principalement à l'ensemble des règles qui permettent de définir la relation entre l'être humain et son créateur. Cependant, cette définition ne fait pas l'unanimité puisqu'elle représente une définition qui se réfère uniquement à la sphère privée, une vision que de nombreuses écoles refusent, en précisant que le religieux se manifeste également à travers les acteurs qui participent à l'interprétation de la doctrine chez les croyants.

**467.** Ces acteurs sont « *définis soit par les institutions et organisations religieuses, et leurs représentants, mais aussi par les oulémas reconnus par l'État, les confréries mystiques et leurs chefs ainsi que les imams de mosquées, etc.* »<sup>498</sup>. Cette référence s'élargit également à travers le rôle mené par les groupes politiques ou encore par le rôle principal du monarque comme nous l'avons précisé plus haut, ce qui permet l'élaboration d'une perception sur la relation existante entre le religieux et le politique.

**468.** La place du religieux en terre d'islam a souvent fait l'objet d'un flou et d'une ambiguïté puisqu'il n'existe aucune règle explicite qui régleme la question. Toutefois, dans de nombreux pays musulmans, la place du religieux dans le politique acquiert une place importante qui s'est renforcée tout au long de l'histoire à travers une chaîne d'autorité forte dirigée par la constitution d'un pouvoir fort légitimé par la religion. Ainsi, l'affirmation du religieux dans le politique s'est également renforcée non seulement par la référence du chef d'État en sa qualité de commandant des croyants, mais également dans un contexte plus large à travers les partis politiques à référence religieuse qui sont, soit créés soit contrôlés par le pouvoir lui-même dans l'objectif de renforcer ce caractère religieux dans la sphère politique<sup>499</sup>.

**469.** L'existence du religieux dans la sphère politique représente aujourd'hui une réalité adoptée par certains États et notamment certains dirigeants afin de conserver le pouvoir. Toutefois, cette stratégie subit une concurrence qui la fragilise. Cette dernière est due tout d'abord au processus de démocratisation adopté par la majorité des États, ainsi que la mondialisation et le mouvement des sociétés qui ont obligé les États à vouloir créer une harmonie entre le politique et le religieux afin de préserver la spécificité du pouvoir en place.

---

<sup>498</sup> Franck FREGOSI, Malika ZEGHAL, Religion et politique au Maghreb : les exemples tunisien et marocain, institut français des relations internationales, n°11, IFRI, 2005, p. 34.

<sup>499</sup> *Idem.*

**470.** De la sorte, le Maroc a encore jusqu'à ce jour un long chemin de démocratisation à parcourir, la démocratisation ayant débuté bien avant le protectorat mais s'étant renforcée pendant et à la fin de ce dernier. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la relation du religieux et du politique au Maroc tire son origine du lien existant entre le monarque et la figure prophétique, un facteur qui a joué un rôle très important dans l'instauration et la légitimation de la monarchie, et représente l'argument principal instrumentalisé à des fins politiques.

**471.** Cette instrumentalisation s'est manifestée depuis le protectorat, qui a également participé à la sacralisation de la religion à travers le sultan en place. Cette stratégie est clairement exposée par le Général LYAUTEY qui s'est exprimé à ce propos en affirmant qu' « *on s'est attaché d'abord à rehausser le prestige personnel du sultan, en faisant revivre autour de lui les anciennes traditions et le vieux cérémonial de cour, à garantir scrupuleusement l'autonomie de son pouvoir religieux, à raffermir sa confiance et son autorité en l'associant à nos projets, en sollicitant ses réflexions et ses avis* »<sup>500</sup>. Une déclaration qui s'inscrit dans le cadre des accords élaborés pendant le protectorat qui visent à sauvegarder et protéger la religion musulmane, le rôle du sultan et les institutions musulmanes.

**472.** Une stratégie qui s'est renforcée après l'indépendance où les symboles religieux ont servis la stratégie du maintien du pouvoir par les rois marocains, d'abord le Roi Mohammed V qui, à partir des années 1940, va s'allier avec les nationalistes chez qui l'argument religieux pèse sur la définition du nationalisme et d'indépendance, et qui va ensuite insister sur ce caractère religieux afin de dissoudre certains partis politiques notamment le parti communiste marocain sous prétexte d'atteinte à la religion musulmane et à l'ordre public puisque la monarchie toute entière s'identifie à la religion musulmane et c'est cette identification qui représente sa sacralité.

De plus, lors de la désignation de son fils Hassan II comme prince héritier, il le conseilla d'adopter les principes religieux et de ne pas s'éloigner du chemin de Dieu en faisant du Coran, du prophète et des califes ses repères afin de bien guider la nation. A l'avènement du Roi Hassan II au pouvoir, cette sacralité s'est affirmée à travers la politique menée par le monarque qui consiste à considérer la religion comme étant le centre d'une construction sociale et étatique.

**473.** Nombreux sont les discours du Roi Hassan II qui évoquent l'importance de la religion notamment celui de 1968 dans lequel il insiste sur l'importance de la formation religieuse qui permet de former le bon citoyen<sup>501</sup>, et il va même plus loin en considérant la charia comme étant un don de Dieu pour les musulmans et qui doit être respectée par toutes les générations<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup> Rapport général sur la situation du protectorat français au Maroc, p.14, in Youssef BELAL, L'islam politique au Maroc, dans pouvoirs, 2013/2 n° 145, p. 2.

<sup>501</sup> Discours du Roi Hassan II en 1968.

<sup>502</sup> Youssef BELAL, L'islam politique au Maroc, dans pouvoirs, 2013/2 n° 145, p. 2.

**474.** La vision du Roi Hassan II repose sur l'appropriation de la gestion de la religion musulmane afin de créer une communauté musulmane de sujet de sa majesté contrairement aux voisins qui ont créé une communauté démocratique de citoyens musulmans. Cette vision qui a permis l'institutionnalisation du statut des commandeurs des croyants, qui va être tout au long du règne de Hassan II et celui de Mohammed VI jusqu'à ce jour, un facteur à double tranchant puisqu'il leur légitime la parole et les décisions mais leur confie également la tâche de protéger la religion musulmane dans l'ensemble du territoire.

**475.** Dans ce sens la monarchie a donc fait de son choix stratégique une règle qui est celle de faire vivre la monarchie de la religion et de faire vivre la religion dans l'espace public. Cette stratégie a marqué sa continuité avec l'avènement de Mohammed VI au pouvoir qui même en visant la démocratisation et la modernisation du pays, va sauvegarder cet attachement religieux à travers la Constitution de 2011, considérée comme affirmant l'indivisibilité de l'État et de la religion qui se manifestent avant tout par l'incarnation de la personne du Roi. C'est pour cette représentation qu'il demeure difficile d'évoquer la séparation entre religieux, politique et monarchie, et de définir les limites de chaque élément dont les rapports semblent difficiles voire impossibles car « ces logiques se croisent, se complètent, parfois se subordonnent pour dessiner un tableau complexe des relations entre État et religion.

S'ajoutent à cela deux autres éléments de poids : d'abord l'idéologique qui renvoie à la religion comme un élément socioculturel qui participe à l'organisation et à la structuration du champ politique, puis celui qui peut être considéré comme administratif et qui renvoie aux obligations de l'État d'administrer et de contrôler le domaine religieux<sup>503</sup>. Dans ce sens, il semble difficile de prendre en considération les trois éléments sans pour autant faire face à un ensemble de contradictions.

**476.** En effet, respecter le caractère religieux, l'État et la monarchie est une mission difficile à accomplir puisque chaque élément est porteur de certains caractères qui peuvent empêcher sa cohérence avec l'autre. Cette analyse permet de se pencher sur une question primordiale qui est celle de savoir à quel point l'État marocain est allé afin de répondre à la modernisation et la démocratisation de son système, chose qui reflète la place qu'occupe la religion dans ce même système.

**477.** Il est vrai que l'engagement du Maroc dans le processus de la modernisation et de la démocratisation est lancé depuis son indépendance avec une accélération dès le début du règne du Roi Mohamed VI, mais l'emprunt de ce chemin ne peut être considéré comme ordinaire pour un pays comme le Maroc, car il est difficile de concevoir un changement absolu, basé sur des règles universelles tout en conservant des principes religieux qui visent une culture ou une communauté spécifique.

---

<sup>503</sup> Mohamed EL AYADI, Rahma BOURQUIA, Mohamed DARIF, État, monarchie et religion, Les cahiers bleus, n° 3, février 2005.

**478.** Ainsi, dans ce sens, une question majeure se pose sur l'universalité des droits de l'Homme face à la particularité culturelle et religieuse, à laquelle le Maroc a essayé d'apporter une réponse en installant un équilibre entre l'universalité et la spécificité de la société marocaine. Une mission qui a exigé des efforts afin d'intégrer les principes universels de la démocratisation dans le système interne.

D'ailleurs le Maroc a prouvé durant ces années de modernisation de son système que la possibilité d'une cohérence entre ces principes universels et des valeurs religieuses dans certains domaines est possible tant que ces dernières sont respectées, chose qui ne constitue pas la règle puisque cette intégration se réduit lorsque les principes universels sont contraires aux principes religieux, notamment dans certains domaines où le droit musulman demeure la source directe et exclusive.

**479.** Il est donc évident que la dualité de référence du droit marocain est le résultat de l'adoption d'un droit qui peut être qualifié à la fois d'original et problématique, étant donné que lorsque l'élaboration de ce droit exige la modification ou la suppression d'une norme ou principe, le législateur est souvent mené à éliminer celle du droit moderne en conservant celle du droit musulman même lorsqu'elle ne répond plus aux exigences sociales ou culturelles de la société marocaine. Par ailleurs, nombreux sont les exemples qui renvoient à l'adoption des règles contradictoires entre les principes universels et ceux particuliers.

**480.** En outre, ce pluralisme juridique se concrétise dans les réformes menées par le législateur qui reflètent l'image d'un assemblage entre les règles traditionnelles et celles modernes dans tous les domaines partant de la constitution au droit civil, pénal et administratif<sup>504</sup>. En effet, à l'exception du droit de la famille, le législateur marocain prône un discours de modernisation en adoptant les principes des droits de l'Homme dans l'ensemble de sa législation.

**481.** Cependant, la réalité des textes actuels démontre clairement la difficulté du législateur marocain de rompre avec les valeurs du droit musulman et nombreux sont les exemples qui reflètent cette difficulté. Il y'a d'abord le Code des obligations et des contrats qui, à travers l'article 484, interdit toute vente entre musulmans de choses considérées et déclarées comme impures par la loi religieuse. Ou encore le droit pénal qui, à travers son article 222, interdit également à tout musulman de rompre le jeûne en public pendant le mois du Ramadan sans motif autorisé par la religion musulmane<sup>505</sup>.

**482.** Ces références servent de preuve à l'attachement du législateur marocain aux lois religieuses et aucune loi moderne ne peut annuler des principes religieux qui sont explicitement exposés par le texte coranique ou encore par la sunna. De plus, ces articles ont clairement fait preuve d'une prise en considération littérale du texte et voire même se sont référés au droit musulman d'une façon directe.

---

<sup>504</sup> Sabine. LAVOREL, Les constitutions arabes et l'islam, les enjeux du pluralisme juridique, Presse de l'université du Québec, 2005, p. 2.

<sup>505</sup> Ces lois sont considérées par les militants des libertés individuelles comme des lois moyenâgeuses, liberticides et discriminatoires.

Ainsi, dans une décision de justice traitant d'une affaire de vente de boissons alcoolisées entre vendeur et consommateur, la Cour suprême a estimé une responsabilité partagée entre vendeur et consommateur en se référant à la tradition juridique islamique uniquement puisque le texte juridique marocain interdit la vente mais n'interdit pas la consommation. Par cette décision, la Cour affirme que malgré le fait que le texte moderne soit modifié et modernisé, il existe des questions dont la référence reste religieusement et culturellement ancrée dans la société<sup>506</sup>.

**483.** Cet exemple montre que la prise en considération du droit musulman et de son application dépendent également du pouvoir discrétionnaire du juge qui peut être d'une vision traditionaliste et considérera la supériorité du droit musulman et sa primauté sur le droit moderne et sa règle adoptée par le législateur.

**484.** Toutefois, il est important de souligner qu'il existe d'autres juges qui incarnent une vision plus moderniste et qui donnent la priorité à la règle de droit moderne adoptée par le législateur marocain et qui peuvent aller encore plus loin en faisant référence aux engagements internationaux du pays. En effet, ce sont ces engagements de l'État marocain dans l'objectif de l'insertion des principes des droits de l'Homme tels qu'ils sont reconnus universellement dans sa législation interne qui fait de ce choix une option à risque avec toutes les contradictions qu'elle peut apporter en étant convaincu que certains droits et principes universels ne peuvent être intégrés au déprimant du droit musulman.

**485.** Il est de même important de rappeler que la Constitution marocaine de 2011 affirme l'engagement du pays dans le processus de modernisation et affirme la vision moderniste du texte. Cependant, il existe un grand écart entre l'adhésion aux principes internationaux et le respect de l'application de ces engagements. Ce décalage est dû dans un premier temps à la possibilité offerte aux états d'émettre des réserves comme pour le Maroc qui, au nom du respect de la spécificité religieuse et culturelle, se permet d'adhérer partiellement à un certain nombre de textes internationaux et ainsi se désengager de quelques dispositions du même texte à caractère universel.

**486.** La technique de la réserve accordée par la Convention de Vienne que le Maroc a signée en 1969 et ratifiée en 1972 est le remède des États qui souhaitent adhérer aux traités internationaux sans pour autant bouleverser leur système interne. C'est le cas du Maroc qui a adopté deux sortes de réserves : d'abord celles qui portent sur la clause de règlement juridictionnel obligatoire ou non des conflits nés du traité, puis celles qui portent sur le fond des conventions.

C'est ce dernier champs qui renvoie à la problématique d'une possible contradiction entre l'universel et le spécifique puisque c'est cette série de réserves qui remet en cause l'universalité des traités et leur application en émettant des réserves sur les dispositions qui questionnent la source principale du droit marocain et qui est celle du droit musulman ou des valeurs de la charia tout court.

---

<sup>506</sup> Omar. AZZIMAN, La tradition juridique islamique dans l'évolution du droit privé marocain, in J-C. SANTUCCI (dir), Le Maroc actuel. Une modernisation au miroir de la tradition, institut de recherches et d'Etudes sur le monde Arabe et musulman, éd. CNRS, 1992.

**487.** Dans le processus de démocratisation et d'intégration des principes des droits de l'Homme lancé par le Roi Mohammed VI depuis 1999, le Maroc semble vouloir diminuer l'utilisation de la technique de réserve et d'intégrer progressivement les dispositions des conventions dans son droit interne à travers l'ensemble des réformes qu'il mène. Cependant, cette technique de réserve se maintient toujours lorsque le contenu d'une disposition est contraire au droit musulman. Cette situation se heurte souvent aux dispositions du droit de la famille et de ses principes.

**488.** En effet, le droit de la famille marocain a toujours présenté une exception dans l'ensemble du processus évolutif des institutions marocaines. Malgré qu'il soit l'objet d'une volonté et d'une détermination royale depuis 1993 à travers la construction d'un plan d'action nationale qui vise à adapter les textes juridiques internes aux engagements internationaux, cette adaptation provient principalement de l'intégration de la femme dans le développement en tenant compte des mutations sociales et de la place qu'elle occupe dans la société marocaine. Toutefois, c'est cette intégration et cette affirmation du rôle de la femme qui a principalement contribué à opposer les deux courants notamment traditionaliste et moderniste dans l'élaboration de la réforme du Code de la famille de 2004, une réforme qui demeure jugée insuffisante dans le sens où elle n'a pas pu apporter de profondes modifications en la matière. Evoquer l'intégration des principes des droits de l'Homme dans le droit de la famille marocain c'est avant tout analyser l'égalité des sexes au sein de la famille ainsi que les conséquences que ça engendre sur les enfants et leur protection, ainsi ce plan d'intégration de la femme et de l'enfant a fait face à la référence qui représente une source d'échec à l'intégration de l'ensemble des principes en droit de la famille.

***B - L'intégration de la femme : un élément principal à l'évolution qui se heurte à la religion.***

**489.** L'évolution du droit de la famille au Maroc s'est principalement basée sur la transformation de la société marocaine de manière générale, une transformation dans laquelle le rôle de la femme a fortement participé à ce chamboulement qui a imposé la réalisation de nombreuses avancées à l'égard du statut de la femme et de sa condition juridique. Ainsi, le droit de la famille a également subi cette évolution sociale et a imposé au législateur de réformer cette matière afin qu'elle réponde aux exigences sociales des femmes et de mettre cette institution en égalité avec la place réelle de la femme. L'émancipation de la femme marocaine n'est pas le fruit d'un événement ou d'un facteur unique et isolé mais le produit d'un long cheminement historique de changements sociaux et politiques qui ont permis la transformation de la place de la femme au sein de la société en général et de la famille en particulier.

**490.** La période post-indépendance n'a pas forcément marqué l'histoire de l'émancipation de la femme dans la société d'une manière directe, puisque durant cette époque la femme a sauvegardé un rôle secondaire malgré sa contribution à la sphère politique qui visait l'indépendance. Durant cette période, l'État s'est effectivement engagé dans un projet de

modernisation sociale sans pour autant donner une priorité à la place de la femme, dont le statut personnel promulgué en 1957 en est témoin puisqu'il reflète une vision inégalitaire entre l'homme et la femme dans la famille en maintenant une lecture stricte du droit musulman et des règles du rite Malékite.

**491.** L'État a également participé à ancrer les identités du genre au sein de la société en instaurant un pouvoir masculin dans toutes ses institutions<sup>507</sup>. Par ailleurs, à partir des années 1980<sup>508</sup>, la réflexion sur la question féminine a fait l'objet d'un grand progrès puisque la majorité des écrits de cette période sont le résultat pur d'une pensée cent pour cent féminine portée par de grandes féministes notamment Fatima MERNISSI. Cette libération de parole sur la question féminine a permis une coupure avec le féminisme pensé par les hommes et a ouvert la porte à une prise en considération importante à la sensibilisation aux droits des femmes et à leur statut dans la société. Ainsi, la libération de la parole et les nombreux écrits publiés qui ont germé de cette réflexion ont permis une meilleure organisation et mobilisation des associations qui défendent une idéologie de féminisme réformiste et moderne<sup>509</sup>.

**492.** Cette ouverture va en effet permettre la création de nombreuses associations féministes qui ont offert un pluralisme et une diversité de spécialités au champ associatif, un nombre qui a également permis une diversification des domaines traités par ces associations qui représentent également l'avantage d'être souvent dirigées par des femmes qui définissent elles-mêmes les besoins, les objectifs et les stratégies qu'elles souhaitent mettre en place afin de réussir progressivement à affirmer leur rôle au sein d'une société jusqu'à maintenant jugée masculine<sup>510</sup>.

**493.** Cependant, Le départ officiel qui va marquer l'histoire du féminisme au Maroc et qui va servir de déclencheur est le plan d'action pour l'intégration des femmes au développement qui est à l'initiative de Madame Zoulikha NASRI qui été à l'époque secrétaire d'État chargée de l'entraide nationale, qui a pris l'initiative de lancer un grand projet visant à réformer et à améliorer la situation des femmes. En effet, ce projet s'est construit autour de quatre titres principaux:

- La lutte contre l'analphabétisme chez les femmes en leur permettant d'accéder à l'école et l'éducation
- La lutte contre la pauvreté et la lutte pour aider les femmes à accéder à l'emploi.
- La sensibilisation sur la santé et la santé reproductive.
- La consolidation des compétences des femmes.

**494.** Ce projet contenait un plan détaillé de près de deux-cents mesures qui visent à améliorer la condition de la femme, notamment la condition juridique, dont l'élaboration semblait réaliste puisqu'elle a fait l'objet d'une participation associative importante.

---

<sup>507</sup> Rabéa NACIRI, *Le mouvement des femmes au Maroc, Nouvelles questions féministes*, 2014/2, vol. 33, p. 47.

<sup>508</sup> Ces années ont connu l'apparition d'une élite féminine citadine qui investit dans les espaces publics et participe dans le chemin de la démocratisation du pays.

<sup>509</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 52.

<sup>510</sup> *Idem.*, p. 53.

En effet, ce sont les associations féministes les plus actives à l'époque telles que l'Union de l'action féminine, l'Association marocaine pour les droits des femmes et l'Association démocratique des femmes au Maroc qui ont influencé l'exécution de ce plan.

Ce plan a intégré différents aspects et domaines qui concernent la femme notamment la santé, l'intégration dans le monde de travail, l'analphabétisme ou encore la question du statut personnel qui n'avait pas subi de réforme depuis 1993. C'est en effet, les revendications faites au sujet du statut personnel qui a provoqué le grand débat entre traditionnaliste et moderniste sur la suppression et la sauvegarde d'un nombre de dispositions que chaque courant considère comme fondamentaux notamment pour les modernistes pour qui il n'est pas question d'abandonner l'abrogation des articles discriminatoires à l'égard de la femme.

**495.** Pour les traditionnalistes il est inconcevable de supprimer des dispositions qui ont pour source directe et explicite le droit musulman ou encore celles culturellement ancrées dans la société marocaine. Ainsi, ce projet n'a pas abouti à un compromis entre les deux courants, ce qui a provoqué un rejet total des mesures proposées par les modernistes et une résistance farouche de la part des traditionnalistes. Cependant, malgré le rejet, la question d'une réforme est déjà exposée et le débat sur le statut personnel est ouvert, chose qui permettra l'inauguration du long processus des revendications dans ce sens.

**496.** Le plan proposé par les modernistes expose clairement leurs revendications parmi lesquelles, l'élévation de l'âge du mariage des filles de 15 à 18 ans, l'abolition de la tutelle matrimoniale pour les femmes majeures, la suppression de la polygamie et la répudiation, l'instauration d'un divorce judiciaire, le partage des biens du ménage en cas de séparation, la création des tribunaux de la famille, la révision de la nationalité... ».

Ces revendications ont fait l'objet d'un refus catégorique par les traditionnalistes qui ont considéré ces mesures comme une reproduction du modèle occidental, un rejet de la religion et des traditions musulmanes et un danger pour le modèle familial marocain. Ce rejet va être clairement argumenté par le ministère des affaires islamiques qui dans un rapport destiné au ministère chargé de la famille va exposer les arguments incitant au rejet notamment :

- Les propositions figurant dans le plan d'action ne correspondent pas à la famille musulmane, puisqu'elles sont inspirées directement du modèle familial occidental.
- Le rapport reproche la volonté des modernistes à marginaliser la source principale du droit de la famille marocain qui est le droit musulman en indiquant que ce dernier ne correspond plus à une société marocaine en mouvement.
- Le rapport reproche également l'effort fourni par les associations dans les propositions qui concernent des dispositions explicitement religieuses, refusant cet effort jugé *d'ijtihad* en soulignant que cette tâche doit être réservée uniquement aux oulémas et non pas aux associations féministes.

- Le rapport reproche également, l'emploi excessif des termes modernisation, ouverture ou encore tolérance, ce qui reflète une vision et une volonté de modification du modèle familial musulman.

**497.** La commission élaborée par le ministère des affaires religieuses souligne l'argument religieux sur lequel se base le refus du projet, en rappelant également que le Maroc est un pays musulman et que le Roi incarne le statut du commandeur des croyants et qu'il lui revient la mission de mener la réforme du statut personnel; c'est ainsi que la commission renforce et accorde un caractère légitime à son refus. Toutefois, c'est grâce à ce statut de commandeur des croyants que le statut personnel a été réformé en 2004, une réforme qui a intégré un nombre de revendications citées dans le plan d'action élaboré en 1998, sans pour autant abroger les dispositions qui faisaient une référence explicite au droit musulman.

**498.** Ce choix royal expose bien l'ambiguïté du rôle du Roi qui représente à la fois une fonction moderne qui lui permet de viser une société moderne suivant un modèle de démocratisation selon les principes universels des droits de l'Homme, et une deuxième fonction qui l'oblige à ne pas autoriser ce que Dieu a prohibé et de ne pas interdire ce que Dieu a autorisé. Cette composition complexe du rôle du Roi indique clairement l'ambivalence des réformes dont celle de 2004.

**499.** Assumant son double rôle, le Roi Mohammed VI a essayé à travers la réforme de 2004 d'exposer la possibilité d'une cohabitation entre le droit musulman et les principes des droits de l'Homme. Cette vision est sans doute épaulée par l'islam adopté par le royaume qui est traditionnel et évolutionnaire puisque comme nous l'avons précité, le Maroc s'inspire du Rite Malékite qui permet une certaine souplesse dans la réflexion en préconisant le juste milieu.

En outre, c'est cette faculté qui a permis l'accomplissement du texte de 2004 en conservant les dispositions directes et explicites du droit musulman et en intégrant quelques dispositions en faveur de la femme au sein de la famille. L'expérience de la réforme du Code de la famille prouve malgré tout que le Maroc est toujours à la recherche d'un équilibre entre les principes du droit musulman et ceux de ses engagements internationaux, où la complexité réside dans la difficulté de trouver l'équilibre entre les deux.

**500.** Suivant cette analyse, il paraît simple de déduire qu'en préservant le droit musulman comme source maîtresse, le Maroc a souvent tendance à adhérer en partie aux conventions internationales et plus précisément lorsque ces dernières représentent des contradictions avec les dispositions du droit musulman. Dans ce sens, malgré que le Maroc soit l'un des rares pays arabo-musulmans qui soit jugé d'avoir trouvé un équilibre entre l'universel et le particulier, sa législation est toujours considérée comme insuffisante dans la mesure où l'intégration des principes universels ne peut pas primer sur le droit musulman.

Cette référence peut être jugée comme une limite et une insuffisance claire à l'intégration et au respect des principes universels voire même à la démocratisation du pays<sup>511</sup>. Cependant, c'est principalement à cette référence que le pouvoir marocain se légitime, chose qui rend difficile l'abandon de cette option qui garantit au Roi de gérer le pays avec un bras de fer.

**501.** Globalement, l'adhésion du Maroc aux conventions internationales peut être considérée comme active, tenant compte du nombre des textes auxquels il adhère. Cependant, c'est cette possibilité d'émettre des réserves qui remet en question l'engagement du pays dans l'adoption des principes internationaux des droits de l'Homme, et qui rend cette adhésion partielle et non totale.

Cette analyse se prouve également par la référence principalement du pays, qui est celle de la constitution marocaine qui malgré sa réforme en 2011, demeure silencieuse à l'égard de cette question. En effet, les dispositions qui traitent des rapports entre les engagements internationaux et le droit interne reflètent bien l'esprit du texte en la matière, ainsi à partir du préambule, la constitution marocaine précise que la prise en considération de ses engagements internationaux reste conditionnée par le respect de son identité nationale et de sa législation et droit interne.

**502.** En d'autres termes, la constitution marocaine n'affirme en aucun cas la primauté des textes internationaux sur le droit interne, chose confirmée par d'autres articles notamment les articles 19 et 24 du même texte. Ce dernier va même plus loin en précisant que les dispositions d'un texte international ne peuvent exister sans qu'elles soient passées par la loi interne du pays.

D'autre part, ces dispositions constitutionnelles ont également fait l'objet d'une grande divergence entre les partis politiques, qui se sont divisés entre des réformistes partisans du changement qui souhaitent une intégration complète des principes internationaux auxquels le pays a adhéré, et les partis traditionnalistes qui souhaitent sauvegarder ces dispositions qu'ils jugent protectrices de la spécificité religieuse et culturelle du pays<sup>512</sup>.

**503.** De cette spécificité marocaine, nombreux sont les sujets concernés par les limites que peut représenter la religion face à une adoption et intégration complète des principes des droits de l'Homme tel qu'ils sont reconnus au niveau international. En effet, la liberté de croyance et de religion représente un pilier dans cette limite, qui concerne tous les membres de la société et qui se répercute au sein de la famille d'une façon fondamentale, dans la construction de cette dernière et dans sa protection et sa continuité selon la conception musulmane de la famille.

---

<sup>511</sup> Dans ce sens, l'organisation marocaine des droits de l'homme considère ces réserves comme un outil à travers lequel le Maroc s'est permis de garder une lecture rétrograde de la charia et une refonte du statut personnel sur la base des dispositions de la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes et des valeurs de dignité, de justice, d'égalité entre les êtres humains, consacrées par la religion islamique.

<sup>512</sup> La position du texte constitutionnel est jugée par le professeur Abdellah SAAF comme une résistance au sein de l'appareil étatique dont il ne faut pas sous-estimer la volonté de bloquer tout changement qui représente des risques à leur conception des droits et des libertés. Disponible sur : <http://leplus.nouvelobs.com/contribution/166564-nouvelle-constitution-marocaine-suffisante-pour-sortir-de-la-crise.html>.

Ainsi, cet élément bouleverse également la conception des droits de l'enfant et le principe de son intérêt supérieur qui peut être retardé ou abandonné face à la primauté de la religion.

## **Paragraphe 2 : La liberté de religion, une limite avérée à l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**504.** La liberté de religion et celle de conscience sont des principes fondamentaux de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui précise dans son article 18 que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites* », une disposition qui reflète clairement l'esprit du texte en la matière.

Cependant, dès l'adoption du texte international par les États, cette disposition a fait l'objet d'une grande problématique et d'une limite à une adoption complète du texte, puisqu'un grand nombre de pays ont exprimé leurs réserves à l'égard de cet article, voire même à la philosophie générale du texte; cette abstention ou ce refus étant basés sur de différents arguments qui sont soit idéologiques soit historiques ou religieux. En effet, c'est cette dernière qui nous intéresse puisque le Maroc fait partie de ces pays qui ont mis une réserve sur l'article 18 de ce texte malgré tous les efforts qu'il démontre à travers les réformes menées qui visent la démocratisation et la modernisation du pays. Par ailleurs, avant de se pencher sur la question de la liberté de religion et de conscience au Maroc, il semble important de définir cette liberté dans la religion musulmane elle-même, et de définir les divergences qui l'entourent afin de comprendre la position de la majorité des pays arabo-musulmans, dont le Maroc, à l'égard de cet article.

**505.** Avant toute analyse, il est important de faire la différence entre trois notions qui peuvent sembler similaires mais qui englobent quelques différenciations et qui permettent de comprendre le fond et l'esprit de l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Ainsi, la liberté de religion se définit par le droit de chaque individu de choisir ou de pratiquer une religion donnée. La liberté de conscience quant à elle renvoie une conception plus large et comporte à la fois la liberté de pratiquer, de changer ou de n'avoir aucune religion. Quant à la liberté de pensée, elle peut être définie selon Jean BEAUBEROT comme étant la notion qui attribue à chaque personne les instruments intellectuels qui lui permettent de faire un choix libre et personnel de conscience, de religion ou encore de conviction<sup>513</sup>. Ces définitions reflètent bien l'esprit du texte international, et de ses principes de liberté. En revanche, c'est en se basant sur ces définitions que les pays arabo-musulmans ont émis des réserves malgré le fait qu'ils insistent sur la cohérence entre les principes des droits de l'Homme et ceux du droit musulman; c'est en effet, ce dernier qui représente la base de la limite énoncée dans cet article.

---

<sup>513</sup> Jean BAUBEROT, Conscience et liberté, n° 54, 1997, p. 70, cité in Abderrazak SAYADI, L'islam face à la liberté de conscience, Etude 2011/5, Tome 414, p. 634.

**506.** Les arguments avancés par les pays arabo-musulmans tels que le Maroc dans l'objectif de définir ce que c'est la liberté de religion et de conscience puisent leur source dans la lecture du texte coranique et de la sunna. Cependant, cette lecture religieuse qui concerne cette question diverge d'une école à une autre et dépend des interprétations qui y sont attribuées et qui peuvent être modérées ou rigoristes des sources fondamentales sur lesquelles se base la réflexion du rejet de la liberté de religion et de conscience.

**507.** La lecture des textes fondamentaux de la religion musulmane qui sont le Coran et Sunna, ont toujours fait débat sur leur interprétation entre une lecture fondamentaliste qui prend les textes à la lettre et les considère comme une source légitime pour tous les temps et tous les lieux, puis celle plus modérée qui prend en considération le contexte historique des textes et qui permet une lecture plus moderne adaptée aux sociétés musulmanes actuelles. En ce qui concerne la première théorie, elle se base sur un contexte politique et historique qui a forcé la fermeture des portes d'interprétation et de modernisation en adoptant des outils comme le consensus ou l'effort de réflexion (Ijtihad) et d'adopter un mode de lecture fondamentaliste du texte coranique et de la Sunna à des fins principalement politiques, une vision qui a été adoptée par de nombreux califes afin de légitimer leur statut et leurs décisions. L'adoption de cette théorie n'est pas naïve, puisqu'elle se base sur un raisonnement fondé et justifié par une interprétation de parole de Dieu et de son prophète. En effet, l'adoption de cette théorie fait appel à des textes précis qui peuvent clairement appuyer cette vision avec des versets explicites qui approuvent cette lecture notamment :

- « Nous n'avons rien omis dans ce livre », une référence qui permet de considérer que le texte coranique est la seule référence de tout musulman et qu'il répond à toutes les questions même celles provoquées par le monde moderne.
- Une référence considérée également comme solide est celle de la parole du prophète dans laquelle il évoque la place du coran et de la sunna en précisant : « Je vous laisse le Coran et la Sunna de son prophète, grâce à quoi, si vous êtes fidèles, vous éviterez à jamais de vous égarer ».
- La référence du Calife Omar qui évoque également le recours au Coran et à la Sunna qui suffisent afin de répondre à toutes les questions qui concernent un musulman.

Ces références considérées comme solides par les Oulémas qui adoptent une lecture fondamentaliste des textes religieux, affirment les obstacles face auxquels les réformistes ou les modernistes peuvent faire face dans toutes les questions qui demandent aujourd'hui un effort d'interprétation et d'adaptation au monde actuel<sup>514</sup>.

**508.** Cette vision renvoie à un refus total des textes internationaux en considérant qu'un texte fait par l'être humain ne peut en aucun cas rivaliser la parole de Dieu. Toutefois, c'est cette rivalité créée par les fondamentalistes qui affirme la problématique des dispositions de la déclaration universelle des droits de l'Homme dont celle qui concerne la liberté individuelle et plus précisément celle de la liberté de religion et de conscience.

---

<sup>514</sup> Abderrazak SAYADI, L'islam face à la liberté de conscience, Etude 2011/5, Tome 414, p. 648.

C'est en effet, cette lecture confusionnelle entre les textes sacrés et ceux des droits de l'Homme qui pose problème en matière de liberté religieuse et c'est bien à cette problématique qu'une lecture plus modérée s'impose et se voit privilégiée afin d'accepter les textes internationaux et de leur accorder une valeur au sein des sociétés qui souhaitent intégrer les principes des droits de l'Homme au sein de leurs législations.

**509.** La deuxième lecture qui peut être adoptée par les pays arabo-musulmans et qui permet l'adoption d'un équilibre entre les deux sources afin de permettre la garantie de cette liberté demeure également possible. En effet, le Coran permet à travers un grand nombre de versets l'adoption d'un principe de liberté et de tolérance et par suite n'impose pas la religion musulmane à chaque être humain. Ces références sont bien nombreuses et nous pouvons citer à titre d'exemple :

- Dieu dit dans la Sourate II (La vache) Verset 256 'Nulle contrainte en religion ! Car le bon chemin s'est distingué de l'égarement'.
- Dieu dit dans la Sourate XVIII (La caverne) Verset 29 'La vérité émane de votre Seigneur'. Quiconque le veut, qu'il croie et quiconque le veut qu'il mécroie'.
- Dieu rappelle son prophète à de nombreuses reprises notamment dans la Sourate (L'enveloppante) Verset 21 : 'Remémore donc! Tu n'es rien d'autre en effet qu'un remémorateur. Tu n'es investi d'aucun pouvoir de contrainte sur eux'.

Ou encore des versets qui évoquent la relation que doit entretenir un musulman avec les juifs et les chrétiens dans un cadre de respect et de tolérance. Nous en citons les suivants :

- Dieu dit dans la Sourate II (La vache) Verset 62 'Ceux qui croient, ceux qui pratiquent le judaïsme, ceux qui sont chrétiens ou sabéens, ceux qui croient en Dieu et au dernier jour, ceux qui font le bien : voilà ceux qui trouvent leur récompense auprès de leur Seigneur. Ils n'éprouveront alors aucune crainte, ils ne seront pas affligés'.
- Dieu dit dans la Sourate V (La table) Verset 82 'Tu constateras que les Hommes les plus proches des croyants par l'amitié sont ceux qui disent : oui, nous sommes chrétiens !'.

En outre, la parole du prophète vient affirmer cette lecture à de nombreuses reprises notamment lorsque le prophète précise dans un hadith « *Celui qui inflige un dommage à un protégé (chrétien ou juif) je serai, moi son ennemi, et je lui chercherai querelle au jour du grand jugement* »<sup>515</sup>.

**510.** En se référant à ces sources fondamentales de la religion musulmane, il semble facile d'adopter une lecture moderniste qui permet une possibilité de lecture de texte coranique en cohérence avec la Déclaration universelle des droits de l'Homme<sup>516</sup>.

---

<sup>515</sup> *Ibid.*

<sup>516</sup> Il est important de préciser que d'autres textes peuvent apparaître moins tolérants puisqu'il faut les remettre dans leur contexte de base qui est souvent un contexte de guerre.

Cependant, c'est la lecture rigoriste de ces textes fondamentaux qui prône aujourd'hui dans le monde arabo-musulman. Elle a même permis le recours à des hadiths inventés dans ce sens et à des traditions acceptant de verrouiller n'importe quelle réflexion ou lecture moderne des mêmes textes qui représentent la source principale. Toutefois, la problématique de la liberté religieuse et de conscience ne semble pas être si récente, puisque ce débat avait déjà opposé deux écoles, l'école Mu'tazilite<sup>517</sup> et l'école Acharite<sup>518</sup>.

**511.** En effet, la première école défend clairement la liberté de l'Homme de choisir sa religion en affirmant que les croyances ne peuvent en aucun cas être imposées aux individus puisque ça revient au créateur d'attribuer ou de soustraire le don de la Foi qui permet à l'individu de suivre ou d'abandonner le chemin de Dieu. Par suite, contraindre une personne à une religion semble être contraire à la volonté de Dieu. Contrairement, l'école Ash'arite adopte une vision qui s'oppose complètement à la première en défendant les textes fondamentaux puisqu'elle considère que la volonté de Dieu ne peut être transmise à l'individu sans que ce dernier reçoive les outils directifs qui sont la loi de Dieu et les règles édictées par son prophète<sup>519</sup>.

**512.** Malgré la possibilité d'adopter une lecture moderne et réformatrice du texte coranique afin de permettre aux pays arabo-musulmans l'adoption des conventions internationales notamment la Déclaration universelle des droits de l'Homme sans restriction, ces Etats ont pourtant fait le choix de suivre un courant rigoriste qui se fonde sur des théories strictes. Toutefois, il importe de préciser que la problématique de la liberté de religion et de conscience ne se pose pas uniquement lorsqu'il s'agit d'évoquer les non-musulmans qui sont souvent une minorité dans ces pays, mais elle se pose avant tout pour les musulmans eux-mêmes ou pour ceux qui sont nés dans des pays confrontés à des restrictions à la liberté de religion.

Dans un contexte historique, social et politique, la liberté de religion et de conscience du musulman a été clairement restreinte. En effet, les juristes musulmans ont réglementé le champ de la liberté religieuse en imposant trois règles principales qui sont :

- Le blasphème, qui est l'insulte de Dieu et de son prophète Mohammad.
- L'apostasie, qui est la conversion d'un musulman à une autre religion (al-riddah).
- L'hérésie, qui est la proclamation d'un islam qui s'écarte du dogme de cette religion (Al-zandakah).

**513.** La mise en place de ces règles est le résultat d'un contexte historique. En effet, juste après le décès du prophète Mohammad, la désignation d'un nouveau chef ou calife a créé un grand conflit de légitimité du choix de ce dernier. Ce conflit de légitimité a opposé le choix entre un des califes et un descendant du prophète.

---

<sup>517</sup> Est une école de théologie musulmane qui date du huitième siècle qui adopte le raisonnement, la logique et tous les outils qui permettent d'harmoniser ces derniers avec la foi islamique.

<sup>518</sup> Est une école de théologie musulmane fondée par un descendant d'un compagnon du prophète Mohammed; cette école considérée comme traditionaliste contredit toute thèse qui défend la liberté de l'homme de par ses actions mais que c'est Dieu qui a souhaité que ces derniers soient bons ou mauvais, ou encore la thèse qui considère que la Coran est créé.

<sup>519</sup> Abderrazak SAYADI, *op. cit.*, p. 650.

Cette opposition sur le pouvoir politique a créé un doute entre les fidèles sur la religion elle-même ce qui a poussé certains d'entre eux à vouloir quitter la religion musulmane.

**514.** Ainsi, l'absence de règles coraniques explicites sur la question de la liberté religieuse chez les musulmans que les califes vont mettre en place ces infractions afin de protéger la communauté musulmane ou comme le précise le spécialiste François PAUL-BLANC « *des constructions post-coraniques qui sont destinées à la protection de l'ordre public islamique dans la cité islamique* »<sup>520</sup>. Par conséquent, c'est sur cet argument d'ordre public que se base la majorité des pays arabo-musulmans afin de défendre leur spécificité à l'égard de cette question de la liberté de conscience.

**515.** Parmi ces pays qui revendiquent cette spécificité, il y a le Maroc. En effet, ce dernier a adopté un choix clair en matière de liberté religieuse, un choix qui demeure critiqué par les défenseurs des droits de l'Homme puisqu'il est fondé sur les principes de l'école sunnite Malékite qui adopte une lecture assez stricte en ce qui concerne cette liberté.

**516.** La constitution Marocaine est le texte référentiel qui permet la réglementation et l'encadrement du champ religieux. Ce dernier est administré par le Roi en sa qualité de commandeur des croyants, un statut qui permet à ce dernier de veiller au respect de l'islam et à la protection de toutes les croyances monothéistes. Le texte constitutionnel n'a pas connu de nombreuses réformes à travers l'histoire<sup>521</sup> qui modifient le champ religieux qui a toujours fait l'objet d'une prise en considération stricte de la part de la monarchie. En effet, toutes les constitutions marocaines depuis l'indépendance garantissent et consacrent le libre exercice de culte, une liberté consacrée notamment par l'ancien texte de 1996 à travers son article 6. Cette même disposition a été confirmée dans l'article 3 de la Constitution de 2011 qui dispose que « *L'islam est la religion de l'Etat, qui garantit à tous le libre exercice des cultes* ».

**517.** Toutefois, cette disposition est considérée comme très timide voire muette face aux exigences et aux engagements du pays à l'égard des conventions internationales. Bien que l'Etat garantisse ce libre exercice de culte, ce dernier demeure limité par les conditions ainsi que par les ambiguïtés qui entourent cette liberté, découlant de la simple absence des frontières entre la liberté religieuse, la conscience et la liberté des cultes<sup>522</sup>, Cette difficulté, selon Mme Houria ESSLAMI membre du conseil national des droits de l'Homme, est due « *au flou qui persiste encore dans cette nouvelle constitution entre Etat civil et Etat religieux, entre liberté de pensée et de croyance, entre primauté des conventions internationales et constantes du pays ou encore le droit à la vie et la nonabrogation de la peine de mort* »<sup>523</sup> ce qui met en place une constitution passible à toute interprétation.

---

<sup>520</sup> François PAUL-BLANC, Le blasphème en droit musulman malékite, *in* Religion, Eglises et droit, textes réunis et publiés par Gilles BOLLENOT, Publications de l'université de saint Etienne, 1999, p. 243.

<sup>521</sup> Le Maroc a connu cinq constitutions officielles, dont quatre sous le règne du Roi Hassan II en 1962, 1970, 1972, 1992, 1996 et enfin celle sous le règne du Roi Mohammed VI en 2011.

<sup>522</sup> Abderrahim EL MASLOUHI, Une décennie de réformes au Maroc (1999-2009), ed KARTHALA, 2010, p42.

<sup>523</sup> Hicham HOUDAIFA, liberté de conscience : Le Maroc face à ses contradictions, publié le 16/02/2012 sur : [www.lavieeco.com](http://www.lavieeco.com)

**518.** Ces contradictions se manifestent principalement par les sanctions prévues dans le Code pénal pour tout ce qui concerne cette liberté. En effet, le Code pénal marocain englobe un nombre de dispositions qui réglementent le champ religieux, et répriment des infractions portant atteinte à la liberté d'exercer un culte ou encore à celle de la liberté de religion.

La première référence est celle de l'article 220 qui prévoit une peine d'emprisonnement de six à trois ans et une amende de 100 à 500 dirhams à « *toute personne qui emploie des moyens de séduction dans le but d'ébranler la foi d'un musulman ou de le convertir à une autre religion, soit en exploitant sa faiblesse ou ses besoins, soit en utilisant à ces fins des établissements d'enseignement, de santé, des asiles ou des orphelinats* ». Cette disposition vise un ordre général à protéger la religion musulmane et le musulman mais elle a toujours fait l'objet d'une application stricte par les juges qui considéraient que tout comportement étrange ou contraire à la religion musulmane doit rester caché et d'ordre privé. Puis, il y a l'article 222 qui punit toute personne « *connue pour son appartenance à la religion musulmane et qui rompt ostensiblement le jeûne dans un lieu public pendant le temps du ramadan, sans motif admis par cette religion* ».

**519.** Ces dispositions reflètent bien les contradictions qu'englobent les textes marocains qui traitent de la liberté religieuse entre une constitution qui laisse apparaître des garanties à une liberté de conscience et un code pénal qui implique des atteintes à cette même liberté en mettant en péril les efforts menés par le pays dans l'objectif de moderniser son arsenal juridique afin qu'il réponde aux exigences des textes internationaux.

**520.** Dans le même ordre d'idées, il est important de souligner l'impact de la politique sur l'instauration de ces limites et de leurs contradictions. En effet, depuis le printemps arabe et l'engagement du Roi du Maroc dans la réforme de la constitution, l'élection du parti politique du PJD<sup>524</sup> semble freiner cette avancée en mettant la pression sur de nombreuses questions qui pouvaient être réformées dans le texte constitutionnel.

**521.** Ainsi, nombreuses sont les dispositions abandonnées dans ce contexte notamment celle de l'article 3 qui a mentionné que « *l'islam demeure la religion de l'Etat, mais la liberté de croyance est garantie par la loi* », une disposition qui a fait face aux conservateurs dont le parti du PJD, un texte qui a cédé à cette pression en abandonnant 'la garantie de croyance par la loi'. Cette résistance des conservateurs persiste encore aujourd'hui en s'opposant à tout assouplissement sur les dispositions qui visent la religion musulmane représentant selon eux l'identité de la société marocaine.

---

<sup>524</sup> Parti de la justice et du développement, est un parti politique de droite qui adopte une idéologie islamiste jugée de modérée.

C'est ainsi que l'ancien ministre de la justice Moustapha RAMID le considère en affirmant dans un entretien accordé à un journal populaire au Maroc que « *la liberté de conscience ne constitue pas pour l'Etat une menace à court terme (...) mais c'est certainement un danger à long terme*, en affirmant que la loi marocaine ne punit pas l'apostasie »<sup>525</sup>.

**522.** Ce conservatisme se prolonge encore dans le projet de réforme du Code pénal qui prévoit l'intégration « *d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans contre quiconque coupable d'ébranler, d'offenser ou d'insulter Dieu et les prophètes de quelque manière que ce soit* », une disposition jugée par les réformistes comme un recul et une atteinte à la liberté de pensée, de religion et de conscience. Cette limite de liberté n'apparaît pas seulement dans un cadre général de la société mais elle peut toucher d'autres institutions d'ordre privé notamment la famille où les droits de chaque membre sont protégés au sein de cette dernière. Nous citons à titre d'exemple la protection des droits de l'enfant et de son intérêt supérieure face aux limites religieuses au sein d'un modèle familial traditionnel qui impose une série de questions permettant une fois analysées de savoir où se place la liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane. A quelle limite le code de la famille marocain répond aux exigences de la convention internationale des droits de l'enfant en matière de liberté religieuse. Et à quel point le législateur marocain accorde cette liberté de conscience à l'enfant afin de protéger son intérêt supérieur.

**523.** La réponse à ces questions, principalement liée à une limite spécifique par laquelle se caractérisent les pays arabo-musulmans dont le Maroc, est celle de la religion et plus précisément du principe de la liberté et de l'identité religieuse de l'enfant. En effet, il semble difficile d'évoquer ce principe au sein d'un pays qui malgré son engagement envers les principes universels des droits de l'Homme, considère encore aujourd'hui le droit musulman comme une source et une référence principale pour un nombre de ses législations, qui comme nous l'avons montré précédemment, se heurtent dans toutes les affaires administrées par ce dernier.

**524.** Connaissant ces difficultés auxquelles les législations marocaines peuvent être confrontées par rapport à la question de la liberté religieuse de l'enfant, le Maroc a fait le choix comme de nombreux pays arabo-musulmans de mettre une réserve sur l'article 14 de la CIDE qui dispose dans son alinéa 1 que « *les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion* ». En effet, le Maroc se trouvait devant l'obligation de mettre cette réserve et de ne pas adhérer à cette disposition qui renvoie à une vision contraire du droit musulman, puisque ce dernier n'accorde pas aux adultes le choix de cette liberté et les oblige à transmettre à leurs enfants une éducation religieuse et à garantir la continuité de la communauté musulmane.

---

<sup>525</sup> L'ancien ministre de la justice évoque une affaire qui date de 2014 qui concerne une personne convertit au christianisme et qui a été condamné en première instance à trente mois de prison pour prosélytisme, un jugement annulé par le juge de la cour d'appel de Fès.

Par ailleurs, dans le monde d'aujourd'hui et face au mouvement et à l'évolution de la société, il est difficile de vouloir préserver ces règles, qui créent aujourd'hui un nombre de situations délicates ne répondant pas aux principes des droits de l'Homme dont la liberté religieuse, ni à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière.

**525.** Reprendre le principe de l'article 14 de la CIDE dans la législation marocaine est jugé difficile pour différentes raisons. Nous citons la référence religieuse de l'Etat qui est confirmée dans la constitution et la conservation des principes du droit musulman dans le droit de la famille. Ainsi, que ce soit pour l'Etat ou la famille, la religion musulmane est reconnue comme la référence principale et légitime pour régir toutes les affaires qui concernent l'enfant.

Dans ce sens, l'adoption d'une vision occidentale, permettant à l'enfant une éducation neutre et le préparant à choisir librement une religion autre que l'islam, semble être contraire à tous les principes du droit musulman qui impose une vision se basant sur le principe de transmission religieuse et faisant de l'enfant une personne dépendante de ses parents qui eux en tant que musulmans justes et non-égarés doivent répondre au droit de l'enfant de recevoir une éducation religieuse selon les préceptes de la religion musulmane afin de garantir la continuité de la communauté.

**526.** Avant d'analyser la liberté religieuse au sein de la famille et le cadre de sa prise en considération et son intégration, il semble judicieux de faire référence aux textes régionaux qui avaient pour objectif d'accorder et d'affirmer la spécificité de l'enfant dans les sociétés musulmanes. Nombreuses sont les chartes qui traitent la question de la liberté religieuse de l'enfant, notamment la Déclaration de Casablanca sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique et le convenant des droits de l'enfant en islam<sup>526</sup>.

**527.** Ce texte traite tout un ensemble de questions qui concernent l'enfant dans les sociétés musulmanes notamment celle de sa liberté de religion. L'article 8 de la déclaration reprend clairement la divergence existante dans le droit musulman en précisant deux éléments contraires qui disposent que :

*« tout en garantissant la liberté de l'Homme d'embrasser librement et en dehors de toute contrainte, la religion de son choix, l'islam interdit au musulman d'abjurer sa religion qui est le sceau de toutes les révélations célestes. En conséquence la société musulmane s'engage à sauvegarder la pérennité de la Fitra (disposition naturelle immaculée) et de la Foi de ses enfants et à les protéger contre les tentatives visant à leur faire renier leur religion musulmane ».*

---

<sup>526</sup> Cette déclaration est adoptée par le septième sommet islamique tenu à Casablanca tenu du 13 au 15 décembre 1994.

Puis s'ajoute le covenant des droits de l'enfant en islam élaboré en 2005 au Yémen<sup>527</sup> qui confirme les principes de fond déclarés par la Déclaration de Casablanca en précisant que cette convention vient assurer l'ensemble des droits de l'enfant dans le cadre du droit musulman et de la charia tout en protégeant les enfants issus d'autres religions<sup>528</sup>.

**528.** Ces textes viennent réaffirmer l'aspect à travers lequel un pays comme le Maroc gère la question de la liberté religieuse de l'enfant, une vision traditionnelle qui ne répond en aucun cas aux critères tracés par la CIDE. De plus, ces mêmes textes viennent exposer d'une façon directe ou indirecte la place qu'occupe l'enfant au sein de la société musulmane et au sein de la famille plus précisément, tout en reprenant les dispositions principales de la charia.

**529.** Ainsi, nombreuses sont les dispositions qui contredisent ces proclamés précisément ceux de l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'homme et de l'article 14 de la CIDE. En effet, le texte du covenant des droits de l'enfant en islam fait référence à la liberté de l'enfant d'exprimer son opinion dans toutes les affaires qui le concerne par tout moyen possible sans pour autant que ça soit opposé aux règles de la charia ; le texte évoque également le respect de la vie privée de l'enfant, à condition qu'elle soit sous l'autorité des parents qui doivent exercer un contrôle responsable découlant des règles de la charia. Le texte insiste également sur l'éducation religieuse qui doit être assurée par les parents et qui doit viser le développement de la personnalité de l'enfant en lui assurant la transmission « *des valeurs religieuses et morales et le sens de citoyenneté et de solidarité islamique* » et en refusant tous les moyens qui peuvent participer à détourner l'enfant de sa religion.

**530.** Un autre texte traite également de l'enfant dans le monde musulman est la Déclaration de Rabat sur l'enfance dans le monde islamique datant de 2005. Ce texte est considéré comme évolutif puisqu'il intègre un nombre de principes de la CIDE notamment le principe de la non-discrimination et l'intérêt supérieur de l'enfant ou encore son droit à la participation et au développement. En revanche, malgré que ce texte paraisse s'allier à la CIDE, il a néanmoins précisé dans la majorité de ses dispositions la référence principale qui demeure la charia et le rôle des Etats et des familles de veiller à la promotion de la culture, du patrimoine et des valeurs islamiques. Ainsi le Maroc, étant un pays qui adhère à la fois aux conventions internationales comme la DUDH et la CIDE et aux conventions spécifiques aux pays musulmans, se trouve constamment face aux contradictions au niveau de son droit interne puisqu'il est difficile d'adopter et d'intégrer deux visions de droit et de liberté.

---

<sup>527</sup> Le 22 Aout 2019, le Maroc a adhéré à ce pacte, une adhésion jugée d'inacceptable et de grave par l'ensemble de la société civile œuvrant dans la protection de l'enfance. Notamment l'association Bayti considère que « cette adhésion aura des conséquences graves non seulement sur les droits de l'enfant dans notre pays, mais sur les droits de l'homme de manière générale, ce qui remet en cause l'adhésion du Maroc à même la CIDE et à son universalité ». Ce texte pose de nombreuses problématiques par rapport à la CIDE, notamment par l'imprécision de l'âge adulte (ART 1) ou encore de par l'article 12 qui souligne le droit de l'enfant de s'habiller conformément à ses convictions religieuses islamiques. Il importe également de préciser que l'élaboration de ce pacte s'est faite en 2005, c'est-à-dire depuis 15ans ce qui sous-entend que le texte n'est plus d'actualité puisque le pays a déjà parcouru un long chemin d'évolution.

<sup>528</sup> Salim DACCACHE, *Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ?*, éd. C.N.R.S, Société, droit et religion, p253.

**531.** Cette difficulté est constatée principalement au sein de cette institution dans le droit de la famille et dans la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle se trouve partagée entre deux philosophies qui divergent sur des principes de base notamment celle de la liberté religieuse de l'enfant. Le législateur marocain a été vite confronté à ces contradictions qui limitent clairement la prise en considération de la liberté religieuse de l'enfant. Malgré sa réforme en 2004, le Code de la famille a conservé la majorité des dispositions qui préservent la garantie et la transmission des principes religieux en la matière. Ainsi, le législateur a privilégié la source religieuse sur celle de la CIDE en différentes matières présentées comme suit : La filiation, l'enfant abandonné, la Kafala, la garde ou encore la succession.

**532.** En ce qui concerne la filiation, en préservant la disposition de l'ancien statut personnel en matière de filiation qui dispose dans son article 83 que « *la filiation légitime est celle par laquelle l'enfant accède à la parenté de son père et suit la religion de ce dernier* ». Cette disposition va être conservée dans le nouveau texte dans son article 145 qui a réaffirmé que « *dès que la filiation de l'enfant d'origine inconnue est établie...l'enfant devient légitime, accède à la filiation de son père et suit la religion de ce dernier* ». Ainsi, le législateur inscrit explicitement que l'enfant doit suivre la religion de son père en cas d'une filiation établie. Puis, le même texte évoque que l'Etat assure et préserve l'identité religieuse de l'enfant abandonné et son appartenance à la religion musulmane, de même pour l'enfant de père inconnu à qui la transmission est garantie par la mère ou par l'officier d'Etat civil.

Le texte évoque également l'exigence religieuse des deux parents ou d'une femme seule qui souhaitent prendre en charge un enfant abandonné et c'est dans ce sens que les enquêtes menées sur les personnes désirant s'engager dans une procédure de Kafala sont menées principalement par « *Nadir des habous et des affaires islamiques* »<sup>529</sup>.

**533.** De plus, la question de la religion semble être primordiale également quand il s'agit du droit de la garde de l'enfant dont le code de la famille n'a pas apporté de réponse où la divergence demeure d'actualité puisque les avis se divisent en deux. D'un côté des modernistes qui défendent le droit de garde selon la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, et de l'autre des auteurs qui conditionnent la garde par l'islamisation du parent qui l'exerce, en affirmant qu'il est inacceptable qu'un non musulman s'occupe d'un enfant jugé dès sa naissance de musulman.

**534.** Par ailleurs, cette divergence apparaît également entre les écoles puisque les Hanafites et certains jurisconsultes des Malékites reconnaissent ce droit à la mère non musulmane puisque la garde finit à la fin de l'allaitement maternelle. En revanche, le législateur marocain affirme à travers l'article 173 alinéa 3 du code de la famille, l'importance de la sphère religieuse en intégrant une condition principale qui est « *la capacité d'élever l'enfant sous garde, d'assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux, physique et moral et de veiller sur sa scolarité* ».

---

<sup>529</sup> Mustapha ZARROUKI, L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain, éd, s.n, 2012.

**535.** Cependant, cette condition n'oblige pas la femme d'être de confession musulmane mais lui autorise le droit de la garde à condition qu'elle soit des gens du livre et qu'elle n'influence pas l'enfant à adopter une religion autre que l'islam. Ceci est évoqué par l'article 235 du même texte qui précise que « *le représentant légal veille sur les affaires personnelles de l'interdit, en lui assurant une orientation religieuse et une formation et en le préparant à s'assumer dans la vie...* ». Ainsi, dans une vision plutôt ,moderniste, le législateur n'évoque en aucun cas la condition de l'islamisation du tuteur qui représente une règle principale dans le droit musulman, et conditionne la garde seulement en garantissant à l'enfant une éducation et une appartenance à la religion musulmane.

**536.** L'analyse du code de la famille marocain en matière de liberté religieuse témoigne d'une difficulté évidente de l'intégration de ce principe évoqué par la CIDE. Un principe inexistant dans le droit musulman qui semble être la référence principale en la matière. Ainsi, il est important de rappeler l'ensemble du contexte qui oblige le législateur marocain à faire une abstraction à ce droit clairement lié au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et intégré par le Maroc dans l'ensemble de ses législations dont celles familiales. En outre, la question qui se pose est celle de savoir à quel point la décision rendue par les juges privilégie l'intérêt supérieur de l'enfant face à la référence religieuse en matière de liberté religieuse de l'enfant. Là encore il demeure question de la formation du juge et de son interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant qui peut être moderniste et estimer ce dernier sans pour autant donner de l'importance à ce critère ou traditionaliste qui va prendre l'élément religieux comme condition à la détermination de ce principe qui forme une base fondamentale dans la CIDE.

**537.** Comme le démontre l'analyse, l'intégration d'un principe aussi moderne comme celui de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le Code de la famille marocain fait face à la limite de la religion qui représente la référence principale de ce texte Ceci a été expliqué dans les parties antérieures. En effet, la définition de l'enfant ou encore de son intérêt ne semble pas être identique pour le droit musulman et le droit international évoqué dans la CIDE. En revanche, il est important de souligner l'effort émis par l'Etat marocain dans l'intégration de ce principe au sein de ses différentes législations; le droit de la famille semble être une spécificité à cette intégration. La limite religieuse ne semble pas être l'unique élément évoqué par les rapports des ONG et du comité des droits de l'enfant, d'autres éléments participent aussi de manière directe ou indirecte à une intégration parfaite du principe notamment les manquements du rôle de l'Etat et son organisation à travers l'ensemble de ses institutions, ainsi que l'absence des réformes qui visent la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

## **Section 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant confronté à une organisation imparfaite de l'Etat.**

**538.** L'article 2 de la Convention internationale des droits de l'enfant dispose 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 (...) Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé (...)* ». C'est en effet cette référence qui représente le repère principal de l'Etat et de la société civile dans leur objectif de réaliser l'intégration et le respect des droits de l'enfant au sein de leur législation et par la pratique sur leur territoire. Ainsi, c'est sur cette référence que le Maroc s'est engagé afin de réaliser de nombreuses avancées en la matière. Cependant malgré le fait que les efforts émis par le Maroc semblent être considérables, il importe de souligner qu'il est encore loin de répondre aux exigences des textes internationaux qui visent la protection des droits de l'enfant, un retard dû à des conditions principalement sociales et économiques qui ont mis l'Etat dans l'incapacité d'assumer toute sa responsabilité à l'égard de cette protection.

**539.** Une situation qui a provoqué la réaction d'autres acteurs de la société civile qui se sont penchés et se sont engagés sur cette question afin de remplir le vide laissé par l'Etat en la matière; d'ailleurs c'est le désengagement de cette dernière qui a permis le développement et la multiplication des actions associatives dans ce domaine. Cependant, le rôle joué par la société civile aujourd'hui n'a pas connu un acheminement facile puisqu'il a fallu défendre la philosophie d'un rôle considéré comme risqué pour les pouvoirs en place en s'appropriant une tâche que ce dernier est sensé assumer, une difficulté qui se manifeste principalement pour les Etats en voie de développement tels que le Maroc. C'est dans ce cadre qu'il semble important de comprendre la place accordée par l'Etat à cet Etat civil et de la liberté qui lui est accordée dans ce sens avant d'analyser les limites auxquelles elle fait face et qui participent d'une manière directe ou indirecte à des résultats insuffisants dans les tâches qui lui sont attribuées (Paragraphe 1).

**540.** De plus, la compréhension du fonctionnement et des rapports créés entre l'Etat et la société civile permettra de mettre la lumière sur les lacunes et les manquements auxquels l'Etat doit répondre dans ce cadre afin de permettre la réalisation des droits de l'enfant et la protection de son intérêt supérieur à travers les mesures adéquates qu'il peut adoptées en visant les principales structures qui favorisent cet engagement étatique notamment la famille et l'école,. Toutefois cet engagement doit être structuré à long terme afin de permettre à la société civile d'œuvrer dans le même sens et d'apporter une valeur ajoutée à la responsabilité et au travail de l'Etat et de ne pas se trouver devant l'obligation de remplir le rôle de l'Etat sans pour autant connaître la vision et la politique menée par ce dernier aboutissant ainsi à une mauvaise prise en considération de l'intérêt de l'enfant (Paragraphe2).

## Paragraphe 1 : La société civile, un principe récent au Maroc.

541. La société civile<sup>530</sup> est un concept qui peut être considéré comme assez récent au Maroc, puisque ce n'est que depuis la fin des années 1980 que les organisations non gouvernementales ont connu un accroissement exceptionnel. A partir de cette période, l'Etat marocain s'est engagé à suivre l'évolution de ce phénomène étranger qui s'est fortement implanté au sein de la société avec des associations qui œuvrent dans différents domaines et qui font « *un état de chiffres qui vont de 35000 à plus de 60000 associations* »<sup>531</sup>, le rôle de ces associations s'est avéré primordial dans le projet mené par l'Etat depuis son indépendance et qui vise la modernisation et la démocratisation du pays.

542. C'est dans ce cadre que le pays s'est engagé dans l'élaboration d'un rapport positif avec les associations afin qu'elles soient un élément de contribution dans le projet de modernisation mené par l'Etat. En revanche, cette contribution connaît diverses limites qui sont dues avant tout à l'élaboration du concept lui-même d'une manière générale et qui fait la distinction entre « *une société civile en soi et une société civile pour soi qui permet de comprendre les groupes autonomes de types communautaires ou sociaux qui opèrent sur les marges de l'espace étatique ou se substituent à lui pour prendre en charge des fonctions de représentation, de défense d'intérêt ou de délivrance de services, indépendamment d'un projet de démocratisation ou de toute intention de changement politique* »<sup>532</sup> ; cette distinction permet d'apporter une clarification à la vision adoptée par le Maroc, qui lui connaît des limites dues au choix réalisé par l'Etat en la matière notamment par rapport au système politique spécifique mis en place par la monarchie dont l'objectif principal demeure celui de protéger le pouvoir en place, puis des difficultés d'ordres socio-économiques ou encore idéologiques, des éléments qui représentent des limites avérées à une participation concrète et dynamique des associations dans le champs réformiste du pays. Ainsi, avant de s'intéresser à la spécificité des associations œuvrant pour les droits de l'enfant au Maroc, il semble judicieux d'exposer l'acheminement de l'élaboration et de l'évolution du concept des associations au Maroc.

---

<sup>530</sup> La société civile se définit par l'Unesco comme suit : « une auto-organisation de la société en dehors des cadres étatiques et commerciaux, c'est-à-dire un ensemble d'organisations ou de groupes constitués de façon plus ou moins formelle et qui n'appartiennent ni à la sphère gouvernementale ni à la sphère économique. Puis la définition attribuée par le livre blanc de la gouvernance de l'union européenne est : La société civile regroupe notamment les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des églises et communautés religieuses ».

<sup>531</sup> Mohammed TOZY, La société civile entre transition démocratique et consolidation autoritaire : le cas du Maroc, *in* les sociétés civiles dans le monde musulman, sous la dir de Anna BOZZO, Pierre Jean Luizard, 2011, coll TAP/ islam et société, éd, La découverte p 249 et s.

<sup>532</sup> Mohammed TOZY, *id, ibid.*, p. 251.

### *A-Société civile, un concept en évolution au Maroc.*

**543.** Comprendre le concept de la société civile au Maroc est un renvoi aux éléments qui permettent la définition de la société civile en général. En effet, cette dernière peut être perçue de différentes manières ; d'abord sa prise en considération comme étant un facteur d'évolution qui permet à l'Etat d'assurer le chemin vers la démocratisation, puis comme un facteur de soutien pour les Etats dans son objectif réformiste et enfin elle représente une alternative à l'Etat, des rôles qui peuvent également être combinés afin de répondre à une certaine spécificité étatique ; ainsi, pour l'émergence de la société civile au Maroc, qui s'est basée sur un contexte politique absolu, qui s'est lancé depuis l'époque du protectorat. Ce dernier a permis l'installation d'un nombre d'organisations urbaines fondées sur des mouvements indépendantistes basés sur l'émergence d'un nationalisme qui s'est organisé autour d'un travail associatif malgré l'opposition du pouvoir colonial en place. Dans un premier temps, les actions principales de ces associations se sont focalisées sur des activités socio-éducatives en insistant sur l'enseignement, l'art, la culture ou encore l'assistance.

**544.** A partir de l'indépendance, le Maroc a organisé le domaine et la liberté d'association en s'inspirant de la loi française régissant les associations promulguées en 1901. Dans un premier temps, le Maroc a mis en place en 1958 une loi relative aux libertés publiques, considérée à l'époque comme libérale attribuant une grande liberté au sens occidental aux associations. Cependant, cette liberté va connaître une limite considérable due au contexte politique de l'époque qui oblige le pouvoir en place de mettre des restrictions considérables en 1973 suite aux coups d'Etat des années 1970<sup>533</sup> ; un climat politique qui va mettre en place un contrôle strict à toute association de personnes de par la loi du 10 Avril 1973 qui dispose à titre d'exemple dans son article 5 que « *toute association devra faire l'objet d'une déclaration préalable au siège de l'autorité administrative locale (Caid ou pacha) et au procureur du Roi près le tribunal régional de la circonscription judiciaire. Cette déclaration fera connaître en même temps* », ou encore l'article 7 qui dispose que « (...) s'il apparaît que l'activité de l'association est de nature à troubler l'ordre public, sa dissolution est prononcée par le tribunal (...) » ; ce nouveau processus reflète clairement le contexte et le climat contraire aux libertés en cette période d'où le nombre des associations qui va connaître une stagnation.

**545.** Ce n'est qu'à partir des années 1980 que l'existence des ONG va connaître une évolution de taille puisque l'Etat va intégrer leur prise en considération dans les contextes réformiste et moderniste ainsi que l'intégration de leur participation dans l'ensemble du processus de modernisation.

---

<sup>533</sup> Le Roi Hassan II était la cible de deux coups d'Etat avortés ; un premier en 1971 dans le palais royal de la ville de Skhirat mené par des hauts gradés de l'armée, puis un second coup d'Etat militaire contre le régime de Hassan II mené par les forces aériennes royales d'où son appellation 'coup d'Etat des aviateurs' initié par le général Mohammed OUFKIR et le lieutenant-colonel Mohamed AMEKRAANE.

En effet, de nouvelles idéologies favorables et positives portant sur ce phénomène vont se développer et seront adoptées par le pouvoir en place. Ainsi, au Maroc on distingue trois catégories principales d'associations qui peuvent être citées comme suit :

- Les associations de la première génération, jugées de traditionalistes.
- Les associations de la deuxième génération, jugées de réformistes.
- Les associations de développement.

**546.** En ce qui concerne les associations de première génération, elles sont principalement dotées d'un caractère de bienfaisance qui prolonge le concept traditionnel et qui sont fondées sur un caractère nationaliste ou religieux<sup>534</sup>. Ces associations conservent jusqu'aujourd'hui un aspect traditionnel qui vise à mettre en place un travail associatif purement social. La majorité de ces associations est généraliste et s'engage à répondre aux besoins d'une population visée notamment celle des quartiers ou des régions précises, afin de venir en aide aux plus démunis à travers diverses actions. D'autres associations catégorisées comme traditionalistes visent des domaines plus spécifiques notamment celles qui défendent les droits humains dont ceux de l'enfant ou de la femme.

**547.** Quant à la deuxième génération, il faut évoquer les associations qui visent la protection et la diffusion des droits de l'Homme d'une manière générale. Elles sont catégoriquement attachées aux doctrines révolutionnaires et à celles réformistes.

En effet, l'émergence de ces associations est souvent le résultat d'un processus de militantisme qui vise à promouvoir les droits de l'Homme et l'universalité de ces principes dans l'ensemble du pays. L'émergence de ces associations est également l'œuvre d'un processus politique qui vise une ouverture sur les principes universels des droits de l'homme et qui s'intègre dans la vision de la modernisation du pays ; elles s'autorisent aujourd'hui d'évaluer l'intégration et l'évolution de ces principes des droits de l'Homme dans le pays, parmi lesquelles, l'association marocaine des droits de l'Homme créée en 1979 ou encore l'organisation des droits humains créée en 1988.

**548.** Dans le même sens de la promotion des droits de l'Homme, d'autres associations ont vu le jour suite à la lutte menée pour les droits des femmes et qui a permis l'émergence de nombreuses associations qui ont visé l'intégration et l'épanouissement de la femme au sein de la société. Ainsi, elles ont contribué d'une manière directe à mener des réformes dans ce cadre, notamment la réforme du Code de la famille de 2004.

**549.** Il importe de souligner que l'engagement de l'Etat dans un projet de développement général a également permis l'émergence de nombreuses associations. Ces associations se sont développées en étant des acteurs dans le projet visant des domaines fragiles à caractère sociaux et dans lesquels l'Etat n'assume plus son rôle.

---

<sup>534</sup> Le caractère religieux a permis la multiplication de ces associations qui défendent une théorie de charité et de bienfaisance fondée sur des textes religieux tirée d'un islam plutôt rigoriste importé du wahhabisme. Ces associations n'ont pas disparu malgré qu'elles font face à un contrôle de plus en plus stricte de la part de l'Etat à travers le ministère des affaires religieuses afin d'éviter la propagation d'une doctrine rigoriste de la religion à travers l'instrumentalisation de leurs œuvres caritatives.

Ce dernier reconnaît son incapacité, et lègue officiellement ce rôle à ces associations qui deviennent des participants à part entière au développement social. En outre, la reconnaissance de ces associations à travers leur institutionnalisation a également mis la lumière sur les manquements de l'Etat dans de nombreuses questions en créant un rapport aussi complexe entre l'Etat et la société civile<sup>535</sup>.

**550.** La complexité des rapports entretenus entre l'Etat et les associations trouve son fondement dans le genre d'activités exercées par l'association. En effet, cette dernière exerce soit une activité politique d'une idéologie opposée à celle du pouvoir politique en place, soit des actions dans des domaines qui demeurent tabous dans la société. Elles subissent souvent un contrôle strict et une pression afin de limiter leurs actions, seules celles qui collaborent ou qui réagissent dans le même sens de la politique nationale bénéficient des aides ou des intérêts.

**551.** De plus, un autre élément vient accentuer ces rapports tendus qui est celui du financement. En effet, ce dernier participe également à définir ces rapports qui selon le financement peuvent être caractérisés d'une liberté ou soumission. Ainsi, lorsque l'association a un financement extérieur, elle se dote d'une certaine liberté qui lui permet de critiquer librement les manquements de l'Etat et de sa politique envers des questions précises, en permettant une accélération dans la participation au développement. En revanche, ce genre d'associations n'est pas le plus répandu et le financement étranger n'est pas souvent accessible à toutes les associations de petite taille, ce qui limite l'influence de ces dernières sur le pouvoir politique<sup>536</sup>.

**552.** C'est dans ce sens que le dernier Rapport alternatif des ONG Marocaines, dénonce explicitement l'insuffisance des budgets accordés à titre d'exemple à la politique de l'enfance par l'Etat. En précisant que ces ressources ne permettent pas de mener des projets de qualité et d'aboutir à des résultats considérables en la matière. Ce rapport souligne également le manque de transparence dans l'attribution des contributions de chaque association ainsi que la publication des résultats des projets menés à terme. Il est également question d'attribution budgétaire qui est souvent confrontée soit à une baisse soit à une stagnation ce qui limite la participation de ces associations.

**553.** Toutefois, malgré les limites que connaît le domaine associatif, ce dernier fait face à une progression constante notamment dans les domaines de développement. Elles sont aujourd'hui au nombre de 130.000 associations contre 116.000 en 2014, qui connaissent une disparité territoriale compte tenu de leurs activités localisées principalement dans la région de Casablanca-Settat qui compte 19.500 associations œuvrant dans le domaine social. Parmi ces associations il y a bien évidemment celles qui œuvrent dans le domaine de l'enfance et qui sont considérées comme les plus nombreuses ; on en compte 818.

---

<sup>535</sup> Mohammed TOZY La société civile entre transition démocratique et consolidation autoritaire : le cas du Maroc, in Essai sur le système pénal marocain, op, cit, p. 263.

<sup>536</sup> Afin de faciliter la question de financement et d'alléger la loi de 1958 sur le financement des associations, le Maroc a adopté en 2001 une loi qui accorde plus de liberté et de flexibilité au financement des associations, ces dernières demeurent toujours dans l'insuffisance.

En effet, ces associations travaillent dans un cadre social puisqu'elles répondent aux besoins sociaux en assurant un service à travers leurs actions.

**554.** Le rôle de ces associations se porte principalement sur l'évaluation de la politique menée par l'Etat dans le domaine de l'enfance. Elles représentent un rôle théorique qui consiste à mettre la pression à l'incitation de l'Etat dans l'objectif de l'intégration de tous les principes fondamentaux de la Convention internationale des droits de l'enfant. De plus, elles représentent un rôle pratique qui se traduit dans leur engagement sur le terrain afin de répondre aux manquements de l'Etat en la matière. Toutefois, malgré que le rôle assuré par les associations semble répondre à de nombreuses problématiques, il peut être jugé d'insuffisant par rapport aux limites auxquelles elles font face notamment par rapport au modeste ou faible résultat de leurs actions sociales ou encore par leurs actions de plaidoyer.

### ***B - L'impact limité des associations des droits de l'enfant.***

**555.** Le Nombre des associations œuvrant pour les droits de l'enfant reflète bien l'importante tâche du travail social qui existe au Maroc. Elles sont toutes engagées dans un processus de travail social qui vise à répondre aux divers besoins des enfants, un engagement qui tente de garantir à l'enfant des principaux droits en visant la santé de l'enfant ou son éducation. Il est évident que ces engagements répondent à une situation sociale assez complexe des enfants en difficulté au Maroc. Toutefois, il demeure difficile de décrire l'impact de ces actions au sein de la société puisqu'il est toujours difficile à les évaluer. Ainsi, nombreux sont les éléments qui démontrent les limites de ces actions, notamment dans les domaines les plus faibles du pays et où l'état n'assure pas les droits fondamentaux de l'enfant.

Parmi les éléments qui sont considérés comme une limite à une fonctionnalité parfaite des actions menées par les associations, il y a dans un premier temps l'élément de la durée, puis de l'engagement et du financement et enfin celui de la politique menée par ces associations.

**556.** L'efficacité des actions menées par les associations fait face d'abord au premier élément qui est celui de la durée de ces actions. En effet, ces dernières sont souvent limitées par le court terme des actions qui visent des domaines précis notamment la santé ou l'éducation. Ces derniers exigent un suivi continu afin de parvenir aux résultats souhaités par les projets, chose qui ne se fait pas par manque de stratégies ou de moyens.

En outre, ce sont ces derniers qui représentent le second élément qui est considéré comme fondamental, notamment lorsqu'on évoque un pays en voie de développement et où la corruption représente une entrave. Dans un cadre pareil, il est difficile de ne pas considérer la question de financement comme une limite principale, puisque ces associations ne disposent d'aucun financement régulier. Cette situation engendre également le manque de personnel et des locaux puisque la majorité du corps associatif se compose surtout de bénévoles.

S'ajoute à cela un point primordial qui incarne bien le problème de fond et qui est celui de la politique et de la stratégie menée afin d'exécuter les actions qui visent ce domaine. En effet, l'absence d'une politique unique des associations et l'absence d'une stratégie basée sur les principes fondamentaux de la CIDE, impliquent l'engagement dans des projets dont les objectifs ne semblent pas être précis ce qui affaiblit l'efficacité des actions menées.

**557.** Ce manque de stratégie unique pour ces acteurs, engendre une insuffisance explicite au niveau des résultats attendus par rapport aux projets menés. En effet, malgré le fait que le secteur des droits de l'enfant compte un grand nombre d'associations œuvrant pour ce dernier, la limite qui se pose demeure celle de l'aboutissement aux résultats, puisque ces derniers ne peuvent être accomplis sans une vision unique et une action directe sur le terrain.

En effet, rares sont les associations qui présentent une stratégie définie basée sur la philosophie des droits de l'enfant qui leur permet de mieux agir sur le terrain. Parmi ces associations on retrouve l'association BAYTI, considérée comme pionnière en la matière et reconnue d'utilité publique par le décret n° 2.9.9.38 du 21 Janvier 1999. Elle représente un des acteurs très actifs en matière de défense des droits de l'enfant ; une association qui adopte une approche de droit en luttant d'abord dans un cadre théorique afin de mener les réformes adaptées et adéquates aux exigences de la CIDE par le législateur marocain, puis sur un niveau pratique à travers les actions menées sur le terrain et qui aboutissent à des résultats salués dans les rapports du comité des droits de l'enfant.

D'autres associations sont également engagées dans le même sens d'approche mais qui sont très limitées. On évoque notamment, l'association INSAF, l'association TOUCHE PAS à MON ENFANT, ou encore l'association AMI DES ENFANTS. Malgré leurs efforts déployés, il est difficile aujourd'hui de dresser un bilan et d'évaluer leurs actions, puisque ces dernières ne combleront pas tout le besoin réel. De même, le fait de se baser sur des projets à court terme limite encore plus les résultats.

**558.** Une autre limite de taille persiste encore aujourd'hui au niveau de ces associations. En effet, comme la majorité des acteurs au sein de ces organisations sont des bénévoles, il est difficile de créer des équipes formées sur les principes des droits de l'enfant et où la prise en considération des principes fondamentaux de la CIDE est connue de toutes les personnes qui participent à la réalisation des projets menés, une limite qui se manifeste sur la prise en charge des enfants en difficulté. De plus, ces difficultés sont également accentuées par l'absence d'une coopération considérable entre les associations et les institutions étatiques qui œuvrent également pour les droits de l'enfant. D'ailleurs, ce sont ces dernières qui ont symbolisé l'engagement du Maroc dans le domaine de la protection des droits de l'enfant.

**559.** La concrétisation de cet engagement de la part de l'Etat s'est traduite par la création de diverses organisations afin qu'elles exposent et consolident la politique menée par l'Etat en matière d'enfance, ainsi que par le fait de veiller à l'exécution des engagements internationaux auxquels le Maroc est attaché.

En effet, l'adhésion du Maroc à la CIDE en 1993 a permis l'accélération de la création de ces organisations qui se sont succédées comme suit :

- La création de l'observatoire national des droits de l'enfant (ONDE) en 1994 lors de la seconde édition du congrès sur les droits de l'enfant et de nommer la princesse MERYEM comme étant sa présidente<sup>537</sup>.
- La création du parlement de l'enfant en 1999, qui vise à intégrer le droit de l'enfant à la participation en accordant aux enfants la possibilité de débattre et de participer à tous les sujets qui les concernent.
- La mise en place d'un mécanisme national gouvernemental chargé des questions d'enfance en 1998, qui s'inscrit aujourd'hui dans le Ministère de la famille, de la solidarité, de l'égalité et du développement social qui est chargé aujourd'hui de faire progresser les conditions de l'enfance et de coordonner les programmes et les stratégies dans ce domaine.
- La création en 2011 d'un mécanisme national pour assurer l'harmonie et l'interaction avec tous les organismes internationaux. Il permet aujourd'hui d'élaborer les plans stratégiques globaux pour suivre la mise en œuvre des recommandations des mécanismes des Nations Unies relatives aux droits de l'Homme mentionnés y compris celles relatives aux femmes et aux enfants, qui ont été appuyées par le système des Nations Unies.
- La mise en place d'un mécanisme institutionnel de suivi de la CIDE, afin de réaliser la convergence des efforts fournis par les différents acteurs publics concernés par l'avancement et la protection des conditions de l'enfance, que ce soit au niveau central ou territorial<sup>538</sup>.

**560.** D'autres organisations et mécanismes se sont développés afin de renforcer la politique publique en matière de défense des droits de l'enfant. Toutefois, il y'a des acteurs qui sont de plus forte influence que d'autres notamment l'ONDE. En effet, ce dernier incarne un rôle national principal à travers le travail qu'il mène dans l'objectif de veiller sur l'application de la CIDE. Ainsi, sa mission peut être présentée comme suit :

- Examiner la situation de l'enfant dans le pays d'une façon continue, structurer les actions menées dans les différents domaines qui visent sa protection et qui garantissent son développement afin de tracer la vision et les défis futurs.
- Un travail de communication et de sensibilisation sur les droits de l'enfant et des engagements nationaux dans tous les domaines, que ce soit celui de la santé, de l'éducation, de la justice, de la culture ou autre, aux niveaux régional et national.
- L'organisation de toutes les initiatives menées par les partenaires nationaux ou internationaux qui visent à promouvoir les principes des droits de l'enfant dans le pays.

---

<sup>537</sup> Le Roi Hassan II avait défini ce projet comme étant un défi relevé pour des principes primordiaux qui sont : « la dignité, la paix, la réduction de la pauvreté, l'éradication de la faim, la promotion de la santé, une éducation de qualité garantie à tous, l'égalité garçon-fille, l'accès à l'eau potable et à l'assainissement ».

<sup>538</sup> Le rapport présenté en Août 2019 sur l'évolution des droits de l'enfant au Maroc, à l'occasion du trentième anniversaire de l'adoption de la CIDE. Disponible sur : <http://www.social.gov.ma/> (en langue arabe).

**561.** Il convient de souligner que la création du parlement de l'enfant est une initiative menée par l'ONDE en 1999, une instance qui peut paraître comme une concrétisation d'un des principaux droits de la CIDE qui est celui du droit de participation de l'enfant. Dans la forme, cette instance renvoie à une évolution de taille qui permet aux enfants d'exprimer leurs opinions dans les affaires qui les concernent. Cependant, dans le fond la représentation de ce parlement ne fait pas l'unanimité des associations œuvrant pour les droits de l'enfant puisqu'il n'intègre pas des enfants de toutes les catégories sociales et donc ne reflète pas les problèmes qui les concernent tous.

**562.** Comme le rôle participatif (indirect) de l'ensemble des associations qui œuvrent pour les droits de l'enfant dans la réforme du Code de la famille en 2004, l'ONDE a également participé à l'élaboration de ce texte à travers une liste de propositions qui visent la protection de l'enfant dans le cadre familial de la même manière que la majorité des associations des droits de l'Homme en général et ceux des droits de l'enfant en particulier. La liste comporte des exigences par rapport aux principes fondamentaux des droits de l'enfant visant à élever l'âge du mariage pour les filles jusqu'à 18 ans, à étendre la filiation pour tous les enfants en ciblant ceux nés en dehors du cadre du mariage; tenir compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des matières telles que : la dissolution du mariage, la pension alimentaire, la garde ou encore la tutelle.

**563.** L'analyse du rôle de l'ONDE permet de comprendre que ce dernier ne présente en aucun cas un organisme de contrôle objectif et indépendant, ses missions consistant avant tout à veiller et à évaluer l'application des textes onusiens en matière de protection de l'enfance, ce qui n'aboutit pas à des rapports critiques envers la politique de l'Etat en la matière. Au contraire, la mission de cet observatoire consiste à affirmer la feuille de route de la politique menée par l'Etat, et ne se permet pas d'avoir une vision autonome ou contradictoire à celle de l'Etat alors que l'objectif principal est celui de former une sorte de pression par le biais de son objectivité et son engagement dans l'exécution de la CIDE.

## **Paragraphe 2 : Les manquements de l'Etat aboutissant à une mauvaise prise en charge de l'enfant.**

**564.** L'accomplissement des droits de l'enfant se fondent sur un ensemble d'éléments qui participent de manière directe ou indirecte à la promotion et l'intégration des principes fondamentaux de la protection des droits de l'enfant. En effet, dans un pays en voie de développement comme le Maroc, la question d'une intégration parfaite de ces principes semble difficile puisqu'il faut rassembler des facteurs de différents ordres notamment politiques, économiques et socioculturels. Cependant, ces facteurs peuvent être divisés entre ceux considérés comme principaux et d'autres secondaires.

**565.** En ce qui concerne les principaux facteurs, il est primordial de mettre la lumière sur l'importance de la participation de quelques secteurs dans le développement global d'une société et dans l'intégration des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur spécifiquement. Etant donné que la société marocaine demeure encore aujourd'hui une société traditionnelle qui essaye d'adoucir ce caractère suite aux réformes et à la modernisation du pays, il est évident que la famille représente encore aujourd'hui le noyau de la société et un rôle très important dans l'intégration, l'évolution et la conservation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

C'est à ce titre que la politique familiale doit acquérir une grande importance de la part de l'Etat dans l'objectif d'accomplir les droits de l'enfant dans le pays et de répondre aux exigences internationales. En outre, un autre secteur fait également la différence dans une vision future de cette mission de développer le domaine de la protection de l'enfance. En effet, le secteur de l'éducation représente une référence principale dans le processus de la prise en considération des droits de l'enfant au sein de la société.

### ***A- Une référence Etatique imparfaite.***

**566.** La Constitution marocaine de 2011 affirme dans plusieurs de ses dispositions l'attachement de l'Etat marocain à l'égalité des droits individuels de tous les citoyens devant la loi, en condamnant les discriminations de tout genre notamment de sexe, de religion, de couleur ou autre. En effet, dans le cadre d'un texte élaboré sur les principes des droits de l'Homme, il affirme explicitement le rôle primordial de l'Etat dans la protection des individus d'une manière générale et vise également l'engagement de ce dernier à travers l'article 32 qui dispose que : « *L'Etat œuvre à garantir par la loi la protection de la famille sur les plans juridique, social et économique de manière à garantir son unité, sa stabilité et sa préservation* » et qu'il « *assure une égale protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale* », des références qui soulignent le rôle de l'Etat et de la société dans la prise des mesures principales afin de garantir la protection de la famille et des enfants en particulier. Ainsi, cette protection s'élève à un niveau de normes constitutionnelles.

**567.** La référence des textes internationaux et celle de la constitution imposent à l'Etat d'adopter une politique adaptée à la famille marocaine afin de garantir l'évolution de cette institution ainsi que de protéger les droits de ses membres les plus vulnérables. Au Maroc, la famille constitue une institution traditionnelle de base considérée comme un noyau de l'ensemble de la communauté. Cependant, malgré cette importance accordée par le texte constitutionnel à la famille, nombreuses sont les failles qui persistent à une prise en considération sérieuse de cette institution dans la politique menée par l'Etat en la matière. Les textes adoptés par le Maroc ces dix dernières années ont démontré l'intention de l'Etat de réformer cette institution, toutefois la réalisation de cette prise en considération semble être imparfaite suite à l'absence d'une adoption de politique familiale explicite et qui soit fondée sur le soutien de l'Etat à la famille en général et à la femme et à l'enfant en particulier.

**568.** Ce soutien étatique à la famille peut se présenter sous diverses formes économiques, sociales, culturelles, etc. Néanmoins, étant un pays en voie de développement, les limites à ce soutien dans son ensemble semblent être importantes d'une manière générale et plus précisément en ce qui concerne le cadre familial, qui demeure traditionnel et fait encore partie de la sphère privée, ce qui rend ce soutien encore plus difficile à accomplir. En effet, malgré que l'Etat ait réformé le Code de la famille en 2004, la majorité des citoyens ignorent le contenu de ses dispositions, ce qui reflète l'absence de relations entre l'Etat et la population.

Cependant, ce qu'il faut c'est créer un lien de proximité avec cette population afin qu'elle soit réceptive des textes juridiques qui participent à son évolution<sup>539</sup>. Toutefois, à notre sens il est difficile d'évoquer une toute autre étape de soutien étatique à la famille, sans que la sensibilisation à l'égard de la population soit faite. De plus, dans une société traditionnelle où la femme et l'enfant occupent une place secondaire, il semble important que la sensibilisation soit adaptée à ce modèle en ayant recours à des actions et des discours qui peuvent aboutir à des résultats concrets. Ainsi, la réalisation des droits de la femme et de l'enfant exige une certaine stratégie qui consiste à :

- Remettre en cause le traditionalisme familial.
- Sensibiliser sur les droits des femmes de manière générale et au sein de la famille en particulier en insistant sur l'égalité des sexes.
- Accompagner les femmes vers une insertion professionnelle
- Sensibiliser sur les droits des enfants.
- Mettre en place une feuille de route à long terme, dans l'objectif de la réalisation des droits de l'enfant

---

<sup>539</sup> Le dernier rapport élaboré en 2016 par le ministère de la solidarité, de la famille et du développement social sur les dix ans d'application du code de la famille marocaine, souligne un taux de connaissance du code de la famille assez élevé qui est de 89%<sup>539</sup>, un taux qui crée débat avec les associations qui agissent sur le terrain puisqu'elles estiment que malgré la connaissance de l'existence du texte par la population, la majorité ne connaît pas les dispositions du texte et tous les changements fondamentaux apportés par ce dernier.

**569.** L'action de l'Etat pour la réalisation de ces mesures demeure très timide malgré les multiples projets lancés visant la concrétisation de ces objectifs. Un autre élément que l'Etat doit également assurer afin de faire progresser l'institution familiale, intégrer et assurer les principes des droits de l'enfant au sein de cette institution c'est l'accompagnement et le soutien des familles. En effet, cet accompagnement n'est pas seulement d'ordre matériel mais aussi moral et se base sur le principe de garantir aux familles d'abord une connaissance des principes des droits de l'enfant ainsi qu'une prise en considération de son intérêt supérieur. Ce soutien peut également revêtir un accompagnement social et même psychologique afin de répondre aux besoins des familles qui trouvent des difficultés à assumer leurs tâches.

**570.** Par ailleurs, l'Etat a toutefois tenté d'améliorer cette prise en charge des familles et des enfants en lançant dans un cadre institutionnel, le projet de loi portant sur la création d'un conseil consultatif de la famille et de l'enfance (CCFE) en 2015. Ce projet vise dans un premier temps « *l'instauration des piliers d'une société cohérente et solidaire où tout un chacun, communautés et individus, jouissent de la sécurité, la liberté, la dignité, la parité, l'égalité des chances et la justice sociale, en plus de la mise en place des fondamentaux d'une vie digne* », puis dans un second temps « *la protection juridique et la considération sociale et morale, à même de garantir, sur un pied d'égalité, l'intérêt suprême de tous les enfants sans faire de discrimination par rapport à leur situation familiale, en veillant à l'application optimale des conventions internationales ratifiées et des lois nationales relatives à la protection de la famille et de l'enfance* ».

**571.** En effet, ce projet a été élaboré en collaboration avec des partenaires nationaux et internationaux, notamment les ministères de la justice et des libertés et de la jeunesse et des sports, la délégation inter-trimestrielle des droits de l'Homme et la commission de Venise relevant du conseil de l'Europe. Le texte intervient dans le cadre de la réalisation de l'article 169 de la constitution qui dispose que « *le conseil consultatif de la famille et de l'enfance, créé en vertu de l'article 32 de la présente constitution, a pour missions d'assurer le suivi de la situation de la famille et de l'enfance, d'émettre son avis sur les plans nationaux relatifs à ces domaines, d'animer le débat public sur la politique familiale et d'assurer le suivi de la réalisation des programmes nationaux, initiés par les différents départements, structures et organismes compétents* »<sup>540</sup>. L'élaboration de ce conseil vient renforcer la vision politique menée par le pays et affirmer sa volonté de continuer dans la voie réformiste en matière de la famille et de la protection de l'enfance. La constitution de ce conseil est considérée par le CNDH comme étant un engagement qui réaffirme un travail vers une nouvelle politique publique en faveur de la famille et de l'enfance.

---

<sup>540</sup> La Constitution marocaine de 2011.

**572.** L'élaboration de ce CCFE a suscité la participation de nombreux acteurs que ce soit institutionnels ou associatifs, une participation qui a abouti à la prise en considération de la majorité des rapports présentés par les acteurs principaux. En effet, à titre d'exemple le CNDH avait présenté dans un premier temps un rapport rendu public sur les éléments et les principes constitutifs de ce conseil en mettant la lumière sur:

- La garantie des droits constitutionnels à tous les membres de la famille, l'égalité des époux, l'intérêt supérieur de l'enfant, une protection juridique égale des enfants, une protection sociale et morale des enfants.
- L'intégration du rôle principal de la femme, et veiller à son émancipation.
- Veiller à la politique de la petite enfance.
- La prise en considération d'une politique familiale ciblée qui vise à relever les défis sociaux comme la lutte contre la pauvreté, la vulnérabilité des familles et des enfants, de mener des politiques à long terme, d'avoir un impact sur l'évolution des droits des femmes et de l'enfant.
- De composer ce conseil de spécialistes de différents domaines afin de répondre aux différentes exigences sociales<sup>541</sup>.

**573.** En outre, le CNDH a souligné l'importance que ce conseil soit doté d'un statut indépendant du pouvoir exécutif. Puis qu'il soit doté de missions permettant l'évolution, l'orientation des politiques et la législation dans la concrétisation des droits de la famille et de l'enfant. Cependant, le texte final n'a pas pris en compte l'ensemble des recommandations faites que ce soit par le CNDH ou par les associations participant aux débats de l'élaboration. S'ajoute à cela, l'avis du conseil économique, social et environnemental qui regrette un nombre de points sur le financement qui doivent être revus puis le manque de préambule qui précise clairement les principes directeurs du CCFE en soulignant également l'absence de mesures qui prennent en considération l'avis de l'enfant qui assure son droit à la participation. Il était également recommandé d'améliorer le texte en ajoutant un article qui rappelle les principes fondamentaux des droits de l'Homme et ceux des droits de l'enfant puis les principes constitutionnels. Ainsi, Dans l'ensemble le texte adopté par le département de Mme Bassima HAKAOUI, ministre de la famille, de la solidarité, de l'égalité et du développement à l'époque, a fait l'objet de nombreuses critiques puisqu'il n'a pas pris en considération les recommandations des acteurs participant à cette élaboration<sup>542</sup>.

**574.** Ainsi, malgré que l'Etat marocain ait souhaité réaffirmer sa volonté d'intégrer et de concrétiser l'ensemble de ses engagements internationaux, intention qui vise l'élaboration d'une nouvelle politique active qui ne se contente pas uniquement des réformes mais qui participe à les évaluer et à suivre leur continuité et leur développement, la négligence de la prise en compte des recommandations des acteurs du domaine familial et de l'enfance renvoie aux lacunes que contient le texte élaborateur du CCFE et aux conséquences qu'il peut générer sur son activité.

---

<sup>541</sup> ONDH, « La création du Conseil consultatif de la famille et de l'enfance », 2015.

<sup>542</sup> Le projet de loi relatif au conseil consultatif de la famille et de l'enfance devant les conseillers, paru le 26 Avril 2016. Disponible sur : [www.lematin.ma](http://www.lematin.ma).

De plus, selon les associations œuvrant pour les droits de l'enfant notamment l'association INSAF, il est important que ce CCFE précise dans la loi de sa création les principes fondamentaux, notamment ceux de l'enfant, afin de permettre à ce dernier d'acquiescer une reconnaissance de la suprématie de ces droits sur les traditions, les mœurs et le concept d'une famille traditionnelle.

### ***B- Les Limites du modèle familial traditionnel.***

**575.** Pour que la prise en compte des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur soit une réalité concrète, il faudra d'abord que l'Etat participe à la libéralisation du modèle familial en supprimant tous les éléments qui font encore référence à un modèle inadapté à la société présentant de nombreux mouvements évolutifs. En outre, il s'avère que les textes actuels ne reflètent plus la réalité sociale, ce qui crée un décalage important entre le texte et son application et ceci est également dû à une problématique qui émane de l'Etat. Ce dernier a en effet manqué la résolution de deux obstacles majeurs empêchant l'efficacité de ces textes réformés et la possibilité de permettre leur évolution. En outre, il est difficile d'évoquer une concrétisation du droit de la famille dans son ensemble sans pour autant que l'Etat règle les problèmes liés à cette réalisation.

**576.** Les rapports entre l'Etat et la société de droit se caractérisent par un manque d'organisation et d'effectivité. Cette problématique prend de plus en plus d'ampleur au Maroc. En effet, ce problème se base d'abord sur le décalage existant entre les textes de la loi et leur perception par les citoyens, ainsi que sur le système politique. En effet, les lois qui sont souvent confrontées à ces contradictions sont celles qui tendent à remplacer ou à éliminer des lois ancrées dans l'esprit des citoyens à travers les mœurs, la culture ou la religion. Ainsi, en général, l'intégration des principes fondamentaux des droits de l'Homme sont souvent victimes et dotés d'un caractère de faiblesse dans les lois internes<sup>543</sup>. C'est d'ailleurs ce décalage entre les normes et la réalité qui accorde aux textes internationaux un caractère flou entre la loi et la réalité sociale. Nous citons à titre d'exemple la problématique de la CIDE qui présente un décalage entre les normes et les principes qu'elle défend pour l'enfant et la réalité d'une société où la philosophie d'individualisation des droits est difficile à appliquer. En effet, la composition sociale marocaine basée sur la communauté et la famille avec une référence religieuse comme nous l'avons précisé dans les paragraphes précédents, n'a pas facilité l'inscription de l'ensemble des normes ni dans la loi ni dans l'esprit des individus.

**577.** Cette complexité tire son origine dans la primauté du groupe sur l'individu et de ce fait prioriser l'institution de la famille dans son ensemble sur les droits individuels de chacun voire de l'enfant. Cependant, la conservation de ce modèle traditionnel peut générer la perte de l'esprit de la convention internationale dans son application interne, puisque le praticien de droit va être partagé entre les principes internationaux qui

---

<sup>543</sup> Mohammed MOUAQIT, Droit et changement politique et social au Maroc, *in* Le Maroc au présent : d'une époque à l'autre, une société en mutation, Casablanca : Centre Jacques-Berque, 2015 (généré le 24 avril 2019). Disponible sur Internet : <file:///C:/Users/admin/Downloads/cjb-1125.pdf>.

disposent que la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la priorité et entre la valeur de la famille dans la société.

**578.** Appliquer l'ensemble des dispositions de la CIDE en droit de la famille ne néglige pas le rôle de l'institution familiale puisque le texte rappelle dans nombreuses de ses dispositions, le rôle de la famille et de son importance à l'égard de l'enfant. Par ailleurs, cette conservation est aussi une question morale comme l'indique Mokhtar EL HARRAS que « *la famille est l'institution où les individus reçoivent le plus d'appui. Elle est souvent la première institution consultée dans tout ce qui touche au travail, à l'éducation, à la santé (...) etc. L'entourage familial immédiat est souvent qualifié de coopératif et solidaire. Il est particulièrement actif dans l'apport de soutien matériel, moral et psychologique aux membres qui en ont besoin. On exalte l'amour et la sécurité qu'il prodigue, ainsi que l'importance de son rôle pour la santé et l'équilibre de l'individu* »<sup>544</sup>. Cette perception est ancrée dans l'esprit d'une partie des marocains, ce qui oblige le législateur de s'adapter à cette réalité et intégrer progressivement les droits de l'enfant et la prise en considération de son intérêt supérieur à l'intérieur de ce modèle. Ainsi, C'est dans ce sens que le rôle de l'Etat et de la société civile s'avère important, puisqu'il faut mener un grand chantier qui vise la promotion des droits de l'enfant afin de permettre une compréhension plus large du principe d'individualisation des droits de l'enfant en dehors du cadre fermé de l'institution familiale.

**579.** Nombreux sont les auteurs traditionalistes qui considèrent que la prise en considération des droits de l'enfant au Maroc fait déjà partie d'une réalité d'application tout en respectant la spécificité d'un pays où la religion musulmane et l'unité territoriale font partie du fondement social. C'est dans ce contexte que lors de la réforme du Code de la famille, les avis étaient partagés comme nous l'avons déjà précisé, entre moderniste et traditionaliste. Cependant, ces derniers ont confondu l'argument social avec celui religieux, en insistant sur les pratiques sociales des marocains qu'ils jugent d'ordre musulman.

Cette confusion convient aux traditionalistes qui avaient un argument fort face à un pays qui demeure sous le règne d'un commandeur de croyants, afin de mettre des limites aux questions qui selon eux peuvent porter atteinte à la religion musulmane de remettre en cause les préceptes de cette dernière et de permettre la construction d'une société obscure<sup>545</sup>. Toutefois, c'est vers cette société qu'il faut faire un pas réformiste à travers une dynamique étatique et associative qui vise à s'approcher de la population, à promouvoir les principes des droits de l'enfant, à faire évoluer le modèle existant à travers des interventions pratiques sur le terrain et à exercer le rôle d'un médiateur entre les principes d'origine internationale et ceux « *influencés par un point de vue d'ordre moral et religieux* »<sup>546</sup> afin de permettre une transition en douceur entre les deux modèles qui incarnent de nombreuses contradictions.

---

<sup>544</sup> Mokhtar EL HARRAS, Les mutations de la famille au Maroc, 50 ans de développement humain, 2006, p. 123.

<sup>545</sup> Jean-Philippe BRAS, La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : quelles avancées pour la démocratie ? 2007/4, n° 37, p. 121.

<sup>546</sup> Louis MILLIOT, Paul-François BLANC, Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Dalloz, 2001, p. 256.

**580.** Ces éléments permettent d'analyser la situation du Maroc comme suit : dans un premier temps il ne suffit pas d'adhérer aux textes internationaux tant que les textes nationaux ne s'accordent pas sur les mêmes principes de base. Puisque l'objectif de l'intégration des droits humains en général et ceux de l'enfant en particulier n'est pas seulement d'élaborer des principes théoriques mais de les mettre en exergue et de les faire respecter dans leur ensemble. Puis, il est important de souligner que les dispositions de la CIDE ne peuvent être concrétisées que si elles sont prises dans leur ensemble sans la mise en place de réserves qui peuvent affaiblir le pouvoir du texte tout entier. Les réserves émises par le Maroc et les limites face auxquelles il fait face atteignent effectivement l'applicabilité des grands principes de la CIDE notamment le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui représente une référence principale pour le texte entier.

**581.** La spécificité du Code de la famille marocain et son caractère ambiguë entre un texte juridique moderne et un texte jugé conservateur dans de nombreuses questions dont la référence religieuse demeure marquante, ainsi que la politique étatique menée aboutissent clairement à une difficulté pour le pays de s'approprier les principes des droits de l'enfant. Une situation qui rend encore plus complexe la mise en œuvre concrète, que ce soit de l'ensemble des dispositions de la CIDE ou encore d'un de ses principes fondamentaux qui est l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, la concrétisation de ce principe exige la réunion d'un nombre d'éléments notamment : une justice indépendante et spécialisée, une révision approfondie du Code de la famille en éliminant tout argument justifiant une atteinte directe ou indirecte à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**582.** Toutefois, malgré ces limites révélées dans le système juridique marocain quant à la prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, la ratification de la CIDE par le pays a fait de l'ensemble des principes fondamentaux revendiqués par le texte une voie exemplaire de concrétisation progressive des droits de l'enfant faisant ainsi de l'intérêt de l'enfant un principe fondamental de la mise en œuvre des réformes du droit de la famille, suivant le modèle de son homologue français qui accorde à ce principe une place primordiale à travers son intégration et sa concrétisation dans toutes les règles relatives à la protection des droits de l'enfant.

## Conclusion Première partie

**583.** Dans tous les pays au monde, la reconnaissance des droits de l'enfant a représenté un changement et une évolution des esprits quant à la place de ce dernier au sein de chaque société. Cette transformation, résultat des réflexions philosophiques relatives à la personne de l'enfant, a permis, voire imposé au monde entier un engagement pour un changement progressif sur différents niveaux, juridique, politique et social.

**584.** L'adoption de la convention internationale des droits de l'enfant en 1989 par la communauté internationale a été l'événement phare de la reconnaissance et de la consécration des droits de l'enfant. En effet, malgré l'existence de nombreux textes qui visaient la protection de la personne de l'enfant, l'originalité de la CIDE et des principes fondamentaux qu'elle incarne lui ont accordé le statut de « *la fille légitime de la Déclaration universelle des droits de l'Homme* »<sup>547</sup>. Cette importance résulte de l'ensemble des droits proclamés et des principes fondamentaux adoptés qui reflètent la grandeur du texte qui touchent toutes les branches de droit notamment celle de la famille.

Par ailleurs, en France comme au Maroc la reconnaissance du statut juridique à l'enfant n'est pas la conséquence directe de l'émergence de la CIDE, puisque chacun des deux pays adoptait déjà une perception singulière des droits de l'enfant et de l'intérêt de ce dernier dans différentes questions de droit. Toutefois, pour les deux pays l'adhésion à la CIDE a créé un terrain commun de la perception de l'intérêt de l'enfant qui a visiblement influencé leur droits de la famille. Cette influence illustre principalement la prise en considération et l'intégration des principes de la CIDE et plus précisément de celui de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est devenu un moteur de toutes les réformes menées et constituant un élément fondateur du droit de la famille. Cependant, le caractère flou du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, a fait de ce « *standard juridique* » un principe passible de toute interprétation puisqu'il ne renvoie ni à une image ni à un contenu précis.

**586.** C'est dans ce contexte que les divergences de sa prise en considération se concrétisent entre les systèmes juridiques, notamment lorsqu'il s'agit de sa prise en considération dans des domaines dotés de grande sensibilité tel que le droit de la famille. Ainsi, malgré l'adhésion et la ratification de la CIDE par les deux pays, l'appréciation et l'intégration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas un succès dans les deux systèmes juridiques. Cela dit, la possibilité accordée par le principe lui-même d'être interprété afin de s'adapter à tous les éléments qui peuvent le constituer peut en effet être favorable à la perception globale de la CIDE et de ses principes fondamentaux.

**587.** Cependant, ce même avantage perçu de l'imprécision du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant peut également faire l'objet de critiques fondées sur l'interprétation faite par certains systèmes juridiques qui adoptent d'autres perceptions que ce soit de l'enfant ou de son intérêt tel que le droit de la famille marocain.

---

<sup>547</sup> Claire NEIRINCK, La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, op, cit, p13.

Un constat qui souligne le risque adopté par le texte par cette imprécision à l'égard de l'universalité de ses principes fondamentaux. D'ailleurs, le risque d'une interprétation qui ne répond pas à l'esprit et aux dispositions du texte est clairement constaté dans la mise en œuvre du droit de la famille ainsi que dans l'applicabilité et la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juges.

## **Seconde partie : L'intérêt de l'enfant un élément de mise en œuvre du droit de la famille.**

**588.** L'adoption de la CIDE par tous les pays du monde<sup>548</sup>, a permis la mise en place du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est devenu aujourd'hui un principe directif dans la protection des droits de l'enfants pour tous les Etats parties. Cette prise en considération a participé d'une manière directe et indirecte à l'évolution de nombreuses législations dont celle familiale. En effet, cette dernière a connu de nombreuses réformes afin d'intégrer l'ensemble des dispositions de la CIDE et plus précisément la prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces réformes se sont également accompagnées d'un long processus de modernisation des juridictions nationales de chaque Etat.

En revanche, les disparités entre les Etats développés et ceux en voie de développement se sont rapidement manifestées entre une intégration et une prise en considération efficace du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et une intégration stagnante dans la réalité d'application du principe. En effet, les deux systèmes juridiques que nous étudions notamment celui de la France et du Maroc reflètent bien cette problématique, dans le sens où l'influence de la référence idéologique ainsi que celle historique de chaque pays et donc de chaque système juridique ont abouti à un nombre de divergences dans la concrétisation de principe dans le droit de la famille.

**589.** Ces divergences se fondent principalement sur l'évolution et les mutations qu'a connu la famille dans chaque pays. En effet, nous avons déjà précisé que l'évolution de la famille dans les deux pays n'a pas abouti aux mêmes modèles familiaux d'où la dotation de la France d'un modèle familial moderne et divers, puis la sauvegarde du Maroc d'un modèle familial considéré comme traditionnel. Ces mutations ont également nécessité l'adoption de tout un nouveau système judiciaire afin de s'adapter au fur et à mesure aux nouvelles réformes ainsi qu'aux principes des droits de l'Homme.

**590.** En outre, c'est dans le sens d'une mise en œuvre réelle et pratique des droits de l'enfant en général et du principe de son intérêt supérieur en particulier ainsi qu'au regard des engagements internationaux des deux pays, qu'un long processus d'adaptations aux principes des droits de l'enfant s'est également lancé au niveau de la justice.

Pour la France, cette adaptation a débuté depuis une cinquantaine d'année suivant les mutations familiales et l'adoption d'un pluralisme juridictionnel en matière familiale afin de garantir la prise en compte des droits spécifiques de chaque membre de la famille notamment ceux de l'enfant. Quant à l'adoption d'une juridiction spécifique dédiée à traiter les affaires familiales au Maroc, la question est considérée comme très récente puisque ce n'est qu'à partir de l'adoption du Code de la famille en 2004 que le Maroc a relevé le défi de créer et d'instaurer une justice spécifique en matière familiale.

---

<sup>548</sup> La CIDE est ratifiée par tous les pays du monde, à l'exception des Etats-Unis.

**591.** De plus, la France a réussi à apporter une garantie à l'application des principes de la CIDE à travers son adoption d'un système judiciaire assez moderne qui apporte des réponses à la détermination des droits de chaque membre de la famille et d'une détermination et une protection exclusive de l'intérêt supérieur de l'enfant. Alors qu'au Maroc, le modèle familiale et juridictionnel adopté fait encore face aux limites basées sur la référence à une doctrine islamique, au traditionalisme de la famille marocaine et à l'interprétation ambiguë des règles du Code de la famille ainsi qu'à ceux de la CIDE, un cadre qui influence explicitement l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière familiale permettant donc une évolution jurisprudentielle fondée sur la prise en considération de la supériorité de cet intérêt (Titre I).

De plus, si le processus de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant en France a permis sa considération primordiale en se manifestant dans des questions majeures qui concernent l'enfant et dont la prise en compte semble évidente, dans le système judiciaire marocain, cette détermination fait toujours débat, puisqu'elle semble difficile à s'imposer face aux conditions religieuses qui contrôlent encore un nombre de questions où la prise en compte de cet intérêt est clairement limitée (Titre II).

## **Titre I: L'intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre du droit de la famille.**

**592.** La concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant exige avant tout un engagement de l'Etat dans un processus de mise en place des éléments et des mécanismes qui permettent cette concrétisation. En effet, de par leurs engagements les Etats parties de la CIDE, s'engagent à la reconnaissance du principe dans leurs législations.

Par ailleurs, la détermination de ce concept clé fait toujours débat puisque la supériorité de celui-ci met en place une difficulté à sa définition objective. En effet, le Professeur Hugues FULCHIRON précise que : *« la détermination concrète de ce principe est marquée 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 chaque société ; elle est liée à une culture, à des savoirs, 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 fait cette société de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même »*<sup>549</sup> . Ainsi, l'ensemble de ces éléments influence d'une manière directe ou indirecte la détermination de ce principe qui peuvent des fois être contradictoires avec la concrétisation du principe. Cette problématique se manifeste dans les deux systèmes juridiques mais de différents niveaux.

**593.** En France la suprématie de la CIDE et de l'article 3-1 reconnu d'une application directe d'abord par le conseil d'Etat puis par la Cour de cassation, démontre qu'au terme d'une évolution qui s'est produite sur le droit familial et sur les juridictions qui le concerne, cette détermination suite à l'adoption du pays d'un mécanisme a permis et facilité la reconnaissance et la détermination directe de ce principe.

**594.** Quant à la juridiction marocaine et son processus facilitant cette concrétisation, elle connaît encore aujourd'hui des difficultés à cette détermination puisqu'elle fait face à une structure judiciaire du droit de la famille très récente qui se trouve devant l'obligation d'intégrer ce principe tel qu'il est reconnu universellement, puis d'apporter des réponse à sa détermination (chapitre 1). De plus, en France l'adoption d'une juridiction spécialisée a également permis une évolution jurisprudentielle importante dans la réception du principe, tandis que la création récente de cette juridiction dans le système judiciaire marocain depuis 2004 connaît encore des limites et n'a pas réussi à révolutionner la réception de l'intérêt supérieur de l'enfant (chapitre 2).

---

<sup>549</sup> Hugues. FULCHIRON, Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, GAZ, PAL, 08 décembre 2009, n° 342, p. 15.



## Chapitre 1: L'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**595.** La concrétisation et l'intégration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par n'importe quel système judiciaire, exige avant tout une détermination claire de ce principe. En effet, il peut être appréhendé de deux manières différentes ; d'abord une manière théorique (*in abstracto*) dont nous avons déjà précisé les contours<sup>550</sup>, ensuite une détermination concrète (*in concreto*). En effet, c'est cette dernière qui permet l'application du principe directif de la CIDE dans un cadre pratique ; ainsi nombreux sont les auteurs qui se sont focalisés sur la mise en place de définitions qui permettent sa concrétisation.

Il est ainsi défini par Raymond. LE GUIDEC « *comme l'examen de la condition personnelle et particulière du sujet de droit pour la vérification des conditions d'application de la règle de droit* »<sup>551</sup>. Autrement dit, « *Le juge prend pour mesure de son appréciation la personne même d'un individu, avec ses besoins, ses aptitudes ou ses états de conscience subjectifs, ce qui oblige à scruter directement l'intériorité psychologique* »<sup>552</sup>. Il est également défini *in concreto* par M. DEJAN D LA BATIE comme lorsqu'il est « *relatif à des notions qui tout en pouvant receler une norme portent en elles-mêmes un contenu humain incontestable, un certain poids de réalité sensible (...) lorsque les notions juridiques contiennent ainsi une référence directe à la réalité humaine, il est aisé de comprendre qu'elles inclinent plus naturellement les juges à apprécier cette réalité telle qu'elle se présente à eux dans chaque cas particulier, c'est-à-dire in concreto* ». Ainsi, il semble évident que le principe de l'intérêt de l'enfant forme une de ces notions juridiques qui doit être appréciée et considérée *in concreto* afin d'assurer une garantie à son application.

**596.** En outre, selon un grand nombre de spécialistes, c'est cette définition *in concreto* qui permet même la réalisation de ce principe puisque *in abstracto* il demeure une notion non définie et à contenu variable. Sa concrétisation passe tout d'abord par lui accorder les éléments pratiques qui permettent sa définition afin que toute personne responsable de la réalisation de ce principe soit dans la mesure de le définir *in concreto* et de protéger l'enfant.

Une constatation que M. DEJEAN DE LA BATIE, permet de réaffirmer en percevant que « *l'intérêt de l'enfant est toujours apprécié en fonction des circonstances particulières de la cause. (...) Aussi bien dans toute la mesure où l'intérêt de l'enfant peut être pris en considération, il n'est pas douteux que les particularités propres à celui-ci doivent être*

---

<sup>550</sup> Raymond. LE GUIDEC la considère comme « *une comparaison ou une adéquation des données particulières de l'instance à une définition générale et préalable du terme juridique dont il s'agit de vérifier l'existence de l'espèce* ».

<sup>551</sup> Raymond LE GUIDEC, Droit de l'enfance et de l'adolescence, le droit français est-il conforme à la convention internationale des droits de l'enfant, Litec, 1995, p. 472.

<sup>552</sup> N. DEJEAN DE LA BATIE, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, L.G.D.J « Bibliothèque droit privé », Tome n° 57, 1965, p. 6, n° 7, in C. SANDRAS, L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille, thèse dactyl., 2000, p. 30.

*considérées à l'égal des autres considérations* »<sup>553</sup>. Une définition qui renvoie à l'importance d'une prise en considération des milieux de vie de chaque enfant que ce soit antérieur ou actuel ainsi que des éléments constituant sa personnalité.

597. L'affirmation de l'importance d'une prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers une définition concrète (*in concreto*) semble légitime et justifiée par le fait de considérer de spécifique chaque situation où l'intérêt supérieur de l'enfant est remis en question en apportant un caractère humain et réel à un principe considéré souvent comme « Floue ». En d'autres termes, cette méthode d'appréciation du principe peut effectivement apporter une vision plus claire, et une facilité d'application par les auteurs de la détermination de cet intérêt notamment dans des pays où les principes des droits de l'enfant représentent la référence principale telle que la France. En revanche, la même appréciation peut représenter un obstacle dans un système juridique comme celui du Maroc où les principes des droits de l'Homme et de l'enfant sont encore d'ordres récents et font encore l'objet de grands débats et d'interprétation entre un ordre juridique moderne basé sur des règles de droit et une conception religieuse qui se réfère à d'autres éléments d'appréciation de cet intérêt.

Parmi les problématiques auxquelles l'appréciation de ce concept peut faire face est celle du rôle accordé au juge dans chacun des systèmes juridiques ainsi que le manque de modernisation du système judiciaire (Section 1) qui n'offre pas souvent les moyens et les mécanismes adaptés au juge lui permettant de passer d'une prise en considération traditionnelle de l'intérêt supérieur de l'enfant à une perception beaucoup plus moderne (Section 2).

---

<sup>553</sup> NOËL. DEJEAN DE LA BATIE,, *op. cit.*, p. 243.

## **Section 1: Le rôle primordial du juge.**

**598.** Il est difficile d'évoquer la définition concrète du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans pour autant se référer aux efforts fournis par les Etats parties dans l'objectif de mettre en œuvre ce principe par la justice. En effet, c'est cette dernière qui permet d'accorder cette définition à travers le processus établi et suivi qui vise l'établissement d'une définition. Cependant, établir une définition concrète comme nous l'avons précisé exige des réformes au niveau législatif mais également des réformes au niveau judiciaire afin d'harmoniser et de permettre cette concrétisation.

**599.** Le système judiciaire français a entamé ce processus de réformes depuis des années puisqu'il été impossible de négliger l'évolution de l'institution familiale qui s'est libéralisée et contractualisée en assurant une égalité entre les membres de la famille. Ainsi, le droit judiciaire privé a également poursuivi le rythme évolutif de toutes les questions qui concerne la famille. Une situation qui a mené à une explosion dans les réformes législatives qui ont abouti à une explosion des compétences et des spécialités. Cette évolution a abouti à la création du juge aux affaires familiales, devenu au fil des réformes le spécialiste de la protection de toute la famille et plus précisément le gardien des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur, une création qui a permis l'évolution du mécanisme de la prise en considération de ce principe au sein du droit familiale et de la jurisprudence.

**600.** Si le législateur français s'est adapté aux mutations sociales et familiales, le législateur marocain, lui, s'est retrouvé devant un modèle familial plus traditionaliste et qui ne s'est pas détaché rapidement de la structure traditionnelle à référence religieuse. Ce modèle a influencé la rapidité de l'évolution et ainsi freiner l'évolution judiciaire en la matière. En effet, pour le Maroc il a fallu attendre l'année 2004 afin que son système judiciaire se dote d'une juridiction familiale et ainsi s'inscrire dans un processus spécifique qui s'intéresse à tous les membres de la famille notamment l'enfant, qui ne bénéficie pas d'une protection spécifique.

**601.** C'est en se basant sur ces divergences entre les deux systèmes juridiques français et marocain, qu'il est possible d'analyser la difficulté d'une détermination concrète et universelle du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, afin de comprendre la difficulté de la détermination du principe au sein de la juridiction familiale, il importe tout d'abord de comprendre le rôle attribué au juge à travers les juridictions spécialisées et le rôle de ces dernières qui visent à protéger chaque membre au sein de la famille (Paragraphe 1) et mettre la lumière sur les difficultés auxquelles le juge marocain en particulier est confronté dans le cadre de cette détermination entre modernité et traditionalisme (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1- Le juge et l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**602.** Dans les deux systèmes juridiques que nous étudions, la modernisation de la justice familiale semble une évidence. En effet, l'évolution de la famille au sein de chaque société a mis en évidence le besoin d'une harmonisation entre l'évolution sociale, les textes législatifs et la justice. Dans ce cadre, la France a connu un long chemin d'évolution qui a permis un pluralisme juridictionnel en matière familiale, qui est le résultat d'une évolution sociale marquée par la transformation d'une institution traditionnelle qui est la famille à une institution moderne dotée d'un caractère évolutif, souple et flexible. Cette conception qui aboutirait à l'adoption d'une justice qui soit pragmatique et qui tienne compte d'une réalité sociale<sup>554</sup>.

**603.** Ainsi, l'adoption d'un nouveau modèle judiciaire en matière familiale est également due à l'inexistence d'un modèle familiale unique puisque la conception de la famille elle-même évolue dans le temps et l'espace et selon les époques de chaque société dont celle française. Ces éléments d'influences sont ceux qui ont inspiré les lois puisque le législateur ne cherche plus à imposer un modèle familiale unique mais il accorde une certaine liberté aux individus par rapport au choix du type familiale<sup>555</sup>, un pluralisme qui se base également sur les éléments religieux, culturels, idéologiques, sociaux ou économiques de chaque individu.

**604.** Ainsi, il résulte un pluralisme des institutions familiales qui permet l'intégration de toutes les affaires en intégrant, les différents cas d'unions, de divorces, des régimes qui permettent la protection des personnes vulnérables au sein de la famille, de la filiation, de l'adoption, des régimes matrimoniaux ou d'autres, un pluralisme qui permet d'apporter à chaque choix personnel, un modèle approprié. En effet, ce pluralisme est considéré en matière familiale comme une coexistence de différentes juridictions dans le même système de justice familiale, qui vise à garantir la protection des droits de tous les membres de la famille et d'assurer leurs intérêts.

C'est en effet, ce terme clé d'intérêt qui nous intéresse dans le cadre de la protection de l'enfant qui demeure la personne la plus vulnérable au sein de la famille. Dans cet objectif de rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre familial, la justice a réussi le défi de se lancer dans un processus de modernisation, d'intégration et de prise en considération de l'intérêt supérieur à travers la création des juridictions aptes à déterminer au mieux cet intérêt et à permettre la détermination des critères permettant d'apprécier cet intérêt.

**605.** Pour le Maroc, la question de la modernisation de la justice en faveur de la famille ou de l'intérêt supérieur de l'enfant est encore très loin d'un fonctionnement adéquat à la réforme du Code de la famille de 2004, ou aux dispositions de la CIDE. En effet, la justice familiale au Maroc est considérée comme très récente, puisqu'elle constitue un passage d'une justice fortement attachée aux principes religieux à une justice progressive

---

<sup>554</sup> Jean-Jacques. LEMOULAND, Répertoire de droit civil, la famille, Dalloz, Juin 2015.

<sup>555</sup> Jean-Jacques. LEMOULAND, Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?, D. 1997, Chron, p. 133.

qui évolue en prenant compte de la réalité sociale. En outre, ce n'est qu'à partir de l'adoption du Code de la famille de 2004 que le système judiciaire marocain s'est doté de juridictions spécialisées sensées faire respecter l'esprit du texte et se détacher du caractère religieux ainsi que suivre l'évolution sociale en préparant des magistrats spécialisés et qualifiés en matière familiale en général.

**606.** Par ailleurs, la mise en place de cette nouvelle justice familiale qui selon le discours royal doit « rester tributaire de la création de juridictions de la famille qui soient équitables, modernes et efficaces », semble faire face à de nombreux obstacles qui, dans un premier temps empêche une modernisation totale puisqu'elle s'applique principalement sur un modèle familial traditionnel. Ainsi, la complexité d'une justice qui balance entre des dispositions contradictoires entre le moderne et le traditionnel rend souvent complexe son efficacité. Une ambiguïté qui porte atteinte à la femme, à l'enfant et à l'intégration et l'application des règles modernes telles que les droits de l'enfant et son intérêt supérieur tels qu'ils sont reconnus universellement.

Ces problématiques se reflètent évidemment dans la difficulté de la mise en place d'un mécanisme efficace de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant qui implique dans un premier temps le rôle du juge à déterminer et à rechercher ce principe dans toutes les affaires qui concernent l'enfant.

#### ***A- La création d'une juridiction spécialisée.***

**607.** Dans un cadre familial, il semble évident qu'il revienne aux parents de déterminer l'intérêt de leurs enfants à travers les diverses décisions qu'ils prennent dans le cadre de l'exercice de leur rôle de l'autorité parentale. Contrairement au droit marocain qui ne précise pas cette référence, le législateur français s'y réfère explicitement à travers l'article 371-1 du Code civil qui dispose que « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». Ainsi par ce rôle les parents apprécient concrètement l'intérêt supérieur de leur enfant en prenant en considération ses conditions, ses besoins et la particularité de sa personnalité, Mais aussi selon les choix parentaux qu'ils adoptent et qu'ils jugent adaptés à l'enfant notamment en matière d'éducation, d'appréciation du mal et du bien de l'enfant, la perception du bien-être physique et moral de l'enfant. En effet, cette appréciation parentale diffère d'un parent à un autre puisque chacun peut avoir sa propre perception de cet intérêt et de la manière de le concrétiser.

**608.** Cependant, si dans les situations ordinaires, les parents sont ceux qui déterminent le mieux cet intérêt, dans d'autres circonstances l'intervention judiciaire semble être obligatoire afin de protéger l'enfant et son intérêt supérieur. Ainsi, cette mission de détermination et d'appréciation de ce principe est déléguée à un juge spécialiste qui doit remplir le rôle des parents et décider selon la situation de l'enfant une appréciation concrète à cet intérêt et fonder une appréciation en se basant sur les dispositions de la législation interne mais également au texte de la CIDE.

Une situation qui incite le juge à prendre en considération les circonstances et la particularité de chaque espèce tout en ayant comme référence et en esprit la concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**609.** En France, l'évolution des droits de l'enfant a accordé à un nombre d'auteurs la compétence de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, il est possible de désigner trois grands acteurs dotés d'un tel pouvoir et qui sont : le tribunal judiciaire<sup>556</sup>, le juge des enfants et le juge aux affaires familiales. En effet, pour le tribunal judiciaire, c'est un juge de droit commun et statuant en matière civile ; il connaît en principe selon l'article L211-3 de la procédure judiciaire « *de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est attribuée, en raison de la nature de la demande, à aucune autre juridiction* ». Ainsi, il lui revient de statuer sur un nombre de questions principales qui concernent l'enfant dont la filiation<sup>557</sup> et l'adoption qui s'introduit parmi les questions relatives à l'état des personnes relève de sa compétence en statuant en formation collégiale<sup>558</sup>.

Le second, est un magistrat du tribunal judiciaire ; créé par une ordonnance du 2 février 1945, le juge des enfants est compétent en matière pénale où il est chargé de juger des délits et des contraventions commis par des mineurs. Toutefois, il s'est vu attribué une compétence secondaire en matière civile où il est compétent du contentieux de l'assistance éducative, il est ainsi le juge civil des mineurs en danger ; ses compétences sont précisées dans l'article 375-1 du Code civil qui dispose que « *le juge des enfants est compétent à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative. Il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant* ».

Son rôle en matière civile est donc limité à une assistance éducative sans pour autant inclure l'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant qui sont de la compétence du juge aux affaires familiales. Ces mesures éducatives sont conditionnées par l'article 375 du Code civil qui dispose que ces dernières sont prises « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions et son éducation ou son développement physique, effectif, intellectuel et social sont gravement compromises* » ; des situations qui incitent ce magistrat à agir avec la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes ses décisions. De plus, le législateur a explicitement incité le juge à travers l'article 375-7 à apprécier ce principe et de faire en sorte qu'il soit le guide principal du juge.

**610.** Pour le second principal acteur de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, il y a le juge aux affaires familiales, qui est considéré aujourd'hui comme le juge de toutes les familles sous l'effet de l'unification du droit familial. Succédant au juge des affaires matrimoniales qui traitait du divorce et de la rupture des couples mariés, il est devenu par la loi du 8 Janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux

---

<sup>556</sup> A compter du 1<sup>er</sup> Janvier 2020, le tribunal judiciaire remplace le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance.

<sup>557</sup> L'article 318-1 du Code civil dispose que : « Le tribunal judiciaire, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation ».

<sup>558</sup> L'article 353 du Code civil dispose que « l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal judiciaire qui vérifie dans un délai (...) si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

droits de l'enfant, suivie du décret n°94-42 du 14 janvier 1994 modifiant le code de l'organisation judiciaire, le juge qui traite de tous les problèmes de séparation que ce soit pour les couples mariés ou non<sup>559</sup>.

**611.** En effet, le JAF est un magistrat délégué au tribunal judiciaire ; il est le résultat d'une volonté législative visant à regrouper le contentieux de la famille entre les mains d'un seul juge et donc créer un magistrat spécialisé en matière familiale. Ainsi, cette spécialisation lui accorde la compétence en divers domaines dont celui de la protection de l'enfant au sein de la famille. En outre, l'esprit de cette loi vient répondre à un éclatement du contentieux familial entre différentes juridictions<sup>560</sup>, ce qui a provoqué la volonté du législateur de centraliser le contentieux familial par la création d'un juge spécialisé qui est en principe un juge unique<sup>561</sup>. Ainsi, depuis sa création le JAF s'est vu renforcé ses compétences par les réformes successives qui touchent l'autorité parentale, le divorce ou encore la médiation<sup>562</sup>.

**612.** L'importance de la création du JAF s'est avérée également très avantageuse pour la réalisation des droits de l'enfant et l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui avant le JAF faisait l'objet de diverses appréciations rendues par les juridictions qui étaient aptes de statuer sur les affaires qui concernent la famille en général et l'enfant en particulier. Nombreux sont les avantages qui se sont manifestés dans la pratique, à partir de la création du JAF à travers son influence sur la prise en considération de ce principe, en participant tout d'abord à une appréciation plus précise et qui avoisine les besoins réels de l'enfant ; puis, à une appréciation unique du principe afin d'éviter les contradictions dans les divers jugements. En outre, la création de ce juge spécialisé a permis à mieux percevoir le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisqu'il est formé sur l'ensemble des conflits familiaux qui peuvent toucher la protection de l'enfant ou d'atteindre à son intérêt supérieur. Il est ainsi en possession de tous les mécanismes qui permettent l'identification des problèmes auxquels l'enfant est confronté puis d'apporter les solutions adéquates à la résolution des conflits tout en protégeant l'intérêt de l'enfant<sup>563</sup>. Toutefois, il est clair que l'étude qui peut être faite sur les textes qui font référence à ce principe fait apparaître deux principaux domaines qui sont : d'abord celui lié historiquement à la considération du principe en matière de filiation, à la filiation adoptive<sup>564</sup> puis à celui de l'exercice de l'autorité parentale.

---

<sup>559</sup> Marie-Odile DEVILLERS, Une juge au cœur de la famille, Revue Projet 2011/3 n° 322, p. 42.

<sup>560</sup> Le tribunal de grande instance et son président, le juge des enfants et le juge des tutelles, le tribunal d'instance, le procureur de la république, le juge des référés étaient tous, à un titre ou un autre compétents pour connaître des questions familiales.

<sup>561</sup> Il est à noter que la centralisation du contentieux familial s'est fait d'une manière progressive, d'abord à travers la création de certaines juridictions des chambres de la famille qui sont composées de trois magistrats spécialisés en droit de la famille ; puis l'adoption de la loi de 1993 vient affirmer l'importance de cette centralisation en créant ce juge spécialisé qui avait pour appellation le juge des affaires matrimoniales.

<sup>562</sup> Il y a également la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, qui a élargi les compétences du JAF à qui le législateur a attribué la compétence de la tutelle des mineurs et d'émancipation qui relevait des compétences du juge d'instance.

<sup>563</sup> L'article 373-2-6 du Code civil dispose: « *Le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* ».

<sup>564</sup> Le droit international fait explicitement référence au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers l'article 4 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai

Des situations qui obligent le juge d'étudier la conformité de chaque situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant, même lorsque ce principe ne figure pas dans le texte notamment l'exemple de la filiation où le texte ne fait pas expressément référence au principe mais qui demeure la priorité du juge dans tous les conflits de filiation, où il l'emploie comme un élément de référence et un critère principal dans l'établissement d'un choix de lien au détriment d'un autre. Il est même l'élément guide du juge dans l'établissement ou d'une contestation d'un lien de filiation. C'est également le repère principal pour le JAF en matière d'autorité parentale, où l'intérêt supérieur oriente l'ensemble des questionnements et des décisions du juge afin de respecter ce principe.

**613.** Ainsi, l'organisation judiciaire adoptée en France semble mettre en place une structure permettant la cohérence entre l'adoption des textes intégrant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et sa concrétisation par le juge ; de ce fait, la mise en place d'une spécialisation du juge est considérée d'une grande utilité que ce soit pour la famille ou pour l'enfant et son intérêt supérieur. En effet, malgré les difficultés auxquelles est confronté le système judiciaire afin de concrétiser le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'adoption de ce dernier renvoie à la volonté de ce dernier d'intégrer concrètement les principes figurants dans les textes internationaux notamment ceux de la CIDE.

**614.** Quant à la question de la concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par la justice marocaine à travers la désignation des acteurs qui peuvent faciliter sa concrétisation, il est possible d'évoquer une évolution depuis l'adoption du Code de la famille de 2004 sans pour autant nier les limites de ce dernier de la mise en place d'un système efficace à l'appréciation concrète de ce principe. En effet, l'évolution globale de la justice marocaine en matière familiale est difficile d'être comparée à celle française en matière d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, puisque le fondement même de la famille dans la globalité ne renvoie pas aux mêmes données de base. L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant par la justice marocaine tel qu'il est reconnu universellement n'a suscité le grand intérêt dans la pratique judiciaire qu'à partir de 2004 malgré l'adhésion à la CIDE depuis 1993.

**615.** Comprendre ce retard nécessite un retour sur l'évolution d'un système judiciaire traditionnel à un modèle moderne qui demeure très fragile face aux nouvelles conceptions étrangères telles que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, durant le protectorat, le Maroc a conservé sous le contrôle des autorités protectorales son système judiciaire traditionnel en matière familiale, le maintien des juridictions de *chra'a* en matière de statut personnel suite à la sensibilité de la matière et son attachement directe à la religion musulmane a ralenti l'introduction et l'adoption des juridictions modernes<sup>565</sup>.

---

1993 : « Les adoptions ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'Etat ont constaté qu'une adoption internationale réponde à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

<sup>565</sup> Il importe de souligner qu'avant le protectorat, le système judiciaire marocain se basait sur des principes religieux et traditionnels qui incarnaient le statut classique « du Qadi » qui est un juge unique et de compétence générale, nommé par le souverain et ayant comme référence le droit musulman et le rite malékite.

Ce n'est qu'à partir de l'indépendance que le Maroc s'est lancé dans le projet de la mise en place d'un système judiciaire moderne, qui a débuté dans un premier temps par l'unification des juridictions par la loi du 26 Janvier 1965 qui dispose dans son premier article ce qui suit : « *Sont unifiées en vertu de la présente loi sur l'ensemble du territoire du royaume, toutes les juridictions marocaines, à l'exception du tribunal militaire et de la haute Cour de justice mentionnés au titre VII de la constitution* ». S'ajoute à cela, les réformes judiciaires de 1974 qui ont visé une simplification de l'organisation judiciaire en mettant en place une hiérarchie simple qui se présente par la création des tribunaux de première instance, la Cour d'appel et la Cour suprême, sans pour autant créer une justice spécialisée pour la famille.

**616.** Comme nous l'avons précisé, l'adoption du Code de la famille de 2004 a marqué le début d'un long processus de modernisation que ce soit du droit ou de la justice. Compte tenu de l'importance de cette dernière en matière familiale, dans son discours le Roi a insisté sur le rôle de cette dernière dans la réalisation du texte de loi en ordonnant « *la création de sections de justice de la famille au sein des tribunaux de première instance afin de faciliter et simplifier les procédures et trouver des solutions aux problèmes rencontrés par cette catégorie, de façon à permettre l'efficacité et la célérité de la justice et partant, rendre les droits à leurs titulaires dans des délais raisonnables* »<sup>566</sup>. En outre, cette création doit remplir le rôle d'une assurance à la bonne application des dispositions du code, afin qu'elle soit placée au niveau qui lui est réservé par le code, compte tenu de la présence forte, efficace et active dont doit faire preuve la justice...*et dans l'objectif de cet accomplissement, le texte assiste ce rôle à travers le large pouvoir discrétionnaire dévolu à cette justice dans le texte lui-même qui lui permet d'apprécier les circonstances de chaque affaire, de parvenir ainsi, à assurer l'équité et l'égalité entre tous les membres de la famille et de veiller à les réconcilier, chaque fois que possible* »<sup>567</sup>.

**617.** C'est dans ce contexte que la création et l'inclusion des juridictions familiales se sont positionnées dans l'arsenal du droit positif, en adoptant une structure spécialisée afin de répondre aux exigences du texte de loi, mais également à l'évolution sociale qui influence l'institution de la famille et qui oblige la justice d'adapter son mécanisme à ces mutations. Cette adaptation a suscité avant tout la modification de l'article 2 du Dahir 1-74-338 du 5 juillet 1974 relatif à l'organisation judiciaire du royaume par le Dahir 1-04-24 portant loi n° 73-03 du 3 février 2003, qui précise que les tribunaux de la famille sont compétents pour juger les affaires relatives au statut personnel, à l'état civil, à l'héritage, aux mineurs, à *la Kafala* et à la protection de toute la famille de manière générale.

**618.** C'est dans ce sens que le royaume a créé 70 sections spécialisées en matière familiale (Chambre de famille), qui sont des sections de juridictions de premier degré qui sont autonomes, dotées de leurs propre mécanisme et moyens dont les locaux, les greffes et les juges qui sont spécialisés en matière familiale<sup>568</sup>, puis rendre caduque l'ancien mécanisme judiciaire divisé entre les tribunaux, les juges notaires et les chambres du

---

<sup>566</sup> Le guide pratique du Code de la famille.

<sup>567</sup> *Ibid*, p. 6.

<sup>568</sup> Jean-Philippe BRAS, La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : quelles avancées pour la démocratie ?, *in* critique internationale n° 37- octobre-décembre 2007, p. 123.

statut personnel qui étaient habilités à connaître les conflits portant sur la filiation, le divorce, la pension alimentaire ou les conflits des liens conjugaux ou encore le notaire traditionnel.

En outre, pour de nombreux spécialistes marocains, la dotation de la justice de cette spécialisation expose bien la volonté de mettre en place un nouveau mécanisme judiciaire qui accorde à la justice familiale un nouveau rôle loin de celui qui consistait à trancher les conflits d'une manière traditionnelle basés sur les principes du droit musulman mais l'adoption d'une justice moderne qui permet la participation des acteurs de cette justice à rechercher et à élaborer des solutions qui permettent la protection spécifique de chaque individu au sein de la famille.

**619.** Une évolution qui est garantie principalement par la loi qui attribue de nouveaux pouvoirs aux organes judiciaires compétents dans les affaires relatives à la famille, et qui oblige le juge non seulement à assurer le respect de l'application de la loi mais à interférer et à prendre des décisions qui visent l'intérêt de la famille dans son ensemble. Ainsi, le juge exerce une nouvelle magistrature qui vise à respecter le droit et à prendre en considération les conditions de la vie sociale de chaque famille<sup>569</sup>.

**620.** Les modifications apportées par le législateur dans le texte de 2004 sur le secteur de la justice, imprègnent bien l'esprit de la réforme dans son ensemble visant la modernisation des mécanismes qui garantissent sa bonne application mais en mettant également la lumière sur le rôle du juge, qui détient désormais une grande responsabilité dans la concrétisation du texte à travers une justice favorable à chaque membre de la famille. C'est dans ce sens de modernisation du rôle des juges, qu'une nouvelle organisation judiciaire en matière familiale a vu le jour en créant de nouvelles sections et en distribuant de nouveaux rôles au sein de la justice familiale, chose qui n'existait pas sous l'empire de l'ancien texte de statut personnel. Ainsi, sous les directives du gouvernement et du ministère de la justice, la mise en place de cette réforme s'est déclinée en six axes notamment :

- Le renforcement des garanties d'une justice indépendante
- Le renouvellement du cadre normatif de la justice
- La mise à niveau de l'ensemble des structures et des ressources humaines visant l'application du texte
- Le perfectionnement de l'efficacité judiciaire
- La mise en place d'une moralisation d'une justice indépendante
- La concrétisation de l'ensemble des règles de la réforme<sup>570</sup>.

---

<sup>569</sup> Abdelhamid AKHRIF, Le nouveau rôle de la justice dans le droit de la famille marocain, p. 19.

<sup>570</sup> Fouzia RHISSASSI et Khalid BERJAOUI, Femmes, droit de la famille et système judiciaire en Algérie, au Maroc et en Tunisie, sous la direction de Souria SAAS-ZOY, 2010, Unesco, p. 65. Disponible sur <http://rabat.unesco.org/>.

**621.** La réalisation de ces objectifs s'est inscrite dans une vision globale à long terme mais qui a abouti dans un premier temps à un nombre de modifications. En effet, avant l'adoption du texte actuel, la résolution de tous les conflits familiaux relevait de la fonction du juge notaire qui avait pour mission de certifier les actes élaborés par les *adouls*<sup>571</sup>. Toutefois, il conservait un rôle exclusif en matière des mariages des mineurs et leur protection, l'autorisation de la polygamie, la validation des actes de répudiation ainsi que le contrôle général des notaires traditionnels.

La réforme du droit de la famille en 2004 a mis en place une nouvelle organisation à travers la création des chambres spécialisées, qui collaborent avec les notaires traditionnels<sup>572</sup> dans toutes les questions qui concernent la famille afin de maintenir le contrôle et le respect des procédures<sup>573</sup>.

Cette nouvelle organisation a suscité la répartition des rôles au sein de la juridiction familiale comme suit :

- Président de la chambre de la justice familiale (Juge),
- Président des affaires familiales (Un délégué judiciaire) ;
- Juge notaire et responsable des affaires de mineurs ;
- Le procureur du Roi
- Le ministère public
- Bureau des renseignements
- Bureaux des rapporteurs et de réalisation
- Bureau des adouls (notaire traditionnel).

Cependant, le renforcement des rôles ou la création de certaines institutions ressortent de cette organisation ; ils influencent et participent à la protection des droits de l'enfant, et de son intérêt malgré que cette prise en considération ne soit pas explicitement révélée par le législateur ainsi nous pouvons mentionner dans un premier temps le rôle primordial du ministère public<sup>574</sup>. Lors de l'élaboration du Code de la famille, le législateur été conscient de la difficulté à laquelle le texte sera confronté dans la pratique. Soucieux de la bonne application de la loi, il a donc investi dans la consolidation du rôle du ministère public depuis le mariage jusqu'au partage de l'héritage.

---

<sup>571</sup> Les Adouls sont des notaires traditionnels, qui peuvent être considérés comme une institution parajudiciaire qui été maintenue dans ses fonction de certification des contrats et des actes relatifs aux questions familiales.

<sup>572</sup> Le rôle des Adouls a été maintenu dans leurs fonctions qui consistent toujours à certifier les contrats et les actes relatifs aux questions familiales

<sup>573</sup> Naji EL MEKKAOUI R. La Moudawanah : Le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tomes 1 et 2, Rabat, 2009, éd. BOUREGREG.

<sup>574</sup> L'institution du ministère public a fait son apparition au Maroc en 1913 ; le Maroc est alors sous le protectorat français, il mène une réforme judiciaire par le Dahir du 12 août 1913. Appelé le commissaire du gouvernement, il introduit les tribunaux du makhzen et chérifien. A partir de l'indépendance, son rôle a été maintenu dans l'organisation judiciaire. Son rôle a connu quelques modifications au fur des années, mais il s'est toujours doté d'un rôle général qui vise à veiller sur la bonne application de la loi et à l'exécution des jugements. Ses missions pouvaient être présentées en deux catégories d'attributions, d'abord des attributions extrajudiciaires qui consistent à vérifier l'ensemble des démarches relatif à l'état civil ou encore la surveillance des officiers ministériels ; quant aux missions judiciaires qui lui sont attribués : c'est son intervention dans les procès soit comme partie jointe ou partie prenante.

## ***B – Le rôle protecteur de la justice.***

**622.** Il a ainsi évoqué le rôle du ministère public dans 25 dispositions du texte<sup>575</sup>, des dispositions qui lui accordent un rôle beaucoup plus moderne et étendu sur de nombreuses questions. Un rôle qui lui permet de faire partie de l'ensemble des conflits relatifs au droit de la famille, il revêt tantôt le rôle de protecteur tantôt d'assistant selon les dispositions du texte. En outre, il est reconnu au ministère public la qualité de partie principale dans toutes les affaires qui nécessitent l'application du texte ; son rôle permet d'aider le juge à l'accomplissement de la bonne application de la loi, sans pour autant influencer les décisions de ce dernier, ses observations servent à préserver un équilibre entre l'ordre public et l'intérêt général de la société et les droits individuels de chaque membre de la famille. Les auteurs décernent à cette institution, un pouvoir d'intervention en adoptant des principes tirés même du droit musulman tels que « *la hisba* », un principe qui consiste à rejeter le mal et rechercher le bien en formulant son avis dans l'intérêt de la justice et de la bonne application de la loi.

**623.** Son nouveau rôle dans le texte lui permet de recevoir les plaintes, tenter les recours et mettre en exécution les jugements s'il le faut. Ainsi, son rôle est intégré par l'article 3 du Code de la famille qui dispose que « *le ministère public agit comme partie principale dans toutes les actions visant l'application des dispositions de présent code* ». Une disposition qui ne figurait pas dans l'ancien texte de statut personnel, puisque l'intervention du ministère public ne visait pas systématiquement toutes les actions en matière familiale. Le recours à cette disposition et à l'obligation de son intervention est basée sur l'idée de renforcer le respect de la loi du Code de la famille et de son esprit notamment le respect des intérêts sociaux tels que le bien-être des époux et celui des enfants, il revêt donc une fonction de protecteur à l'égard de ces derniers.

**624.** En effet, par ce rôle qui lui est attribué par le législateur, le ministère public agit comme partie principale<sup>576</sup> lorsqu'il joue le rôle de demandeur ou rarement de défendeur. Son intervention représente un renforcement du rôle de l'Etat dans la protection des droits et des intérêts des parties les plus fragiles, ainsi que les intérêts sociaux et c'est dans cet esprit que le ministère public mène l'ensemble de ses interventions notamment en matière de protection des droits de l'enfant.

En effet, l'article 54 du Code de la famille définit explicitement ce rôle à travers les obligations qui lui sont attribuées à travers un nombre de mesures nécessaires qui visent à protéger et à assurer les droits de l'enfant conformément à la loi et qui attribue au ministère public le rôle du veilleur et de contrôleur à l'exécution des dispositions et de l'esprit de la loi. Ainsi, ces obligations peuvent être présentées comme suit :

---

<sup>575</sup> Mohammed ESSAKHRI, L'intervention de ministère public dans la juridiction de la famille, journée d'études sur le Code de la famille, Ministère de la justice marocain, Institut supérieur de la magistrature, éd., Maktabate dar salam, Rabat, 2004 (en langue arabe).

<sup>576</sup> Le ministère public peut agir comme partie jointe « *lorsqu'il se joint à une des parties et à la représentante c'est pourquoi il peut récuser comme les magistrats assis, il prend la parole le dernier, il ne peut pas former des voies de recours contre le jugement et ne peut pas être condamné au paiement des frais du procès* ».

- le ministère public peut intervenir dans l'objectif de faire une demande d'enregistrement d'un enfant dans l'état civil, de veiller à la santé physique et psychologique de l'enfant en ayant la possibilité de poursuivre toute personne lui portant préjudice y compris ses parents<sup>577</sup>.
- Il intervient en matière de garde en intervenant auprès du tribunal afin de décider la personne la plus apte à exercer la garde parmi les proches au cas où les attributaires possible au droit de garde n'acceptent pas ou ne remplissent pas les conditions<sup>578</sup>.
- Il possède également le droit d'élaborer une demande d'échéance du droit de la garde pour l'un ou les deux parents, ou encore une demande en vue d'interdire un enfant du voyage à l'étranger sans l'autorisation de son représentant légal<sup>579</sup>.
- Il veille à avertir les autorités compétentes lorsque le tribunal n'accorde pas l'autorisation de voyage d'un enfant soumis à la garde.
- Il peut demander l'annulation de l'autorisation accordée au mineur qui permet à ce dernier de gérer ses biens.
- Il peut également exécuter toutes les décisions temporaires rendues par le tribunal en faveur de la femme et des enfants.
- Il est également tenu de protéger les enfants abandonnés ;
- Le ministère public veille à la bonne conduite de la procédure et à son déroulement dans les meilleures conditions.

A travers ces obligations, le ministère public s'est doté d'un pouvoir exceptionnel dans la protection des droits de l'enfant à l'intérieur de la pratique judiciaire depuis l'adoption du Code de la famille en 2004, un rôle qui lui permet d'aller jusqu'à entamer des poursuites judiciaires s'il considère que les droits de l'enfant sont menacés. Autrement dit, le ministère public revêt le rôle d'un protecteur et du garant des droits dans toutes les questions qui concernent l'enfant. Il est également doté du droit exclusif en matière de représentation légale de l'enfant et à l'égard des enfants abandonnés.

**625.** En effet, son rôle en ce qui concerne les enfants abandonnés est primordial, dans le sens où son intervention est légalement imposée dans un premier temps par l'article 4 du Dahir chérifien n° 1-02-172 relatif à l'institution de la Kafala des enfants abandonnés et qui permet au ministère public au côté du procureur du roi ou encore au sein de la commission élaboré par le juge des tutelles dans l'objectif de collecter toutes les informations nécessaires d'abord sur la situation de l'enfant mais également sur les conditions dans lesquelles l'enfant va être pris en charge.

**626.** Ainsi, lorsque les conditions d'une Kafala ne sont pas favorables, le juge des tutelles accorde au ministère public la mission du suivi et du contrôle de la situation de l'enfant afin de préserver et sauvegarder la stabilité et les intérêts de ce dernier. De plus, le ministère public peut également intervenir en la matière lorsque l'enfant négligé réside à l'étranger, en se basant sur les rapports qui lui sont adressés par le consul à élaborer une

---

<sup>577</sup> Article 177, du Code de la famille.

<sup>578</sup> Article 165, du Code de la famille.

<sup>579</sup> Article 179, du Code de la famille.

demande à l'égard du juge spécialiste s'occupant des affaires du mineur à prendre les mesures nécessaires afin de protéger l'intérêt de l'enfant<sup>580</sup>.

Le deuxième rôle primordial visant la protection des enfants est celui du juge des tutelles ; ce dernier incarne en effet un rôle traditionnel et fidèle à la religion musulmane, puisqu'il répond clairement à la règle du droit musulman qui définit l'incapacité en quatre éléments qui sont : la minorité, l'aliénation mentale, la faiblesse d'esprit et la prodigalité. Alors que l'article 149 de l'ancien texte accordait la tutelle uniquement au père comme tuteur principal qui a le devoir de veiller sur les affaires personnelles et patrimoniales jusqu'à la majorité légale du mineur, puis au juge qui conservait un rôle secondaire voire exceptionnel lorsqu'il considérait que le père représente un danger à l'égard de la protection de l'enfant et de ses biens. Dans ce cas, le juge désignait un gérant afin de préserver les intérêts moraux et matériels de l'enfant. Quant à l'apport du nouveau code, il a d'abord permis l'élargissement du rôle du juge puis a permis l'intégration du rôle de la mère qui à son tour détient aujourd'hui le rôle de tutrice<sup>581</sup>.

**627.** En effet, dans son article 230 le Code de la famille emploie le terme représentant légal pour toute personne qui représente une personne dotée d'une incapacité signalée par le code. Ce dernier désigne clairement ceux qui peuvent exercer cette tutelle dont une première catégorie nommée de tuteur légal et qui se manifeste dans le rôle du père, de la mère, de tuteur testamentaire qui se manifeste dans le rôle des personnes choisies par le père et la mère, le tuteur datif qui est choisi par le tribunal. Et enfin, le juge qui lors d'une absence de l'exercice par les tuteurs légitimes ou testamentaires exerce ce rôle<sup>582</sup>. Le nouveau texte accorde un champ beaucoup plus large au niveau de la tutelle en soulignant une tutelle plus élargie qui atteint également les orientations de l'enfant notamment celles scolaires, éducatives ou encore religieuses. En outre, le juge des tutelles est également doté d'un pouvoir d'interprétation plus large qui lui permet d'analyser au côté du ministère public la situation individuelle de chaque enfant, tout en ayant la possibilité d'intervenir dans les rôles attribués au père et à la mère afin qu'ils soient favorables à la protection des droits de l'enfant.

**628.** Ainsi, dans l'article 232<sup>583</sup> le législateur élargit également le domaine d'application de cette fonction de représentant légal qui est étendue aux personnes physiques ou aux institutions qui peuvent être des représentants légaux et de protéger les intérêts personnels du mineur, en attendant que le juge nomme ou désigne un tuteur datif. Une disposition qui se concrétise à titre exemple, lorsque le procureur du Roi ordonne de placer provisoirement un enfant abandonné auprès d'une institution ou d'une famille.

---

<sup>580</sup> Idriss FAKHORI, *op. cit.*, p. 196.

<sup>581</sup> Cependant, il est à souligner que le rôle attribué à la femme demeure lacuneux puisqu'il ne peut être exercé que lorsque le père est dans l'impossibilité d'assurer ce rôle dû à son absence, ou à son incapacité, la mère peut donc exercer ce rôle quand il est question des affaires urgentes ne pouvant pas être retardées et attendre la présence du père.

<sup>582</sup> L'article 231 du Code de la famille dispose que « la représentation légale est assurée par le père majeur, la mère majeure, à défaut du père ou par suite de la perte de la capacité de ce dernier, le tuteur testamentaire désigné par le père, le tuteur testamentaire désigné par la mère, le juge, le tuteur datif désigné par le juge.

<sup>583</sup> Article 232 du Code de la famille dispose que « dans le cas où le mineur est placé sous la protection effective d'une personne ou d'une institution, ladite personne ou institution est considérée comme son représentant légal en ce qui concerne ses affaires personnelles, en attendant que le juge lui désigne un tuteur datif ».

De ce fait, ces deux derniers sont déclarés comme représentants légaux du mineur dans toutes ses affaires personnelles notamment en matière de soins médicaux, des études ou autre en attendant que le juge désigne son tuteur datif.

**629.** Il est également intégré dans le texte une autre nouveauté, qui consiste à doter le tuteur de veiller non seulement sur les biens du mineur comme le précisait l'ancien texte de statut personnel mais également sur la personne de l'enfant une mission qui demeure sous le contrôle général du juge des tutelles, qui demeure chargé de contrôler toutes les actions que le tuteur peut effectuer pour le mineur et qui sont limitées dans l'article 271 du Code de la famille. Le rôle du ministère consiste également à protéger l'enfant objet d'une procédure de tutelle, vérifiant toutes les conditions que le tuteur testamentaire ou datif doit remplir avant de le désigner comme tuteur, ce dernier qui doit « jouir de la pleine capacité être diligent, résolu et honnête »<sup>584</sup>. Le législateur a clairement réservé un rôle primordial au juge des tutelles et au ministère public, en leur accordant la possibilité d'interpréter les dispositions du texte dans l'objectif de surveiller les représentants légaux lorsque l'enfant fait l'objet d'un dossier de tutelle.

**630.** Une troisième modification peut être considérée comme favorable à la protection des droits de l'enfant, qui est celle de la création d'un juge chargé du mariage. En effet, ce dernier occupe aujourd'hui un nouveau rôle qui consiste à vérifier et contrôler la validité des conditions et du contrat du mariage afin de protéger les deux époux ainsi que les enfants. Un des principaux rôles de ce juge figure dans son contrôle des mariages précoces, qui est toujours exercé au Maroc et qui fait l'objet d'un grand débat depuis la réforme de 2004 malgré qu'elle ait modifié l'âge du mariage des filles de 15 à 18 ans, le mariage des mineurs est toujours fréquent ; puisque le juge chargé du mariage contrôle un nombre de conditions de l'instrumentalisation du contrat de mariage, afin de prendre les mesures nécessaires pour interdire le mariage des mineurs. Cependant, il est souvent confronté à cette situation qui l'oblige d'analyser un nombre de conditions qui permettent ce mariage notamment :

- *Le juge prend en considération l'avis des parents ou du représentant légal du mineur*
- *Le juge peut mener une enquête sociale et une expertise médicale dans l'objectif de justifier ce mariage*
- *Le juge exige le consentement des deux parties contractantes le mariage même si elles sont mineures*
- *La demande faite par les parties contractantes doit être signée par leurs représentants légaux*
- *Lorsque les représentants refusent d'accorder leur acceptation, le juge statue unilatéralement sur la demande du mineur*
- *La décision du juge doit être motivée par les motifs justifiant ce mariage*
- *L'article 20 du même texte affirme également qu'une décision favorable accordée par le juge ne peut faire l'objet de recours*<sup>585</sup>.

---

<sup>584</sup> Article 246 du Code de la famille.

<sup>585</sup> Article 20 du Code de la famille.

Néanmoins, en cette matière le législateur marocain ne prévoit pas de précisions sur les justificatifs d'une autorisation de mariage des mineurs, et laisse la liberté au juge du mariage de décider de cette matière tout en ayant l'obligation de respecter la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**631.** Dans le cadre de la modernisation de la justice familiale, la nouvelle organisation judiciaire s'est également dotée d'une nouveauté au niveau des procédures et qui consiste à installer la procédure de conciliation ou de médiation à travers la création du juge conciliateur qui malgré son caractère moderne, le législateur a trouvé un fondement religieux afin d'installer cette étape qui est devenue primordiale<sup>586</sup>. En effet, il s'agit d'une nouvelle procédure installée depuis l'adoption du texte de 2004 qui s'y réfère à travers un nombre d'articles notamment les articles 81, 82, 95, 96, 113 et 114 qui exposent le déroulement de la procédure en soulignant la prise en considération de l'existence des enfants à titre exemple l'article 82 qui dispose qu'« *en cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation, espacées d'une période minimale de trente jours* »; une disposition qui permet d'exposer la prise en considération de l'existence des enfants.

**632.** La comparaison entre les deux systèmes judiciaires familiaux français et marocain sur la création d'une juridiction spécialisée qui vise à protéger les droits de l'enfant et son intérêt supérieur semble être identique. En effet, l'adoption du Code de la famille marocain en 2004 a clairement permis à cette juridiction d'organiser les rôles des juges et de moderniser la juridiction dans son ensemble. Ainsi, les juges qui examinent et apprécient l'intérêt supérieur de l'enfant sont regroupés dans une seule chambre ce qui permet à mieux définir ce principe. Cependant, dans la pratique il semble évident que l'application du Code de la famille fait face à une difficulté d'organisation de la section familiale qui apparaît sous différents angles pouvant être cités comme suit :

- l'existence d'un conflit de répartition des attributions qui ne semble pas être claire entre le président du tribunal de première instance et le président du tribunal familial et plus précisément dans les procédures d'urgences qui concernent la protection des femmes et des enfants au sein de la famille. Puis, l'existence d'un conflit hiérarchique qui oppose le président de la section de la famille qui est désigné par l'assemblée générale du tribunal de première instance et les juges spécialisés qui sont nommés par le ministre de la justice;
- Un manque des moyens humains et matériels au sein du tribunal de la famille ainsi qu'un manque d'autonomie qui est censé être un principe de base, puisque ce tribunal dépend toujours aujourd'hui du tribunal de première instance ;
- Une difficulté avérée chez les magistrats de rompre avec les anciennes valeurs de l'ancien statut personnel ;

---

<sup>586</sup> Dans l'objectif de légitimer la procédure de conciliation, le législateur marocain s'est référé à un verset coranique qui expose explicitement la possibilité du recours à cette procédure « *Si vous craignez le désaccord entre les deux époux, envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Dieu rétablira l'entente entre eux, Dieu est, certes, omniscient et parfaitement connaisseur* », Alnissa, Verset 35, Coran.

- L'opposition avérée entre les magistrats conservateurs et progressistes<sup>587</sup>.
- Le nombre de magistrats déployés est très limité, depuis l'adoption du texte le royaume compte uniquement une soixantaine de magistrats.

Face à ces limites, il s'avère difficile d'établir un bilan positif de l'application du Code de la famille par la justice, puisque malgré l'existence du texte et la création d'une justice spécialisée afin de garantir l'individualisation des droits au sein de la famille, la comparaison de l'appréciation du juge des droits individuels et de l'intérêt supérieur de l'enfant entre le juge français et son homologue marocain diverge. En France l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant est explicitement exprimée par le législateur et la réception directe de la CIDE semble être efficace dans la pratique ainsi que l'adoption d'une justice spécialisée et qui fait face à moins de difficultés, répond aux critères d'application et du respect du droit de la famille. Quant au juge marocain, l'appréciation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant fait encore face à nombre de problèmes qui sont liés soit au texte lui-même ou à l'interprétation de ce dernier par le juge, ce dernier qui privilégie souvent le conservatisme met en priorité la protection du model familial traditionnel<sup>588</sup>.

## **Paragraphe 2 - La spécificité de la justice familiale marocaine.**

**633.** La question de la justice et de son rôle au Maroc a retenu l'attention du législateur de 2004, qui a pris en considération la complexité des affaires familiale traitées par une juridiction traditionnelle. En effet, le Code de la famille de 2004 a tenté d'apporter un ensemble de modifications au rôle de la justice dans l'objectif d'apporter des garanties fondamentales à la justice et également de renforcer la tâche du juge en lui accordant une certaine liberté qui lui permet d'interpréter la loi et de s'adapter à chaque situation familiale afin d'apporter les solutions adaptées aux litiges.

### ***A – Le nouveau rôle de la justice.***

**634.** La réforme du droit de la famille de 2004 a fait de la garantie d'une justice loyale, un de ses principaux objectifs. En effet, le législateur a visé la garantie d'un bon fonctionnement juridictionnel à travers la fonction du juge et des garanties de la juridiction familiale dont dispose le texte. En effet, le juge est appelé à rendre justice, une mission obligatoire qui figure explicitement dans toutes les dispositions juridiques qui condamnent le déni de justice. D'ailleurs, ce dernier est explicitement condamné en droit marocain que ce soit dans le Code de procédure civile qui à travers son article 2 dispose que « *le juge ne peut se dispenser de juger ou de rendre une décision ; toute affaire portée devant une juridiction doit donner lieu à un jugement* ». Ou encore l'article 240 du Code pénal qui dispose que « *tout magistrat ou tout fonctionnaire public investit d'attributions juridictionnelles qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou*

<sup>587 587</sup> Fouzia RHISSASSI et Khalid BERJAOU, *op. cit.*, p. 68.

<sup>588</sup> Il est à noter que la réforme du système judiciaire s'est heurtée à de nombreux obstacles notamment une réunification des tribunaux qui semble avoir échoué puisque la majorité des tribunaux familiaux est dépassée par le nombre des affaires traitées notamment l'exemple de la ville de Casablanca qui souffre d'une grande désorganisation due à ce débordement.

*de l'obscurité de la loi, a dénié de rendre justice qu'il doit aux parties après en avoir été requis et qui a préservé dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, peut être poursuivi et puni d'une amende de 250 dirhams au moins et 2500 dirhams au plus et de l'interdiction de l'exercice de fonctions publiques pour une durée d'un à dix ans* ». Ainsi, le juge chargé des affaires familiales est également concerné par cette réglementation. La réticence du texte du Code de la famille à l'égard de n'importe quelle question ne peut pas être évoquée comme un justificatif vis-à-vis l'obligation juridique du juge. En effet, ce dernier conserve la possibilité de recourir d'abord à tous les travaux du parlement et de la commission royale qui ont menés la réforme du Code de la famille, puis le recours à la religion et notamment à la doctrine Malékite.

**635.** Ainsi, le juge chargé des affaires familiales est appelé à traiter et de rendre justice tout en respectant les lois qui régissent la matière même lorsque les parties ne réclament pas l'ensemble de ces droits ; à titre d'exemple lorsque le juge est confronté à un procès de divorce pour discorde, il est systématiquement tenu de statuer d'abord sur la séparation des époux puis sur les modalités de la garde des enfants, sur leur logement, leur pension alimentaire ainsi que sur l'ensemble des éléments qui participent à assurer l'intérêt de ces derniers.

**636.** L'obligation du juge à élaborer un jugement l'astreint également à interpréter quelques règles de droit afin d'apporter des solutions à tous les litiges. En effet, comme nous l'avons déjà avancé, les dispositions du Code de la famille marocain n'apporte pas des réponses explicites à toutes les questions relatifs aux conflits familiaux, le juge est donc obligé d'aller chercher des réponses légitimes et fondés à travers son pouvoir d'interprétation. Ce dernier peut être exercé de différentes manières, soit d'une manière traditionnelle et classique où le juge va chercher une interprétation basée sur des règles préexistantes que le juge adaptera à chaque situation à laquelle il est confronté, soit d'une manière plus moderne c'est-à-dire le pouvoir d'interprétation incitera le juge à considérer l'interprétation comme une activité créative qui lui permet de rechercher la solution dans un champ beaucoup plus large, et enfin il y a la méthode qui fusionne les deux et qui permet au juge d'utiliser l'interprétation tantôt comme un élément de connaissance et de savoir, tantôt comme un élément de créativité. Pour le juge marocain, le choix s'est porté sur la méthode classique qui consiste à exercer l'interprétation à travers le puisement dans l'ensemble des règles préexistantes en droit musulman puisque le texte même du Code de la famille prévoit explicitement cet attachement à travers l'article 400.

**637.** Toutefois, ce nouveau pouvoir du juge chargé des affaires familiales demeure variable et s'adapte aux procédures qui peuvent relever d'une matière gracieuse où le juge jouit d'une liberté et d'un pouvoir très large d'investigation sur le plan procédural puisqu'il peut éviter l'accomplissement des règles qui encadrent l'instruction parce qu'il n'est pas soumis au principe de la contradiction. En effet, les attributions au juge de la famille en la matière sont divers et variés, puisqu'il est tenu d'abord d'homologuer les actes dressés par les adouls, d'autoriser les mariages des mineurs ou d'un incapable ou un faible d'esprit, ou encore d'homologuer toutes les décisions prises par un mineur ou par son tuteur en tout ce qui concerne la gestion du patrimoine du mineur.

**638.** La voie gracieuse permet une intervention en l'absence d'un litige opposant deux parties ; elle intervient lorsqu'il y a une partie demanderesse sans viser à obtenir un jugement contre une deuxième partie ; elle est en effet, marquée par l'absence du principe de la contradiction. La voie gracieuse accorde au juge un rôle marqué de neutralité et de liberté, qui lui permet de mener des constatations qui peuvent être basées sur des investigations et d'intervenir dans l'objectif d'accorder un effet à la volonté contractuelle.

**639.** Quant au pouvoir du magistrat en matière contentieuse, il fait l'objet d'une réglementation très stricte soumise au principe de la contradiction. En effet, les affaires tranchées par voie contentieuse sont traitées par une instance collégiale<sup>589</sup> qui fait du principe de la contradiction des débats un élément primordial. L'application de ce principe en matière familiale implique que le demandeur que ce soit l'époux ou l'enfant informe le défendeur de ses prétentions et que les deux parties échangent leurs visions et leurs conclusions vis-à-vis du litige en menant des débats qui soient eux-mêmes contradictoires. Concernant les faits présentés au juge, ce dernier doit élaborer une appréciation globale pour statuer. Par ailleurs, la question qui se pose est celle de connaître l'attitude adoptée par le juge dans l'élaboration d'une appréciation relative aux faits. Vers quelle méthode se dirige-t-il afin d'apporter une réponse adaptée à chaque situation ?

**640.** En guise de réponse, il est possible de présenter deux types d'appréciation sur lesquels le juge des affaires familiales peut se baser afin de rendre justice. En effet, pour de nombreux praticiens marocains, la question est très complexe puisque ce magistrat est tenu de faire une appréciation sur un conflit qui ressort d'un domaine très sensible qui est celui de la famille ; il est ainsi tenu de prendre en considération non seulement les critères et les règles judiciaires mais il est également appelé à prendre en considération des critères de non-droit ou des critères extrajudiciaire afin de rechercher des solutions au conflit qui permettent de surmonter les problèmes et les contradictions des parties et ce, plus précisément lorsqu'il y a des enfants. De plus, l'appréciation du magistrat peut être de deux sortes : soit une appréciation concrète soit une appréciation abstraite. En ce qui concerne la première, le juge est amené à traiter l'affaire qui lui est soumise en tenant compte les circonstances et du critère humain de l'affaire notamment lorsqu'il s'agit des affaires où les enfants représentent un objet de protection en matière de garde ou de pension alimentaire.

Quant à l'appréciation abstraite, elle est plus pratiquée lorsqu'il est question d'un domaine essentiellement normatif où le juge est amené à statuer sur des affaires où il n'est pas essentiel de prendre en considération l'élément humain ou les circonstances des parties telles que les affaires relatives à la nullité du mariage ou autre.

A cet égard, il semble évident que les deux modalités d'appréciation du juge peuvent être complètement différentes entre une appréciation qui aboutit à un constat global visant un idéal humain et une appréciation qui singularise chaque situation et qui permet l'individualisation.

---

<sup>589</sup> Les décisions rendues par les sections de la justice familiales doivent être prises par trois magistrats statuant après un délibéré collectif, toute transgression à cette règle est sanctionnée par la nullité du jugement.

L'une repose seulement sur des éléments objectifs, alors que la deuxième qui est concrète prend en considération à la fois l'élément objectif et subjectif, et plus elle accorde l'importance à l'élément subjectif plus elle devient concrète, et de ce fait elle permet donc une individualisation de chaque décision. Une possibilité qui offre au juge la possibilité de s'adapter à chaque situation et de trancher le litige non seulement par une application stricte, mécanique et systématique de la règle de droit mais par la prise en considération de chaque intérêt individuel, autrement dit, le juge tranche le litige par une hiérarchisation des intérêts en conflit visant à utiliser les éléments extrajudiciaires lui permettant une meilleure prise en considération l'intérêt de la famille, l'intérêt du couple, l'intérêt des enfants ou d'autres intérêts tels que l'intérêt financier ou social.

Cette hiérarchisation s'est également concrétisée et développée à travers la modernisation de la justice marocaine en général et de la celle de la famille en particulier, puisqu'elle est fondée sur la prise en considération des expertises menées par les spécialistes qui sont en contact direct avec l'ensemble de la situation familiale. Le recours à l'expertise notamment en matière de filiation ou encore en matière financière dans les affaires relatives au droit à la pension alimentaire des enfants ou encore le recours à l'expertise psychiatrique lorsqu'il est question d'enquêter sur l'attribution du droit de visite et d'hébergement.

**641.** Cependant, malgré le fait que la fonction du juge ou son rôle soient assez définis et précis, l'intervention du juge en matière familiale fait encore l'objet d'insuffisance malgré les réformes apportées à son rôle. Une insuffisance en matière de résolution des litiges que ce soit par rapport aux questions qui concernent que le couple notamment en matière de conciliation ou encore par rapport aux questions relatives aux enfants qui font l'objet d'une mauvaise application. Pour Madame MEKAOUI, cette insuffisance est due également au manque du dialogue en matière familiale ainsi qu'au recours très limité voire inexistant de la médiation familiale qui peut représenter une solution efficace à la bonne pratique du juge, ainsi qu'au changement des mentalités à l'égard des rapports conflictuels<sup>590</sup>.

---

<sup>590</sup> R. Naji ELMEKAOUI, De la réforme de la Moudawana à la cohésion sociale, contribution apportée dans : une décennie de réformes au Maroc (1999-2009), sous la direction du centre d'études internationales, éd. Karthala, 2010, p. 219.

## ***B - Les limites de la nouvelle juridiction.***

**642.** L'adoption d'une justice spécialisée en matière familiale, a permis au juge marocain d'incarner un nouveau rôle qui lui permet de passer d'un juge de certification à un juge d'action dans les litiges qui lui sont soumis. Ce rôle d'acteur lui a offert une liberté d'exercice basée sur un texte considéré comme moderne et cohérent avec ses nouvelles tâches. Cependant, nombreuses sont les failles de cet exercice moderne que ce soit dans l'exercice du juge et de son interprétation ou du texte de référence.

**643.** Le devoir du juge de la famille consiste en principe à rendre justice selon les dispositions qui lui sont soumis par le Code de la famille en prenant en considération l'esprit de la loi. Par ailleurs, le législateur marocain reconnaît que le texte adopté en 2004 est dans l'incapacité d'apporter des réponses pointues à toutes les situations auxquelles le juge familial est confronté en vue de la diversité de ces affaires. Dans ce sens le législateur a fait le choix d'apporter une réponse par la préservation de l'esprit de l'ancien texte du statut personnel qui s'inspirait du rite Malékite, en faisant de sa jurisprudence une référence subsidiaire en obligeant le juge à recourir au *fiqh* afin d'apporter une réponse à toutes questions juridiques soulevées. Comme le précise à titre d'exemple l'article 82 du Code de statut personnel qui dispose que « *tous les cas qui ne pourront être résolus en application du présent code, seront réglés en se référant à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite Malékite* »<sup>591</sup>.

**644.** Dans la réforme de 2004, le législateur a préservé le même esprit de cette disposition en apportant une légère modification en élargissant le champ de recours du juge à l'ensemble des prescriptions du rite Malékite et non seulement aux références « à opinion dominante » ; une conservation qui s'est traduite comme suit par l'article 400 du Code de la famille qui dispose que : « *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* »<sup>592</sup>. Cette disposition apporte une réponse à double tranchant, puisqu'elle permet dans un premier temps de combler un vide juridique en se référant au rite Malékite qui englobe une vaste jurisprudence, mais en écartant un possible référence aux textes internationaux.

**645.** En outre, cette disposition remet en question l'ampleur du caractère moderne défendu par le législateur, puisque cet article ne renvoie pas seulement à une solution apportée par le texte mais à un esprit de justice qui limite toute innovation jurisprudentielle. En effet, l'adoption de cette disposition se base elle-même en principe sur une règle religieuse de rite Malékite qui consiste à suivre la doctrine établie par l'imam Malek sans pour autant chercher des solutions adaptées à l'évolution de la société où la règle doit être appliquée.

---

<sup>591</sup> Cette référence figure dans d'autres articles notamment les articles 172, 216 et 297 du Code du statut personnel.

<sup>592</sup> Art 400, Code de la famille marocain.

Cette disposition pose deux problèmes majeurs pour le juge marocain ; d'abord une problématique liée à l'élargissement du champ de recherche du juge dans le rite Malékite, puisqu'il n'est plus tenu de juger selon l'opinion et la jurisprudence dominante comme c'était le cas dans l'ancien statut personnel , mais en se référant à l'ensemble des règles de l'école Malékite voire des autres écoles ou de la religion musulmane, chose qui peut paraître comme une liberté accordée au juge mais qui contient dans le fond une interprétation aléatoire des règles religieuses et qui consiste à établir une jurisprudence variée entre des règles et des interprétations rigoristes et d'autres modérées du rite Malékite ou de la religion musulmane dans son ensemble.

**646.** Une deuxième constatation sur l'effet de cette disposition consiste à la mise en place d'une limite législative explicite, puisque cette référence démontre que le législateur n'a pas réussi à régir la matière familiale dans son ensemble avec la mise en place d'un texte qui ne répond pas à toutes les situations auxquelles le juge sera confronté. Une décision qui met le juge en position d'affronter les nouvelles situations auxquelles la loi n'a pas apportées de réponses. Ainsi, malgré que le moyen du recours au rite Malékite soit une réponse, il divise les juges en deux catégories : d'abord, des magistrats qui se réfèrent aux règles de ce rite en considérant qu'il apporte des réponses à toute problématique familiale. Puis, les magistrats qui refusent ce retour systématique aux règles qu'ils jugent non-adaptées à la société actuelle et qui considèrent qu'à partir de la même disposition de l'article 400, le juge bénéficie d'un pouvoir '*de conclusion jurisprudentielle*' (*Ijtihad*) ce qui leur permet de formuler et de rechercher de nouvelles solutions inspirées par le rite Malékite.

**647.** En outre, la divergence jurisprudentielle qui peut être liée à la disposition de l'article 400 renvoie également à un élément primordial qui participe d'une manière directe à l'élaboration du jugement et qui dépend de la personne, de la mentalité du juge lui-même et de sa formation. En effet, le choix de rendre un jugement en se basant sur une référence religieuse ou sur la prise en considération de l'esprit global du Code de la famille jugé de moderniste et des textes internationaux n'est pas chose aisée et demeure un choix des juges.

Ces derniers qui sont souvent conservateurs puisqu'ils sont formés dans l'ancienne école<sup>593</sup>. En effet, ce conservatisme se présente comme une limite avérée face à l'esprit novateur du Code de la famille et vide ce dernier de son objectif qui est avant tout la modernisation et l'adaptation d'une législation à l'évolution sociale et familiale. En outre, c'est la crainte d'une lecture et d'une application décalée du texte par le juge mais qui procure une référence légitime laissée par le législateur ce qui remet en question la possibilité du changement<sup>594</sup>.

---

<sup>593</sup> Bérénice MURGUE, La Moudawana : les dessous d'une réforme sans précédent, Les cahiers de l'orient, 2011/2, n° 102, p. 23.

<sup>594</sup> Mohamed MOUAQIT, Disposition culturelle/ axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille, Le Code de la famille : perceptions et pratique judiciaire, 2007, p. 141.

**648.** La mentalité conservatrice de ces juges est souvent dissimulée par un pragmatisme ou un en sens de réalisme des arguments avancés par ces derniers en se basant sur la mentalité de la majorité de la population qu'ils ne considèrent pas prêts à un changement social aussi important que l'adoption de nouveaux principes qui touchent aux rapports familiaux. Ce conservatisme du juge est également le résultat d'une association d'un nombre d'éléments personnel du juge qui influencent clairement la mentalité et l'interprétation du code de la famille dont l'âge, le sexe, le milieu sociale, l'éducation. Selon le professeur M. MOUAQIT, le profil du juge représente un élément principal dans l'interprétation et l'application du texte. En effet, le profil dominant chez les juges des tribunaux familiaux est souvent « *issu d'un milieu social, modeste ou moyen, ils sont placés sur une échelle de mobilité sociale valorisante, car menant vers une condition sociale meilleure que celles dont ils sont issus ; âgé entre 35 et 40 ans, diplômés des universités de droit du royaume et dotés d'une formation moderne* », ces juges se trouvent devant un exercice qui fait face à une diversité sociale entre les milieux urbains et ceux ruraux.

**649.** Autrement dit, le juge se trouve devant l'obligation de s'adapter entre deux milieux différents ; d'abord un premier qui est plus citadin, plus ouvert et qui porte en lui des crises de valeurs, de religion, et de tradition ; quant au deuxième, il demeure marqué par la tradition et la religion, ce qui oblige le juge à s'adapter aux éléments de culture, de valeur et de religion. Un autre élément marque également la constitution de ce profil et qui consiste à souligner le sexe des juges qui fait la différence, puisque le nombre des juges femmes est beaucoup plus inférieur que les hommes ainsi que la présidence de ces tribunaux est souvent assurée par des hommes, un manque de féminisation du secteur qui reflète en quelque sorte l'esprit dominant dans le domaine de la justice familiale. Cet esprit est basé sur un système constitué de cultures, de valeurs et de religions ; il caractérise la société de manière générale, et marque le juge en tant que citoyen.

**650.** Un système basé principalement sur « *des relations d'inégalité et de discrimination à l'encontre des femmes où la croyance religieuse est le foyer central et la forme dominante de la légitimation du modèle patriarcale* »<sup>595</sup>. Ainsi, la constitution du système de valeur de culture et de religion du juge est également le résultat des ambiguïtés qui entourent ces éléments dans l'ensemble de la société, puis le domaine même du juge spécialiste de la famille. En effet, c'est la spécificité du modèle traditionnel de cette dernière jugée de spécialité sensible qui complique encore plus la tâche de l'application d'une justice moderne puisqu'elle englobe l'ensemble de ces éléments. Autrement dit, la difficulté du juge de la famille se manifeste avant tout dans le code de la famille qui combine entre des règles de droit positif et celles du *Fiqh*.

**651.** Le juge étant le produit de cette société et un acteur d'affirmation des règles du code de la famille qui participe également à affirmer cet ordre social ainsi que celui des valeurs à travers sa fonction qui consiste également à interpréter et adopter selon sa vision personnelle « sa propre hybridité » dans le cadre et la liberté qui lui sont offerts par le législateur.

---

<sup>595</sup> *Ibid*, p. 152.

Le résultat de cette ambiguïté se manifeste par la complexité du juge à adopter une attitude ou une vision moderne du Code de la famille ou l'intégration des textes internationaux envers lesquels le Maroc est engagé, puisque ce dernier malgré qu'il se réclame moderniste dans la pratique même lorsque ce dernier acquiert la liberté de choisir entre une interprétation traditionnelle ou moderne, la majorité choisit le premier choix qui est souvent justifié par le pragmatisme et le réalisme du juge par rapport aux mentalités et à la société dans son ensemble. Il est également important de souligner que la réalité derrière les discours progressistes à l'égard de la dernière réforme, il y a un alignement à la politique menée par l'Etat et également la volonté royale et à son discours visant la réforme du Code de la famille et sa modernisation.

**652.** Un autre élément participe d'une manière directe à influencer l'interprétation des dispositions du code de la famille, c'est le rôle de la femme au sein du corps de la magistrature. En effet, la spécificité de la pratique de la femme juge est significative au Maroc notamment en matière familiale, puisque les tribunaux de la famille sont peu féminins<sup>596</sup>. Mais le rôle incarné par ces femmes semble très important dans la pratique. En se considérant comme militantes, elles osent dans la plupart des cas respecter l'esprit de du texte et interpréter les dispositions qui portent ambiguïté à cet esprit dans l'intérêt d'une égalité entre hommes et femmes et dans l'intérêt de protéger les droits de l'enfant. Elles ont également souvent le courage d'évoquer les textes internationaux et les engagements du Maroc par rapport aux principes des droits de l'Homme. Leur interprétation de l'article 400 des dispositions du code de la famille diffère, puisqu'elles considèrent que la prise en considération des conventions internationales ainsi que du texte de la constitution font également partie des références principales qui visent la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou celui de la famille en général.

**653.** De plus, dans une enquête menée par M. MOUAQIT, ce dernier met également la lumière sur la volonté de certaines magistrates « *de vouloir appliquer rétroactivement les dispositions les plus favorables à la femme du nouveau code de la famille à des dossiers pendants qui avaient été engagés dans le cadre de l'ancien texte du statut personnel* »<sup>597</sup> ; un exemple qui renvoie à la volonté de ces femmes de couper de par leur fonction avec l'ancienne Moudawana et ses dispositions jugées d'inégalitaires.

Cependant, cette vision ne concerne pas toutes les magistrates et ne peut être généralisée, puisque la majorité n'adopte pas une vision militante. Au contraire, la majorité a plus tendance à vouloir s'intégrer dans un milieu masculin, ainsi à adopter des visions conformes à celles de la majorité (des hommes). c'est dans ce sens que la majorité des professionnels et des associations féministes affirme qu'il n'a pas un vrai impact et une influence d'interprétation suite au recrutement des femmes dans les tribunaux familiaux, mais ça consiste plus à la formation et à la mentalité du juge qu'à son sexe<sup>598</sup>.

---

<sup>596</sup> En 2015, le ministre de la justice Mustapha RAMED a déclaré que le Maroc compte 1.000 femmes juges sur un total de 4.175 magistrats en fonction dans les tribunaux du royaume, une légère augmentation par rapport à 2009 où le corps de la magistrature comptait 611 femmes.

<sup>597</sup> Mohamed MOUAQIT, *op. cit.*, p. 151.

<sup>598</sup> Marième N'DAYE, La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Senegal et au Maroc, thèse, Université Montesquieu BORDEAUX IV, 2012, p. 376.

**654.** Ainsi, dans l'ensemble les juges progressistes qui osent prendre en considération les textes internationaux au dépriment de la référence culturelle et religieuse qu'ils soient hommes ou femmes ne représentent pas la majorité puisque la plupart des jugements rendus depuis l'adoption du code de la famille sont majoritairement fidèles aux normes et aux valeurs sociales de la société actuelle qui sont jugées 'traditionnalistes en mouvements'. Selon la majorité des juges, leur rôle ne peut pas être détaché de la réalité sociale, d'où les interprétations conservatrices des dispositions du texte ou la négligence des conventions internationales, qui sont jugées de très occidentalisées pour la pratique au sein de la société marocaine, et plus précisément pour la famille marocaine. Cette dernière, qu'ils considèrent comme traditionnelle et caractérisée par les valeurs et les traditions musulmane qu'ils doivent également prendre en considération dans leur application du droit<sup>599</sup>.

**655.** Dans le même sens, il est important de s'arrêter sur ce pouvoir qui mène toute la différence en droit de la famille et qui est celui de l'interprétation du juge. En effet, si l'idée développée par Montesquieu consiste que « *les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* »<sup>600</sup>, elle doit être prise par modération en ce qui concerne le juge familiale marocain, et ce pour des raisons que la majorité des juges marocains défendent en se basant tout d'abord sur leur obligation d'appliquer une loi adaptée avec la réalité sociale mais également parce qu'il y a d'autres éléments qui participent à l'influence du système d'interprétation du juge notamment la politique menée par l'Etat qui elle-même sauvegarde une sorte d'ambiguïté entre le moderne et le religieux, d'où la difficulté d'une bonne interprétation du droit par le juge. La question d'interprétation du droit n'est pas une exception du juge marocain, c'est une pratique juridique dans tous les systèmes judiciaires. Il est donc un pouvoir attribué aux autorités chargées d'appliquer la loi notamment dans un premier temps le juge, qui doit interpréter la loi afin de dégager le sens du texte et donc l'interpréter.

**656.** De plus, il importe de mettre la lumière sur la question d'interprétation afin de comprendre la conception du juge marocain en la matière. L'interprétation de la règle n'est pas une pratique récente, elle a en effet caractérisé dans un premier temps le champ religieux en occident. Elle consistait à interpréter le texte sacré en lui accordant une seule interprétation possible ce qui été considéré comme « *un acte de connaissance dont l'opération peut être réussie ou non et la proposition pouvait être vraie ou fausse* ». Ainsi, c'est selon cette conception que le juge devait appliquer les lois sans aucune interprétation, une conception qui a atteint rapidement ses limites. Ainsi, à partir du XXème siècle, une nouvelle doctrine va défendre le rôle du juge et de son pouvoir d'interprétation en se basant sur l'évolution de la société et aux besoins de cette dernière, permettant au juge d'exercer l'interprétation comme étant une recherche scientifique.

---

<sup>599</sup> Bérénice MURGUE, La Moudawana : Les dessous d'une réforme sans précédent, Les cahiers d'orient, 2011/2 N° 102, p. 26.

<sup>600</sup> Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748, Deuxième partie, Livre XI, Chapitre VI.

Une autre conception d'interprétation s'est également développée considérée comme plus réaliste et qui consiste à réaliser l'interprétation par le juge en accordant aux textes un esprit, un sens en choisissant entre ce que les textes offrent aux juges, et c'est ce choix et cette volonté du juge qui permet d'accorder au juge « *un pouvoir considérable à produire la norme qu'il est censé appliquer* »<sup>601</sup>. Pour Mme Caroline BOUIX, la combinaison de l'ensemble de ces conceptions peut être possible, puisque l'interprétation peut être « *à la fois un acte de connaissance et de volonté* »<sup>602</sup> ; d'abord un acte de connaissance parce que l'interprétation est canalisée par l'ensemble des règles, puis un acte de volonté lorsque le contexte n'accorde pas un seul sens à la règle et accorde au juge le pouvoir de choisir le sens adapté à chaque situation. La combinaison de ces deux conceptions permet d'apporter une réponse à la méthode adoptée par les juges en matière d'interprétation.

**657.** Par ailleurs, pour le juge marocain, elles ne représentent pas les seules références puisque le juge marocain est également influencé par la définition de cette liberté d'interprétation telle qu'elle est définie en droit musulman et qui se base sur des principes de raisonnement que nous avons déjà détaillés tels que l'analogie ou le consensus ; l'interprétation doit également être non blâmable, ce qui rentre dans les conditions de protection de l'intérêt de la famille et de la société et le cadre religieux de ces derniers afin qu'elle soit admise dans la jurisprudence musulmane.

**658.** C'est en se basant sur ces conceptions d'interprétation que le juge marocain s'est forgé une capacité d'interprétation du code de la famille où l'ambiguïté du texte oblige souvent le juge à interpréter les règles ainsi que l'esprit global du texte. L'évaluation du pouvoir d'interprétation du juge marocain en matière familiale renvoie clairement au pouvoir qui lui est accordé par le code de la famille, ce pouvoir exprimé par le Roi lui-même lors de son discours à l'ouverture de la deuxième année législative de la 7<sup>ème</sup> législature en 2003 où il souligne le rôle du juge et de son pouvoir d'appréciation et d'interprétation dans différentes situations notamment lorsqu'il s'agit « *d'assurer l'égalité entre l'homme et la femme par rapport à l'âge du mariage, avec certaine prescription du rite Malékite, et laisser à la discrétion du juge la faculté de réduire cet âge ; l'autorisation à la polygamie qui demeure sous le contrôle du juge ; l'intervention du juge pour la conciliation ; le contrôle du juge pour le divorce par consentement mutuel ; l'appréciation du juge par rapport à la garde des enfants, etc....* ». En effet, cette importance accordée au rôle du juge laisse entendre que ce dernier n'est plus un outil d'application de loi mais il est devenu un acteur qui participe à l'appréciation et l'interprétation de la règle.

**659.** Le pouvoir d'interprétation du juge ne peut être exercé par le juge que lorsque le législateur le permet ; ce dernier met en effet l'exercice de l'interprétation comme un pouvoir précis et exceptionnel et non pas comme l'exercice principal du juge. Par ailleurs, pour que ce pouvoir ne soit pas un exercice généralisé du juge, il faut que la loi réponde par ses dispositions ou par son esprit à toutes les situations auxquelles le juge est

---

<sup>601</sup> Caroline BOUIX, L'interprétation de la loi par le juge, colloque annuel institut catholique, La loi et le juge, 20 Octobre 2016.

<sup>602</sup> Caroline BOUIX, L'interprétation de la loi par le juge, Colloque annuel Institut Catholique « La loi et le juge », 20 octobre 2016.

confronté. De plus, des fois la combinaison entre les dispositions d'un texte et son esprit peuvent accorder une multitude de réponses au juge qui peuvent être contradictoires, ce qui « *fait du juge un quasi législateur si ce pouvoir est amené à s'exercer sur fonds d'un vide, d'un silence ou d'une lacune législative, volontaire ou non* »<sup>603</sup>. Le Code de la famille, fait partie de ces textes qui sont généralement passibles d'interprétation suite aux imprécisions, ambiguïtés et aux lacunes existants entre le texte de loi et son esprit ou encore dans les dispositions elles-mêmes ce qui élargit le pouvoir du juge en matière d'interprétation.

**660.** Ainsi, le juge marocain de la famille est souvent amené à élaborer deux types d'interprétations. D'abord, une interprétation à travers son obligation d'appliquer la loi et qui peut être considérée comme indirecte puisqu'elle se base sur l'application d'une disposition mais que cette dernière nécessite une appréciation de la situation et non pas de la loi. Ainsi, la portée du pouvoir d'interprétation du juge marocain en matière familiale peut être divisée en deux catégories : d'abord des matières définies dans la forme et dans le fond par le législateur mais qui accordent une marge d'interprétation au juge. À titre exemple en matière de rupture du lien conjugal, le législateur précise toutes les modalités de la rupture du lien du mariage en fixant tous les droits et les devoirs de chaque époux.

Néanmoins, le juge sauvegarde une marge d'interprétation qui permet de mettre en évidence son appréciation en matière de préjudice moral ou matériel qui justifie la rupture<sup>604</sup> ; ou encore l'appréciation du juge en matière des indemnités en cas du divorce. S'ajoute à cela un autre exemple qui illustre bien cette règle, notamment la question de l'âge minimal du mariage qui est défini par le législateur à 18 ans mais qui subit également l'exception du pouvoir d'interprétation du juge qui bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de réduire l'âge du mariage à moins de 18 ans. Dans ces cas, le pouvoir d'interprétation du juge semble être complémentaire aux dispositions du texte. Contrairement à son appréciation lorsqu'il fait face à un vide juridique dans des questions qui ne sont pas définies par le législateur, où le juge est tenu d'apporter une solution complète pour une situation donnée en désignant le rite Malékite comme référence où le juge occupe un rôle égal à celui du législateur.

**661.** Dans les deux catégories de la définition du pouvoir d'interprétation du juge, il semble évident que le législateur vise à travers cette attribution qui est d'appréhender de différentes raisons dont une est principale qui est celle de manœuvrer le juge afin de s'adapter aux dispositions et l'esprit du texte selon l'évolution sociale et que le législateur ne soit pas affronté lui-même à apporter des réponses qui peuvent être jugées soit de très modernistes ou de dépassées par rapport à la société<sup>605</sup>.

**662.** Ainsi, dans une vue d'ensemble, le pouvoir d'interprétation accordé au juge peut être divisé en deux opinions : d'abord celles modernistes qui en se référant à ce pouvoir tentent d'apporter une interprétation positiviste qui se base soit sur l'esprit du texte qui est explicitement exprimé par le Roi lors de son discours en 2003 relatif au Code de la

---

<sup>603</sup> Mohamed MOUAQIT, *op. cit.*, p. 160.

<sup>604</sup> *Ibid*, p. 161.

<sup>605</sup> *Id, ibid*.

famille en intégrant les textes internationaux, soit une interprétation basée uniquement sur le rite malékite et la morale qui ne peuvent aboutir qu'à des interprétations traditionnalistes. Deux visions qui opposent des principaux de base en matière d'interprétation dont le droit et la morale puis la règle de droit positif et la règle du droit musulman ou du *Fiqh*. De plus, c'est l'opposition de ces principes qui construit les diverses opinions judiciaires en matière d'interprétation.

**663.** La difficulté du juge de dissocier entre le droit et la morale, entre la règle du droit positif et celle du droit musulman complique encore plus sa tâche d'appréciation et d'interprétation des principes fondamentaux de chaque personne au sein de la famille et de l'individualisation des droits notamment ceux de la femme et de l'enfant. Ainsi, la diversité de ces éléments de source qui permettent au juge de mener cette interprétation se reflète clairement dans la pratique à travers ses choix et ses décisions rendues. En effet, le juge marocain est souvent tenu à prendre en considération un nombre d'éléments afin d'élaborer son interprétation, alors qu'il est lui-même influencé par un système ambiguë qui participe au fondement des principes de base.

**664.** A savoir que le Maroc est un pays où la dissociation entre la culture, la morale, le droit et la religion chez la majorité de la population est inexistante ; le juge en tant que personne partage également un nombre de ces valeurs et de principes ancrés dans la société. Cette dernière qui représente la combinaison des principes religieux et sociaux à une culture juridique qui combine le traditionnel et le moderne, participe à attribuer au juge un statut d'hybridité par rapport à ses valeurs et à sa culture qui participent à élaborer son pouvoir d'interprétation.

**665.** En effet, le magistrat marocain spécialiste des affaires familiales est à la base d'une formation moderne en droit positif et n'acquiert pas une formation en droit musulman, alors qu'il est tenu exercer dans un domaine qui sauvegarde le droit musulman comme source principale, il est donc tenu de se former lui-même et d'acquérir une culture en droit musulman qui lui permet d'interpréter et de répondre aux questions auxquelles le législateur n'apporte pas de réponses explicites et où ce dernier lui accorde le pouvoir d'interprétation, ce qui laisse comprendre que le manque de formation en matière du *Fiqh* peut permettre un positivisme des interprétation du juge et ainsi une modernisation de la jurisprudence.

**666.** Cependant, l'interprétation et l'appréciation du magistrat sont souvent marquées par la reprise des visions traditionalistes où le juge privilégie souvent la source du droit musulman notamment dans les questions où la culture et la religion pèsent encore lourdement que ce soit pour la société ou pour le juge. Ce dernier a en effet été visé par un nombre de mesures adoptées par le ministère de la justice afin que son exercice réponde plus aux objectifs du législateur à titre d'exemple :

- L'élaboration d'un guide pratique qui explique aux juges le nouveau code de la famille, en intégrant le sens, l'esprit et les objectifs du texte.
- La création au sein de l'institut supérieur de la magistrature d'une section spécialisée en matière de justice familiale.
  
- La dotation des sections de la justice familiale de formations collégiales afin d'accomplir leurs missions tout en respectant le texte.
- L'établissement de missions d'informations dans quelques sections de justice familiale afin d'orienter de conseiller et de guider, les praticiens sur les méthodes à adopter dans l'exercice afin que ces derniers soient uniformes.

Cependant, ces mesures n'ont pas empêché le juge à adopter des solutions qui reflètent l'ambiguïté et l'hybridité qui marquent le code de la famille, puisqu'il reproduit les mêmes principes que le législateur et reprend les mêmes principes en matière d'interprétation notamment la sacralisation de la religion et de la culture ce qui ne peut être en cohérence avec les règles du droit moderne.

## Section 2 : Le juge entre fidélité à la tradition et adhésion à la modernité dans la pratique.

667. Le nouveau rôle attribué au juge de la famille par le code de la famille, marque bien l'évolution et le processus du passage d'un rôle classique marqué uniquement par l'exercice d'une mission traditionnelle qui se base sur l'application des principes généraux du droit musulman, du recours à *l'ijtihad* qui consiste d'abord pour Monsieur Bensallem HMMICH une « instance par laquelle des pratiques cognitives (les jugements discrétionnaires, le raisonnement analogique ou la décision collective) se manifestent dans l'organisation religieuse des rapports socio-juridiques des musulmans dans l'objectif de tempérer ou d'actualiser l'existence en rapport à un savoir »<sup>606</sup>, puis à la recherche des solutions et des interprétations dans les sources principales de la religion afin d'élaborer la règle de droit<sup>607</sup>.

668. Le juge dispose d'un rôle plus au moins moderne qui adopte également des règles du droit positif et qui à travers son pouvoir d'interprétation permet une adaptation à l'évolution sociale et à l'institution familiale qui se modernise. Ainsi, ce rôle exercé par le juge a évidemment permis l'évolution de la jurisprudence qui est passée des jugements fondés uniquement sur le texte du Coran et de la sunna à des jugements qui intègrent *l'ijtihad* à travers un ensemble de ses techniques participant à l'évolution de la jurisprudence comme celles de l'analogie ou de l'intérêt général... Par ailleurs, cette évolution a connu ses limites à partir de l'interruption de la méthode de *l'ijtihad*, et ainsi arrêté toute créativité et tout effort qui peuvent permettre l'évolution des règles existantes. En outre, cette limitation a abouti à une sacralisation des règles du droit musulman élaborées par les premiers juristes musulmans et qui ne correspondent plus à l'époque actuelle dans un grand nombre de questions, une situation qui affecte encore aujourd'hui le texte et la jurisprudence marocaine en matière familiale.

669. En effet, l'arrêt de *l'ijtihad* a lourdement affecté l'évolution jurisprudentielle, puisque les savants musulmans ont décidé à partir du 4<sup>ème</sup> siècle de l'hégire la suspension de toutes les méthodes de *l'ijtihad* en estimant que les jurisconsultes et les savants musulmans ont apporté les réponses définitives et nécessaires à toutes les questions principales qui peuvent concerner la vie d'un musulman, en affirmant l'inutilité d'exercer *l'ijtihad* tout en préservant le droit à l'appréciation et à l'interprétation des règles et des doctrines telles qu'elles sont élaborées par les anciens<sup>608</sup>.

---

<sup>606</sup> Bensallem HMMICH, *L'ijtihad, la face voilée de l'islam*, Rabat, éd. Marsam, 2006, p. 21.

<sup>607</sup> Mohamed AL HABIB BELKHOUSA, *Les méthodes adoptées par les oulémas pour l'interprétation du livre sacré*, conférence religieuse animée le 15 mai 1986, pp. 33 et s.

<sup>608</sup> Joseph. SCHACHT, *An introduction to islamic law*, *Revue internationale de droit comparé* Vol.17, n° 3, juillet-septembre 1965, p. 64.

**670.** Le juge se trouve ainsi prisonnier d'une seule doctrine puisqu'il ne possède pas le droit d'aller puiser sa propre solution du Coran ou de la sunna et ainsi interpréter et adapter son jugement à la situation, mais il est tenu d'appliquer les règles préexistantes et validées par les écoles tout en veillant à chercher la source de cette réponse apportée ainsi que de celle adoptée et affirmée par l'école de son appartenance puisque c'est le principe de la diversité qui règne entre les quatre écoles dans la majorité des questions.

Une mission qui s'avère difficile pour un juge qui n'a pas acquis une formation religieuse suffisante. Un constat qui influence encore aujourd'hui la pratique du juge marocain de la famille qui est limité par cette clôture de liberté d'interprétation ce qui a conduit sous l'empire de l'ancien texte de la Moudawana à un conformisme juridique, qui répond à une protection totale de la loi religieuse et de ses principes notamment la préservation du modèle familial islamique tout en ignorant l'évolution de ce dernier, ce qui a abouti à une légère modification en adoptant le nouveau code de la famille.

**671.** Par ailleurs, l'adoption d'un texte moderne marqué d'hybridité comme nous l'avons démontré limite encore la tâche du juge d'où la grande division entre la réalité sociale et la pratique judiciaire. De plus, malgré la liberté accordée au juge par la législateur, qui consiste à pouvoir interpréter et puiser dans l'ensemble des règles religieuses afin d'apporter de la légèreté à son interprétation et la possibilité du recours aux textes internationaux, il est encore question de savoir si le juge marocain marqué par la religion, la culture et la moralité sociale aura le courage d'affronter un ensemble de critères qui fait l'accord de la majorité de la société ainsi que l'avis de la jurisprudence qui stagne devant les situations réelles notamment en ce qui concerne les questions relatives aux droits de la femme et de l'enfant au sein de la famille puisque visées par les principales modifications apportées. En effet, en examinant le Code de la famille, il est évident qu'un certain nombre de dispositions relatives à la femme et à l'enfant font obligatoirement l'objet d'interrogations par rapport à leurs interprétations qui sont souvent contraires aux textes internationaux mais également à l'esprit moderniste révoqué par le Code de la famille. C'est dans ce sens, que le rôle du juge peut être crucial faisant de la lecture du texte et de son application un enjeu majeur entre l'attachement et la fidélité à un modèle familial traditionnel (Paragraphe 1) et l'adoption d'une perception moderniste de la famille qui n'aboutit pas à une interprétation limitant la garantie des droits de l'enfant dans différentes questions relatives à la protection de son intérêt supérieur (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1: Le juge entre indépendance et soumission aux valeurs culturelles et religieuses.**

**672.** L'ensemble des études consacrées à l'évolution du droit de la famille dans les pays du Maghreb en général et du Maroc en particulier, marque une transformation et une avancée historique que ce soit des lois ou de l'ensemble du système judiciaire. Toutefois, l'analyse portée sur ces sujets souligne clairement les limites et difficultés de cette évolution qui se trouve freinée par des codes et des règles strictes qui rendent difficile la mise à jour de ces règles aux exigences internationales. Ces codes ou ces règles, explicites ou non, d'une applicabilité directe ou indirecte, influencent clairement l'évolution des lois.

**673.** En effet, si dans un système judiciaire moderne le juge a pour mission le respect d'une application des lois détaillée, catégorisée et introduite par le législateur, le juge traditionnel quant à lui conserve une mission marquée de la particularité du système judiciaire musulman qui ne dispose que des principes généraux du Coran et de la Sunna<sup>609</sup>. En effet, cette disparité représente en elle-même une difficulté évidente au rapport établi entre le juge marocain et les textes internationaux notamment la CIDE. La compréhension de ce rapport complexe renvoie à l'importance de la conception et la philosophie du jugement en droit musulman et de l'attachement préservé à cette dernière en droit marocain.

Pour M PAUL-BLANC, définir le fait de juger consiste d'abord à émettre une définition abstraite à ce dernier et qu'il présente comme suit : « *Juger c'est accomplir l'acte essentiel de l'esprit qui pense, de la pensée réfléchi : émettre une opinion. Le jugement ainsi compris, enveloppe, d'abord et toujours, la conscience de soi ; le moi en est le sujet constant : je pense, je vois, je souffre, je jouis. Ce sont des jugements premiers, tels quels inexprimables ; dès que l'esprit cherche des mots pour les exprimer, il s'achemine vers une autre forme de jugement, qui est le jugement second ou comparatif. Il y a l à tout un travail de la pensée, au point de départ duquel nous trouvons la conjecture. L'esprit commence par figurer, se présenter, imaginer l'objet de son jugement. Puis il procède à une opération de discernement entre la convenance et la disconvenance des idées ; il passe ainsi à la critique, qui est une appréciation formant lentement l'opinion ; et il arrive un moment où celui qui juge croit, estime que (...) c'est l'énoncé de cette opinion réfléchi qui est un jugement* ». <sup>610</sup> Cette définition philosophique renvoie à une vision considérée plutôt comme abstraite qui permet d'organiser la pensée pour chaque être humain que ce soit pour soi-même ou pour autrui.

**674.** Quant à la définition du jugement juridique, elle semble dans un premier temps être différente puisqu'elle peut être définie d'une manière très brève en considérant qu'en droit juger est rendre justice. Juger est ainsi déléguer à une personne choisie par les pouvoirs publics de rendre justice.

---

<sup>609</sup> Mohammed AL HABIB BELKHOUSA, Les méthodes adoptées par les Oulémas pour l'interprétation du livre sacré, Conférence religieuse animée le 15 mai 1986, pp. 33 et s.

<sup>610</sup> François PAUL-BLANC, Introduction à l'étude de droit musulman, *op. cit.* p. 524.

En effet, cette dernière consiste en principe à être conforme au droit de chacun et à rendre à chaque individu ce qui lui appartient en exerçant un pouvoir et une action qui permettent de reconnaître le droit de quelqu'un à quelque chose, d'accorder à quelqu'un ce qui est juste qu'il obtienne<sup>611</sup>.

De cette définition, nous nous permettons de se poser la question de savoir si le juge marocain est directement inspiré de cette définition ou s'il est influencé par d'autres principes ? En effet, si nous considérons qu'il se réfère uniquement à cette définition, aux règles et aux conséquences qu'elle engendre, la question de la protection des droits de l'enfant ne doit pas être remise en cause ou poser problématique, puisque le juge aura avant tout l'obligation de protéger l'être le plus vulnérable dans chaque situation et en l'occurrence l'enfant. Cependant, la réalité de la protection des droits de l'enfant permet de confirmer qu'il existe une autre philosophie ou conception qui permet au juge marocain de régler et d'apprécier la question de la protection des droits de l'enfant.

**675.** En effet, le juge marocain se trouve face à deux conceptions de droit et de justice qui sont difficiles à réunir. D'abord, à cette conception moderne et relativement récente qui doit être la conséquence d'une prise en considération et d'une application pure et simple du droit, des lois et des normes juridiques en vigueur dans le pays qui doivent être conformes à une équité naturelle et en se référant sur le juste et l'injuste. D'autre part, il est également confronté à une justice qui peut être qualifiée d'antique et qui n'est pas le résultat d'un effort humain visant l'évolution de la justice mais c'est basée sur les croyances religieuses des hommes et donc la loi ici est la religion elle-même qui réglemente les rapports de ces derniers, tout en éliminant que le droit soit son principe fondateur. Ainsi, dans cette seconde conception qui s'approche clairement de la conception musulmane de la justice, le juge est appelé avant tout de connaître la religion afin de bien interpréter la loi.

**676.** Depuis l'indépendance et la codification du droit au Maroc, le système judiciaire et le rôle du juge a subi une grande avancée par rapport à la fonction traditionnelle du Cadi, toutefois, les conséquences de ce traditionalisme demeure une réalité à travers l'application des lois dont les plus modernes d'entre elles, notamment le code de la famille marocain. C'est dans ce sens qu'il importe de mettre la lumière sur ce système traditionnel qui permet encore aujourd'hui au juge marocain d'adopter des visions et des conceptions traditionnelles dans la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de la famille musulmane même lorsqu'il est question de favoriser la protection de cette dernière telle qu'elle est reconnue traditionnellement en la considérant comme le noyau de la société.

---

<sup>611</sup> *Ibid.* p. 225.

#### ***A - Une indépendance de justice limitée par le statut du commandeur des croyants.***

677. La compréhension du système judiciaire marocain en matière familiale demeure encore aujourd'hui très complexe, à l'effet des éléments participant à son élaboration et à l'évolution très timide qu'il connaît depuis l'indépendance du pays. Le juge marocain spécialiste en matière familiale est souvent marqué et limité par la conception traditionnelle de la justice spécifiquement en matière familiale, puisque cette dernière demeure marquée par la conservation des principes religieux fondamentaux qui sont encore transcrits indirectement par le législateur dans le dernier Code de la famille en conservant un nombre de dispositions principales.

Cette conservation influence clairement la pratique judiciaire et le rôle du juge qui malgré qu'il soit dans l'exercice d'une fonction moderne, il conserve un caractère assez religieux de cette fonction qui n'est pas nouvellement pratiquée. En effet, l'influence de la religion dans ce sens est évidente, puisqu'elle renvoie d'une manière indirecte au statut juridique et religieux dont a toujours bénéficié le juge dans la religion musulmane à travers lequel il est censé protéger la religion, la famille et la société musulmane, une situation qui participe encore aujourd'hui à l'élaboration de la conception moderne de la fonction exercée aujourd'hui par le juge en la matière. Ainsi, l'analyse de cette fonction nécessite l'exposition des principes fondamentaux de l'organisation judiciaire musulmane et le rôle que le juge incarne dans cette institution dont les fonctions ont été prévues et détaillées par le Coran, c'est-à-dire par Dieu.

678. La justice musulmane est une institution qualifiée d'original, elle revêt un caractère plutôt traditionnel qui la rapproche plus des institutions antiques que de celles modernes. M. PAUL-BLANC souligne deux caractéristiques ; d'abord le rôle de cette institution qui s'appuie sur sa fonction principale qui réside dans l'obligation d'appliquer et de faire respecter le '*Shar*' qui renvoie à un ensemble de normes qui guide le musulman dans le chemin du respect de la loi de Dieu. Ainsi, ce respect concerne évidemment la fonction et le rôle du juge qui est lié d'une manière directe à cette norme qui lui attribue un statut d'ordre religieux. Ce qui lui permet de bénéficier d'un statut exclusif marqué et qualifié de noble dans la religion musulmane, puisqu'il est doté d'un pouvoir d'interprétation des règles et des normes du *Shar*, en offrant la possibilité de toute adaptation des règles du *Shar* à chaque situation exposée, ce qui a abouti à l'établissement de la doctrine du droit musulman<sup>612</sup>. Puis le deuxième caractère se réfère par la spécificité de cette organisation judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif.

En effet, si dans les systèmes modernes la séparation des pouvoirs représente une règle principale, le droit musulman quant à lui ne reconnaît pas cette séparation et conserve une forte soumission à l'exécutif puisqu'elle s'exerce sous l'autorité du chef de l'Etat et dont le juge est d'une manière indirecte le représentant du *Calif* en matière judiciaire, il est donc tenu de répondre et de prendre en considération le statut religieux de ce dernier.

---

<sup>612</sup> François PAUL-BLANC Louis MILLIOT, Introduction à l'étude de droit musulman, *op. cit.*, p. 527.

De plus, l'attachement du statut juridique du juge à la religion n'est pas seulement une question de représentation du *Calif* mais il est également la conséquence de toute une organisation judiciaire présentée et prévue en détail par la parole de Dieu dans le Coran. Toutefois, la spécificité du statut dont bénéficie le juge en droit musulman acquiert une grande importance puisqu'il accumule à la fois un statut juridique et religieux, qui laisse apparaître le caractère ambigu de ce statut et de son fonctionnement qui influence encore aujourd'hui cette fonction même dans les pays qui se déclarent en voie de modernisation du système judiciaire.

**679.** La compréhension du statut juridique et religieux du juge renvoie d'abord à l'histoire de cette élaboration, qui permet d'établir le profil type du juge (Cadi) en droit musulman. En effet, ce dernier est une personne de sexe masculin qui est proposé par les pouvoirs publics afin d'exercer une fonction judiciaire qui s'élargie à d'autres fonctions autres que celles de juger; il peut être arbitre, protecteur des personnes incapables, notaire, contrôleur du respect du culte par les citoyens ou encore doté de la mission d'incarner le rôle de la police ou du politicien.

**680.** Toutefois, l'élargissement de ses fonctions n'est pas basé sur une simple prise en compte des normes juridiques, mais il semble évident que le caractère religieux influence clairement l'établissement d'un nombre de fonctions du juge qui sont ancrées dans la doctrine musulmane. Ainsi, cette dernière a mis en place quelques caractéristiques dont le juge doit être bénéficiaire, notamment celles relatives à ses capacités de savoir et qui s'élargissent sur sa personnalité. En effet, par rapport à cette dernière, la doctrine musulmane souligne l'obligation du juge qui doit être une personne honorable, pieuse et sincère. Puis dotée d'une grande capacité de connaissances juridiques qui lui permet de répondre à toutes les situations auxquelles il sera confronté voire même d'apporter et d'élaborer de nouveaux jugements en se basant sur son pouvoir d'interprétation de la loi religieuse.

Ces qualités représentent en quelque sorte la force de cette fonction qui est répartie entre deux natures juridique et religieuse. Cette spécificité peut être facilement décelée puisqu'elle renvoie au caractère traditionnel de l'Etat qui se base sur une structure classique qui reconnaît la hiérarchie stricte derrière le Calif qui est le représentant de Dieu sur terre pour sa communauté et qui conserve tous les pouvoirs qui lui permettent de diriger cette dernière. Ce fonctionnement permet d'affirmer que le rôle du juge est lié d'une manière directe au dirigeant puisque sa fonction se base sur l'application de la loi de Dieu qui légitime même le rôle du gouverneur ou du Calif, ce qui attribue au juge le titre d'un 'délégué-représentant' du dirigeant. Cette délégation va explicitement influencer le rôle et l'exercice du juge, pendant de longues périodes de l'histoire il sera soumis à la volonté et la vision politique du dirigeant en affirmant l'absence totale de séparation des pouvoirs notamment l'exécutif et le judiciaire.

**681.** Cette situation va connaître une légère évolution à travers un mouvement visant à mettre en place une certaine indépendance afin d'éviter le désordre qu'engendre la soumission de la justice.

Un mouvement qui permettra au II<sup>ème</sup> siècle de l'Hégire d'affaiblir la soumission du juge et de la justice de manière générale, ce qui aboutira à une nouvelle imposition stricte des règles de la Sharia. Il en résultera de nouvelles positions qui permettront au juge de refuser de juger en se soumettant à la volonté du dirigeant s'il estime que cette dernière est contraire aux règles du droit musulman. S'ajoute à cela un autre élément qui contribuera également à la libération du juge de sa soumission inconditionnée au Calif, qui est la disparition et la diminution des savants religieux qui conservaient une influence concrète sur la pratique judiciaire à travers les *Fatawas* (des avis religieux) qui permettaient de déterminer quelques normes juridiques<sup>613</sup>.

Il importe également de souligner que la soumission du juge au Calif est également renforcée par l'unité du juge et l'absence du principe de collégialité en islam, une situation complétée par l'absence des différents degrés de juridiction ce qui renforce encore plus le rôle du juge. Cependant, malgré que ces éléments d'ordre juridique permettent une certaine liberté au juge, d'autres caractères participent à limiter cette liberté voire même à la remettre en question. Un des caractères spécifiques de la fonction du juge en islam est son attachement systématique à l'ensemble des règles de la religion musulmane qui a consolidé le caractère religieux du juge et qui l'a même rendu un critère d'esprit obligatoire dont le juge doit bénéficier. Cet attachement reflète le rapport réel entre le juge et le gouverneur puisque le caractère religieux représente ici le lien fondamental de cette liaison et la base de toutes les conséquences qui peuvent en découler notamment la soumission du juge au *Calif* qui renvoie à une soumission des deux à Dieu à travers la religion musulmane.

**682.** Le caractère religieux de la fonction du juge en islam est explicitement relevé, en effet, la religion musulmane attribue au Calif la mission de gouverner sa communauté dans le respect des normes religieuses. Cette application émane d'abord de la mise en place d'une justice qui vise à appliquer les règles du texte sacré qui apportent des réponses juridiques puisque le Coran est le premier code juridique des musulmans. Ainsi, la fonction du juge est elle-même définie par le Shar et auquel les Malékite et Chaféite attribuent la définition suivante : « Juger c'est dire le statut (Hukm) posé par la loi islamique Shar dans un cas d'espèce pour trancher un procès (Kushum) », une fonction légitime explicitement par le texte coranique dans de nombreux versets dont à titre exemple : « Certes, Dieu vous recommande de rendre les dépôts à leurs ayant droit, et quand vous jugez entre les gens, de juger avec équité... »<sup>614</sup> ; ou lorsque Dieu dit « *Ne craignez pas les Hommes mais craignez-moi et ne vendez pas les signes à vil prix, car quant à celui qui ne veut pas juger avec ce qu'Allah a révélé, ceux-là sont des infidèles* »<sup>615</sup>, ou encore « *Est-ce donc le jugement du temps de l'ignorance qu'ils cherchent ? Qu'y a-t-il de meilleur qu'Allah, en matière de jugement pour des gens qui ont une foi ferme ?* »<sup>616</sup>.

---

<sup>613</sup> *Ibid.* p. 539.

<sup>614</sup> Sourate 4 verset 58, Coran.

<sup>615</sup> Sourate 5 Verset 48, Coran.

<sup>616</sup> Sourate 5 Verset 50, Coran.

Ainsi, nombreuses sont les références à la fonction du juge qui s'exerce sous la délégation du Calif qui doit puiser également la conception de l'acte de juger par équité suivant la parole de Dieu et les actes du prophète<sup>617</sup>.

**683.** En effet, cette référence religieuse qui appelle le Calif et oblige l'ensemble du système judiciaire au respect inconditionnel de la loi religieuse est celle adoptée par le Maroc qui reconnaît que l'islam est la religion de l'Etat dont le Roi est *Amir al-mouminine*, en d'autres termes, le commandeur des croyants. La place de la religion de l'Etat que nous avons déjà présentée à plusieurs reprises, représente l'argument principal de la conservation des principes religieux dans le système politique fondé sur cette légitimité religieuse qui résiste à toute modernisation et réformes constitutionnelles en conservant le caractère sacré de la personne du Roi ainsi ce dernier préserve systématiquement l'influence dans le système judiciaire qui semble être atténuée mais toujours d'actualité<sup>618</sup>.

Pour Mme Nadia BERNOUSSI, cette référence qui renvoie « à la théorie développée par Hobbes ou autres telle que celle du Califat, du pouvoir d'Etat, justicier suprême, gardien de l'ordre public, serait fondée à veiller à ce que la justice soit placée au-dessus des aléas de la vie publique. La justice tout comme la police, l'administration et les médias publics, se définirait alors non pas comme un service public neutre et impartial au service de la communauté toute entière, mais comme levier de socialisation politique ». De plus, elle considère que le système marocain est fortement imprégné par une référence et un héritage solide en la matière puisque cette théorie est présente dans toutes les constitutions du royaume qui renvoie au rôle fondamental du Roi en matière judiciaire et ce, à dater de la constitution de 1996, où nous pouvons souligner différents articles qui renvoient à cette place, notamment l'article 34 qui dispose que le Roi exerce le droit de grâce » ; ou l'article 83 'les jugements sont rendus et exécutés au nom du Roi' ; l'article 84 qui souligne le rôle du roi dans la nomination des magistrats en précisant que 'les magistrats sont nommés par dahir sur proposition du conseil supérieur de la magistrature'. Ces références ont en effet toujours permis la soumission directe ou indirecte de la justice au traditionalisme et à l'allégeance royale<sup>619</sup>.

**684.** Toutefois, ce rôle a connu une grande évolution depuis les réformes constitutionnelles menées par le pays, et qui ont permis l'allègement de cette soumission et l'emprunt d'une voie visant une certaine indépendance des institutions de la justice afin de mener à bien le projet de démocratisation et de modernisation du pays.

---

<sup>617</sup> Hervé BLEUCHOT, Droit musulman, Histoire, Tome 2, Fondement, culte, droit public et mixte, Droit et religion, éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 621.

<sup>618</sup> Jusqu'en 2011, le Roi Mohammed VI constituait une personne sacrée c'est-à-dire il possédait un statut partagé entre l'humain et le divin. Ce terme sacré a été abandonné dans le nouveau texte de 2011 afin de souffler un vent de modernité dans le texte. Sauf que l'analyse du texte permet de souligner que le peuple est tenu, voire obligé de respecter la personne du Roi, le texte évoque même le terme *Tawqir* en arabe qui signifie la combinaison entre le respect et l'adoration qui a souvent été attribué aux personnes de lignage prophétique. De plus, nombreuses sont les situations qui ont prouvé cette sacralité notamment en matière de liberté d'expression qui a abouti à de nombreuses arrestations notamment l'affaire du jeune Walid BAHMAN qui était la première affaire en matière d'atteinte à la sacralité du Roi en caricaturant deux photos du Roi.

<sup>619</sup> Nadia BERNOUSSI, Abderrahim EL MASLOUHI, Les chantiers de la bonne justice. Contraintes et renouveau de la politique judiciaire au Maroc, Revue Française de droit constitutionnel, 2012/3, n° 91. p. 480.

Ainsi, depuis la constitution de 1996, nombreux sont les éléments réformés dans ce sens afin de libérer la justice d'un système politico-religieux incarné par la personne du Roi qui représente à la fois le chef de l'Etat dont le religieux et l'islam et le commandeur des croyants de ce dernier. Par ailleurs, la question qui se pose est celle de savoir si ces réformes ont permis la libération du système judiciaire. Et à quelle limite ont-elles abrogé les limites posées par la religion musulmane en matière judiciaire.

**685.** La réponse à ces deux questions ne semble pas être difficile, d'abord parce que les réformes constitutionnelles au Maroc ne sont pas nombreuses puis parce que celle de 2011 considérée comme assez moderne a fait l'objet de nombreuses critiques quant aux modifications apportées qui reconduisent les mêmes principes d'un pouvoir absolu et d'un absolutisme royal malgré les innovations qui peuvent être reconnues à ce texte. En effet, le pouvoir judiciaire ne fait pas l'exception dans un système où la suprématie royale représente la règle.

Mis à part que le Roi bénéficie à vie de l'immunité judiciaire, les jugements sont rendus en son nom ce qui signifie que la fonction exercée par le juge est avant tout une fonction déléguée par le souverain ; dans ce sens il bénéficie du pouvoir d'annuler toute décision rendue par le juge en sa qualité de souverain sans même y présenter des justifications ainsi que de son droit de grâce. Ces pouvoirs renvoient explicitement à la supériorité hiérarchique directe du Roi sur les magistrats qui appliquent l'article 83 de la constitution qui précise que « les jugements sont rendus et exécutés au nom du Roi », et qui est exercé par ce dernier à travers la direction du Conseil supérieur du pouvoir judiciaire et dont il conserve le pouvoir de nommer la moitié des membres en procédant à contrôler, surveiller ou promouvoir les juges, ce qui lui réserve une supériorité d'influence et de pouvoir sur les juges et leur fonction de juger<sup>620</sup>.

Autant dire que la question de l'indépendance et de la liberté totale du juge par rapport au pouvoir du dirigeant peut être remise en question ce qui affirme une fidélité absolue au système judiciaire musulman qui sacralise le rôle du Calif en matière de justice et fait du juge un délégué qui ne peut en aucun cas prendre des décisions qui peuvent être contraires à la volonté du gouverneur, Calif et en conséquent le Roi.

**686.** Il semble difficile d'ignorer l'effort mené dans l'objectif d'attribuer à la justice l'aspect moderne qui répond aux conditions d'un Etat démocratique, qui s'est traduit dans la création du conseil supérieur du pouvoir judiciaire. La création de ce conseil a permis de valoriser, d'organiser et de mettre en valeur la conception d'indépendance de la justice et ainsi reconnaître cette dernière comme un pouvoir libre et indépendant qui s'affirme même dans de nombreux articles de la constitution notamment l'article 84 qui dispose que « *les magistrats sont nommés par Dahir, sur proposition du conseil supérieur de la magistrature* »; l'article 85 qui dispose que « *les magistrats du siège sont inamovibles* » ou encore l'article 87 qui dispose que « *le conseil supérieur de la magistrature veille à l'application des garanties accordées aux magistrats quant à leur avancement et à leur discipline* ».

---

<sup>620</sup> Ahmed BENCHEMSI, Mohammed VI, despote malgré lui, Le seuil : Pouvoirs, 2013/2, n° 145, p. 21.

Au premier abord, ces dispositions permettent de dresser une analyse positive à l'esprit défendu par ce conseil ainsi que par les garanties insérées dans le texte constitutionnel ; néanmoins d'autres dispositions permettent de dresser une seconde vision qui permet d'observer la persistance du pouvoir du statut du Roi qui conserve à travers les attributions constitutionnelles qui lui attribue le pouvoir de désigner les hauts fonctionnaires civils et militaires dont ceux du conseil supérieur de la magistrature de par son statut du commandeur des croyants qui selon l'article 86 de la constitution lui accorde la présidence de ce conseil sans avoir aucun avis contraire ou contraignant à son égard <sup>621</sup>.

**687.** De ceci, il est évident que la référence constitutionnelle sauvegarde l'esprit d'une justice plutôt traditionnelle qui permet au juge de juger au nom du Roi et donc représenter et être le délégué de ce dernier par son exercice, une position qui affirme l'existence du rapport entre le pouvoir politique et la justice qui fait de cette dernière une fonction régalienn<sup>622</sup>, une théorie qui est explicitement traduite dans l'article 107 de la constitution qui affirme que le Roi demeure le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

**688.** L'analyse globale du rapport qui rassemble la religion, le politique et la justice permet de mener la réflexion sur la crédibilité de cette indépendance, dans le sens où il semble difficile de répondre à une garantie d'indépendance judiciaire lorsqu'il s'agit de juger dans des affaires qui ne se sont pas libérées des influences religieuses notamment la matière familiale<sup>623</sup>. Il est ainsi question de savoir si le juge marocain peut se permettre de juger contrairement aux principes religieux qui sont particulièrement garantis par le Roi « commandeur des croyants » en se référant à des principes internationaux auxquels le Maroc est engagé ? Est-il possible qu'un juge se réfère à un principe contraire à la religion et à la parole du Roi lui-même qui a déclaré dans son discours à l'ouverture de la deuxième année législative de la 7<sup>ème</sup> législature en 2003 que : « *je ne peux, en ma qualité de commandeur des croyants, autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le très haut a autorisé, il est nécessaire de s'inspirer des dessins de l'islam tolérant qui honore l'Homme et prône la justice...* ». Ainsi, le juge se trouve limité d'une manière directe ou indirecte d'abord par la hiérarchie présidée par le commandeur des croyants dans le domaine judiciaire.

Dans ce sens, nombreuses sont les questions qui peuvent s'opposer à cette analyse en matière familiale, puisque cette dernière qui est imprégnée par la religion et qui conserve de nombreux principes qui doivent être protégés par le Roi en sa qualité de commandeur des croyants, d'ailleurs c'est le principal argument avancé par les juges conservateurs qui défendent l'applicabilité exclusive sans aucune référence ou prise en considération des

---

<sup>621</sup> Abdelaziz NOUAYDI, Maroc l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire, Réseau euro-méditerranéen des droits de l'Homme, Janvier 2008, p. 10.

<sup>622</sup> Rapport du REMDH, La justice dans le Sud et l'Est de la région méditerranéenne, Octobre 2004, p. 51, cité par Abdelaziz NOUAYDI, *ibid.*

<sup>623</sup> Il est également à noter que les décisions du CSPJ sont validées par le Roi sous-forme d'un Dahir qui n'est pas susceptible de recours judiciaire.

engagements internationaux du pays notamment à l'égard des principes relatifs au respect des droits des femmes et des enfants<sup>624</sup>.

### ***B - Une influence constitutionnelle à caractère religieux.***

**689.** La réforme constitutionnelle de 2011 a fortement pris en compte l'obligation de rénover le domaine de la justice et d'apporter tous les éléments permettant sa modernisation. D'une manière générale, il est à rappeler que les anciennes constitutions définissaient la justice en employant le terme autorité judiciaire notamment depuis la première constitution de 1996. En effet, le nouveau texte de 2011 a apporté une modification majeure qui reflète même la vision moderniste du texte, en qualifiant la justice d'un pouvoir à part entier, séparé de ceux législatifs et exécutifs.

**690.** Cette modification tend à se mettre en conformité avec la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 en vertu de son article XVI qui dispose que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ». En effet, l'esprit de cette disposition est manifestement exprimé dans le premier article de la constitution marocain qui adopte le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire en disposant que « *le régime constitutionnel du Royaume est fondé sur la séparation, sur l'équilibre et sur la collaboration des pouvoirs, ainsi que sur la démocratie citoyenne et participative, et sur les principes de bonne gouvernance et de la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes...* ». Cette formule adoptée reflète l'esprit et la vision voire même la nouvelle conception du pouvoir judiciaire qui met fin à un pouvoir absolu résistant depuis l'adoption de la première constitution<sup>625</sup>. Toutefois, malgré cette séparation de pouvoir aussi bien exprimée, le texte constitutionnel lui-même sauvegarde des éléments qui permettent une certaine dépendance ou soumission notamment aux valeurs religieuses.

**691.** L'esprit de la modernisation du pouvoir judiciaire et la reconnaissance de son indépendance, se sont manifestés à travers la modification et l'adoption d'un nombre de mesures qui peuvent être considérées comme techniques et qui ont permis l'amélioration de la situation du magistrat et de l'ensemble de l'organisation en adoptant le conseil supérieur du pouvoir judiciaire ou l'insertion de la cour constitutionnelle. Toutefois, en ce qui concerne le rapport entre l'indépendance de la justice, l'exercice du juge et le droit de la famille, la question n'est pas uniquement d'ordre technique mais elle est également théorique. Cette liaison qui comme nous l'avons présentée conserve et impose le maintien du rapport entre les dispositions techniques du texte et l'esprit conservateur de ce dernier.

---

<sup>624</sup> Bertrand MATHIEU, L'émergence du pouvoir judiciaire dans la constitution marocaine de 2011, *pouvoirs*, 2013/2, n°145, p 19.

<sup>625</sup> Yves GAUDEMET, Le pouvoir judiciaire dans la constitution marocaine de 2011, la constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires, sous la direction du centre d'étude internationales, éd. Lextenso, 2012, p. 202 et s.

**692.** En effet, la question de la famille et du droit de la famille conserve une spécificité dans le système judiciaire marocain, qui a maintenu un régime dualiste en la matière. Une dualité qui ne répond pas toujours aux critères d'indépendance judiciaire et où le juge ne dispose pas toujours du choix d'adopter et d'apporter des solutions selon sa propre interprétation de la loi interne ou encore d'adopter des normes internationales pour résoudre les litiges familiaux. Ainsi se pose la question de savoir si le juge spécialiste des affaires familiales dispose d'une certaine liberté en la matière. Et quelles sont les limites constitutionnelles de cette liberté.

**693.** La réponse à ces questions semble assez complexe puisqu'elle dépend clairement des dispositions adoptées dans la constitution. En effet, autre que le statut supérieur du Roi en sa qualité de commandeur des croyants, le texte constitutionnel apporte également différents éléments à référence et à caractère religieux. Ces derniers se manifestent d'abord d'une manière générale à travers son préambule qui reconnaît que le Maroc est un Etat musulman, ce qui bloque toute possibilité d'adoption de règles contraires aux principes fondamentaux de ce dernier.

Pour Mme AOUCHAR Amina, le projet initial du texte ne devait pas contenir cette proposition d'Etat musulman mais plutôt de pays musulman afin d'accorder à l'adoption de ce terme un caractère culturel voire géopolitique et de vider le contenu juridique que contient le terme de l'Etat musulman<sup>626</sup>. Puisque cette référence a permis son étalement d'une manière directe dans l'ensemble du texte en s'appuyant sur la suprématie de sa place et en précisant que « *la prééminence est accordée à la religion musulmane dans ce référentiel national, de part l'article premier du même texte qui affirme que la Nation s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices en l'occurrence la religion musulmane...* ». D'autre part par l'article 3 qui dispose que « *l'islam est la religion de l'Etat* ». L'ensemble de ces dispositions laisse comprendre qu'il est difficile d'adopter et d'exercer une justice moderne basée sur d'autres principes directeurs autres que ceux de la religion musulmane et d'adopter des principes d'ordre international qui peuvent être contraires aux premiers.

Cette analyse générale se manifeste plus précisément en matière familiale où le juge se trouve devant l'obligation de respecter les principes constitutionnels en respectant en l'occurrence la religion musulmane.

**694.** L'affirmation explicite du texte au maintien de la référence religieuse en matière familiale est particulièrement exprimée à travers son article 32 qui dispose que « *la famille, fondée sur le lien légal du mariage, est la cellule de base de la société. L'Etat œuvre à garantir, par la loi, la protection de la famille sur les plans juridique, social et économique, de manière à garantir son unité, sa stabilité et sa préservation. Il assure une protection juridique et une considération sociale et morale égales à tous les enfants, abstraction faite sur leur situation familiale. L'enseignement fondamental est un droit de l'enfant et une obligation de la famille de l'Etat. Il crée un conseil consultatif de la*

---

<sup>626</sup> Amina AOUCHAR, L'égalité entre hommes et femmes dans la constitution marocaine de 2011, la constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires, sous la direction du centre d'études internationales, éd. Lextenso, 2012, p. 260.

*famille et de l'enfance* ». En effet, dans le cadre de l'exercice du juge, ce dernier peut être confronté à la problématique du respect d'applicabilité de cette disposition, qui peut être analysé sous différents angles.

D'abord lorsqu'il s'agit du rapport hommes femmes puis lorsqu'il est question des droits de l'enfant. Ainsi, si le texte de 2004 a pu réaliser un progrès non négligeable en la matière en se basant sur l'effort de réinterprétation des règles du droit musulman et l'intégration d'un nombre important de principes internationaux modernes, l'influence des dispositions constitutionnelles demeure plus importante et supérieure à celles du droit de la famille ou de la norme internationale.

**695.** Ces références ne sont pas de simples dispositions respectées par le juge, mais elles reflètent également l'esprit même du texte que ce dernier doit prendre en considération et qui affirment également d'une manière indirecte le statut du commandeur des croyants attribué au Roi par référence à la place de la religion. Une référence identitaire religieuse qui s'est affirmée dans le texte et qui a même pris une ampleur importante par rapport aux anciennes constitutions, alors que les attentes des militants des droits de l'Homme s'attendaient à une grande avancée permettant d'alléger ces notions dans le texte pour qu'il soit en cohérence avec l'esprit évolutif des réformes qui l'ont précédé notamment le Code de la famille. Mme Nadia BERNOUSSI<sup>627</sup> s'est interrogée sur la multiplication et l'intégration de nouvelles qualifications des références religieuses devenues aujourd'hui seize alors qu'elles étaient uniquement quatre dans la constitution de 1996. Nous citons 'l'islam marocain' et son intégration lorsqu'il est question d'évoquer les normes, les valeurs ou encore les institutions<sup>628</sup>.

**696.** De plus, ces dernières ont été particulièrement concernées par l'adoption d'une nouvelle politique mise en place par le pouvoir qui consiste à impliquer et à intégrer des savants 'Oulémas' dans toutes les institutions où la religion peut être évoquée afin de garantir sa place dans ces institutions, mais aussi dans l'objectif de contrôler et de préserver l'identité religieuse du royaume et ainsi du pouvoir en place qui est légitimé avant tout par le statut religieux du monarque.

**697.** C'est dans ce sens que le pouvoir n'a pas hésité à intégrer dans chacune des institutions un membre représentant du conseil des savants religieux parmi les membres notamment du conseil de régence, la cour constitutionnelle et le conseil supérieur du pouvoir judiciaire<sup>629</sup>. Ainsi, le rôle de ce représentant peut être concrétisé à travers l'avis religieux 'Fatwa' suite à une consultation qui peut être faite par le Roi lui-même au conseil supérieur des oulémas afin d'apporter des réponses ou d'exercer *l'ijtihad* dans certaines questions.

---

<sup>627</sup> Professeur à l'école Nationale d'administration et membre de la commission consultative de révision de la constitution.

<sup>628</sup> Nadia BERNOUSSI, La constitution de 2011 et le juge constitutionnel, la constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires, sous la direction du centre d'études internationales, éd. Lextenso, 2012, p. 2016 et s.

<sup>629</sup> *Ibid*, p. 217.

Le recours au conseil supérieur des Oulémas<sup>630</sup> est avant tout une question de moralité et sa consultation représente une obligation morale qui reflète et affirme le caractère et la référence religieuse que ce soit du pouvoir en place ou de la politique menée par ce dernier dans la gestion du domaine religieux. Ainsi, un point majeur peut être souligné par le fait que l'adoption d'une loi tirée du droit naturel fait toujours l'objet d'une lecture qui permet sa validation par l'esprit religieux. Autrement dit il est possible d'adopter des lois à caractère civil et de permettre au juge de s'y référer puisqu'elles seront toujours d'inspiration religieuse validée par le conseil supérieur des Oulémas<sup>631</sup>.

**698.** De plus, l'intégration d'un savant au sein de ces institutions que ce soit la juridiction constitutionnelle ou le conseil supérieur du pouvoir judiciaire, permet d'abord d'établir et d'envoyer un message assez clair sur la place de la religion au sein des institutions et en l'occurrence au sein de l'Etat. Par ailleurs, il est évident que ce positionnement étatique à l'égard de la religion reflète une problématique majeure qui est celle de la prise en compte de la supériorité des normes internationales aux lois internes, qui sont dans leur majorité d'inspiration religieuse, notamment en matière familiale et qui opposent une vision moderne à une seconde progressiste et assez protectrice de la norme religieuse dans le cadre juridique du royaume.

**699.** De cette opposition découle une question qui peut paraître simple et d'ordre théorique. Cependant, elle peut dissimuler une problématique assez complexe dans la pratique, puisque cette dernière, exercée par le juge n'est pas seulement prisonnière de l'élément religieux, mais elle est également limitée par d'autres éléments qui se manifestent explicitement dans la constitution. En effet, la constitution contient des dispositions qui n'encouragent pas le juge à adopter des dispositions de textes internationaux à l'encontre d'une disposition explicite de la constitution où à son esprit global, puisque dans l'article 19 de la constitution il est précisé que les conventions et les pactes internationaux sont dûment ratifiés par le Maroc...dans le respect des dispositions de la constitution, des constantes du royaume et de ses lois ». Puis l'article 6 qui précise que les engagements internationaux se placent en seconde position après la constitution et les lois du royaume. Ainsi, le juge se trouve face à une pratique qui doit respecter des marques réelles du droit musulman en matière familiale notamment dans le domaine du mariage, du divorce de la filiation ou encore de l'autorité parentale lorsqu'il est question de préserver la religion de l'enfant.

---

<sup>630</sup> Le conseil supérieur des Oulémas est créé en avril 1981 par le Dahir n° 1.80.270 et réorganisé par le Dahir n°1.03.300 en 2004, et il est sous la haute tutelle du Roi Mohammed VI. Parmi ses missions : « *étudier toutes les questions qui lui sont soumises par le Roi en sa qualité de commandeur des croyants, d'émettre les orientations et les recommandations visant à rationaliser le travail des conseils locaux des Oulémas et à activer leur rôle dans l'encadrement de la vie religieuse des citoyens et citoyennes marocains musulmans ; approuver et élaborer le règlement intérieur de l'instance scientifique chargée de la consultation religieuse, transmettre à l'instance chargée de la consultation religieuse les demandes concernant les questions qui lui sont soumises aux fins de les étudier et d'émettre des consultations à leur sujet ; d'entretenir des relations de coopération scientifique avec les institutions et les organisations islamiques poursuivant les mêmes objectifs à l'échelon national et international* ».

<sup>631</sup> Il est à noter que le recours et la consultation du conseil supérieur des Oulémas est une tâche principale dans des domaines qui concerne la famille et les affaires principalement sociales. En effet, il a été consulté à plusieurs reprises notamment lors de la réforme du code de la famille de 2004 et même plus récemment en 2019 lorsqu'il a été consulté par rapport aux dispositions d code pénal qui concernent la question de l'avortement, où il a affirmé et révélé son avis défavorable à réformer les articles qui criminalisent l'avortement en considérant que la question a déjà fait l'objet d'*ijtihad* en islam et qu'aucune légalisation d'avortement ne peut être adoptée dans ce sens.

700. L'ensemble des éléments analysés permettent de dresser un constat clair qui présente la difficulté d'instaurer une justice indépendante de toute influence religieuse, et de permettre au juge marocain d'acquérir une certaine liberté dans l'objectif de faire évoluer le droit à travers la jurisprudence. Puisque cette liberté permettra à ce dernier de dépasser les limites qui lui sont tracées.

Cette liberté dont le juge peut bénéficier peut apporter d'une manière directe ou indirecte des réponses claires à la question d'applicabilité de la norme internationale. Toutefois, la liberté accordée au juge doit également être accompagnée de tout un processus qui débute lors de sa formation théorique et pratique afin de lui transmettre les outils nécessaires dans l'objectif d'innover et de moderniser les décisions et ainsi permettre l'évolution du droit de la famille sans pour autant se heurter par les limites visant principalement les droits de la femme et de l'enfant.

### **Paragraphe 2 : Le pouvoir d'interprétation du juge, un préjudice pour la femme et l'enfant.**

701. L'élaboration et l'adoption du Code de la famille a été marquée par l'opposition des deux courants, traditionnaliste et moderniste qui avaient une grande divergence de visions par rapport au fond des dispositions adoptées par le législateur et plus précisément celles modifiantes les principes religieux. Toutefois, le législateur a affirmé à plusieurs reprises que le texte dans son ensemble ne représente aucune atteinte aux principes du droit musulman ou de la religion musulmane, en affirmant la vision du Roi qui a confirmé lors de son discours « *je ne peux, en ma qualité d'Amir Al Mouminine, autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le très-haut a autorisé ; il est nécessaire de s'inspirer des dessins de l'islam tolérant...* ». Cette référence renvoie en effet, à l'effort fournis par le législateur en matière religieuse et en se référant aux textes religieux du rite Malékite afin d'apporter les modifications prévues sur le texte.

Ainsi, le législateur s'est lui-même basé sur un argument de fond qu'il considère de légitime et qui se manifeste dans la technique de l'effort d'interprétation *l'ijtihad*, qui a permis l'adoption de quelques dispositions plus modernes que celles de l'ancien texte. Cette référence légitime, a également été transmise par le législateur au juge, ainsi ce dernier est tenu de répondre positivement à l'esprit du texte et à accorder une interprétation adaptée à l'orientation moderne du texte et modérée de toute règle d'inspiration religieuse à travers l'exercice d'une interprétation qui ne soit pas rigide et contraire à la vision globale.

702. Cependant, la réalité en matière d'interprétation du juge d'une manière adéquate à l'esprit du texte connaît de nombreuses limites, qui sont toujours liées à des références comme la religion, la culture ou la morale de la société. Elles se manifestent pourtant dans des questions cruciales qui faisaient parties des principaux objectifs des activistes et du courant moderniste participant à l'élaboration du code de la famille. Parmi les questions épineuses qui incarnent très bien le caractère ambiguë entre le texte, son esprit et l'interprétation du juge, il y a celle relative au mariage des mineurs.

#### ***A –Le mariage des mineurs, une question d’interprétation.***

**703.** Affirmant une volonté de modernisation du droit de la famille, le législateur marocain s’est lancé dans un projet visant la concrétisation des principes fondamentaux, à travers l’introduction de différentes innovations qu’il a jugées nécessaires afin de répondre à l’évolution sociale mais également à l’harmonisation de son droit interne avec ses engagements internationaux. Ainsi, l’une des questions qui a suscité l’intérêt du législateur est celle du mariage des mineurs, qui a longuement créé le débat entre les composantes de la société. Ce sujet a en effet, engendré un débat entre les partisans d’un simple amendement et ceux favorables à une abolition des mariages des enfants de moins de dix-huit ans.

**704.** Engagée dans la protection des droits de l’enfant et de son intérêt supérieur, l’une des questions principales modifiées par le législateur dans le code de la famille, porte sur la capacité matrimoniale qui selon l’article 19 du code de la famille dispose que « *la capacité matrimoniale s’acquière, pour le garçon et la fille jouissant de leurs facultés mentales, à dix-huit ans grégoriens révolus* »<sup>632</sup>. Une modification qui va dans le sens d’abord d’interdire les mariages de moins de l’âge de la majorité qui peuvent être contractés sous divers arguments ou pression notamment ‘social, culturel ou religieuse’, d’instaurer une égalité entre les garçons et les filles puis de garantir une certaine liberté de contracter le mariage sans subir les contraintes familiales ainsi que de s’assurer de la capacité physique et psychologique des personnes souhaitant le mariage afin qu’elles puissent exprimer leur consentement.

**705.** Toutefois, cette volonté législative n’est pas allée jusqu’au bout d’une interdiction totale, puisqu’elle fait l’objet d’une dispense accordée par le législateur à travers la disposition de l’article 20 qui dispose 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 matrimoniale prévu à l’article 19, par décision motivée précisant l’intérêt et les motifs justifiant ce mariage...* ». En effet, cette exception d’autorisation judiciaire accordée par le législateur est souvent justifiée par la prise en considération du législateur des différentes approches du mariage des mineurs dans la société marocaine, et qui ne doit pas faire l’objet d’une simple approche juridique mais d’intégrer également l’importance de la dimension socioculturelle, puisque cette pratique ne répond pas uniquement du domaine du droit mais elle est également une pratique traditionnelle et culturelle reconnue qui ne cesse d’accroître. Ainsi, à la recherche d’un équilibre entre les différentes approches, le législateur a ainsi adopté une disposition à caractère juridique qui protège l’enfant du mariage précoce puis une dérogation à cette règle qui doit être exceptionnelle et justifiée, qui accorde au juge un pouvoir d’appréciation du mariage du mineur basé sur l’intérêt supérieur de ce dernier.

---

<sup>632</sup> La capacité matrimoniale a été fixée dans l’ancien statut personnel à l’âge de dix-huit ans pour les garçons et de quinze ans révolus pour les filles, puisque les membres de la commission chargée de la révision du statut personnel en 1993 ont exprimé majoritairement leur refus à l’unification de l’âge matrimonial entre les deux sexes et ainsi la hausse de l’âge du mariage pour la fille *in* Ahmad. ALKHAMLICHI, Le mariage de la fille violée et de la mineure entre les textes juridiques et la pratique, Série des colloques de la cour d’appel de Rabat, n° 5, 2012, pp. 8 et s (en langue arabe).

706. Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si ces deux dispositions sont contradictoires, et si la dérogation protège également le même principe sensé être défendu par l'ensemble du texte notamment en interdisant le mariage des mineurs, qui est l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>633</sup>. En effet, faisant de ce principe une priorité, le législateur marocain a en effet fixé l'âge de la capacité matrimoniale à l'âge de dix-huit ans afin d'affirmer sa prise en considération du danger que peut représenter le mariage du mineur sur sa santé physique et psychologique.

707. L'analyse de l'article 19 du code de la famille, permet de mettre la lumière sur la volonté du législateur de concrétiser une vision protectrice de l'enfant. En effet, en élevant l'âge du mariage à dix-huit ans, il a répondu tout d'abord, à l'harmonisation du droit de la famille avec l'exigence de la CIDE et aux revendications des activistes ; la mise en place d'une égalité entre les garçons et les filles en matière du mariage puis l'harmonisation de l'âge du mariage avec celui de la majorité civile fixée par la législation marocaine à dix-huit ans comme le précise l'article 209 du même texte et qui dispose que « l'âge de la majorité légale est fixé à dix-huit années grégoriennes révolues ». Cependant, cette analyse positive de l'effort du législateur fait face à la réalité d'une pratique progressive de mariage des mineurs, une pratique qui profite d'une limite accordée également par le législateur et qui consiste à autoriser le mariage des enfants de moins de dix-huit ans sous des conditions drastiques.

Ce conditionnement présente pour le juge un caractère de contrôle, puisqu'il juge nécessaire de ne pas interdire définitivement le mariage de moins de dix-huit et laisser au juge le pouvoir d'appréciation de chaque situation qui implique ce mariage. D'ailleurs, le législateur marocain n'est pas le seul qui permet au juge d'apprécier des exceptions, son homologue français fixait l'âge du mariage des filles à quinze ans jusqu'au dernier amendement de 2006 qui a permis l'instauration de l'âge de dix-huit comme âge minimum légal de mariage pour les deux sexes, tout en sauvegardant le pouvoir du juge de permettre ce mariage pour 'motif grave' que le juge estime adapté à la situation<sup>634</sup> tout en respectant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>635</sup>.

Toutefois, si le législateur français a accordé au juge ce pouvoir d'appréciation basé sur un 'motif grave' dans l'objectif d'autoriser le mariage du mineur, il est certain que la prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant fera l'objectif à l'image de la prise en considération du principe par le juge et que l'autorisation ne présentera que l'exception. Pour le Maroc, la question est beaucoup plus complexe puisque l'existence d'autres paramètres d'appréciation que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant permet au juge d'élaborer et de motiver sa décision, notamment le

---

<sup>633</sup> Mariam MONJID, Le mariage du mineur en droit marocain, Revue internationale de droit comparé, Vol. 67 n°1, 2015, pp. 4-5.

<sup>634</sup> A la lecture des décisions déjà rendues par les juges, il est possible de dégager quelques cas à titre exemple dans lesquels le juge autorise le mariage d'un mineur notamment : lorsque le mineur a déjà un ou plusieurs enfants avec son compagnon ou sa compagne ; ou lorsqu'ils vont devenir parents.

<sup>635</sup> ART. 144 du code civil, Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans.

facteur social, culturel, économique, etc.<sup>636</sup>. C'est dans ce sens que l'article 20 du Code de la famille pose problématique et peut même être considéré comme contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant même lorsqu'il reflète une prise en considération du législateur d'une réalité sociale, et laisse entendre la complexité voire même l'insuffisance de l'encadrement de cette question par le législateur dans la théorie et son respect par la juge dans la pratique.

**708.** En effet, l'adoption de l'article 20 par le législateur peut faire l'objet de nombreuses critiques puisqu'elle révèle l'incohérence entre la lettre du texte, l'objectif de la disposition et de l'esprit global du texte et enfin la réalité de son application par le juge<sup>637</sup>. Les failles théoriques qui peuvent être soulignées par la lecture de l'article 20, se manifestent d'une part dans l'inexistence d'un âge minimum fixé par le législateur, autrement dit le législateur accorde l'ultime liberté au juge à définir l'âge du mariage qui peut être estimé par ce dernier à n'importe quel âge en dessous de dix-huit ans<sup>638</sup>, une situation qui se concrétise dans la pratique par l'autorisation des juges d'un grand nombre de mariage en dessous de dix-huit ans et allant jusqu'à treize ans, puisque la vision d'un juge marquée par le poids de la tradition et de la culture, semble être loin d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant loin de la volonté parentale ou encore de la constitution d'une stabilité fondée sur le principe de la famille, ainsi, jugé l'incohérence du mariage d'un mineur de moins de dix-huit ans, pour ce qui porte comme atteinte à la santé physique et psychologique de ce dernier. D'autre part, il semble également regrettable que le législateur ne précise en aucun cas l'exemple et le genre de 'la nécessité' ou quel 'Intérêt' faut-il prendre en considération. En effet, la généralité de ces deux principes rend encore plus ambiguë son application et étend le pouvoir du juge en la matière.

**709.** Il est toutefois important de souligner que, le traditionalisme du juge marocain en la matière est basé sur la base de l'indétermination de l'âge légal du mariage en droit musulman, puisque ce dernier permet le mariage des mineurs tout en instaurant une règle qui distingue entre la conclusion et la consommation du mariage par les époux, cette consommation n'est possible qu'à la puberté, cette dernière qui se définit par l'âge de discernement ou de responsabilité<sup>639</sup>, une définition qui malgré le fait qu'elle ne soit pas explicitement revendiquée, elle est ancrée dans la société ainsi que chez le juge ce qui rend plus facile d'aborder le mariage d'un mineur.

---

<sup>636</sup> Il importe de souligner que dans une société masculine comme le Maroc, les filles sont souvent les victimes principales des mariages précoces, puisqu'elles sont sous la pression familiale et sous le contrôle du tuteur qui pratique un droit patriarcal à caractère religieux et social sur les filles.

<sup>637</sup> F. SAREHANE, Le nouveau code de la famille, Gazette du palais, 4 septembre 2004, in les droits maghrébins des personnes et de la famille, sous la direction de J. POUSSON-PETIT, éd. L' Harmattan, p. 69.

<sup>638</sup> D'après le ministre de la justice Mohammed BENABDELKADER a déclaré que sur les 32000 demandes de mariage de mineure enregistrées, 81% ont été approuvées par les magistrats. Une étude menée par l'association 'initiative pour la promotion des droits de la femme, a révélé que 25% des filles mineures (entre 10 et 15 ans) dans la région de (Meknés, Fés et Khenifra) ont bénéficié d'un verdict favorable dans les demandes d'authentification de mariages.

<sup>639</sup> CF, Encyclopédie de l'islam, article « Taklif, assujettissement aux obligations morales, est-ce bil-shar, la loi ou bil-aql, la raison de Daniel Gimaret » Vol, X. in, Salim Daccache, Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ?, *op. cit.*, p. 247.

Catherine SORITA-MINARD et Claire THEPAUT, Le juge français et la famille musulmane, Le seuil « Le genre humain », 1997/1, N° 32, p. 76 et s.

**710.** Un autre reproche peut être affligé au législateur à lecture de l'article 20 qui comporte une certaine ambiguïté, par rapport à la lecture globale des dispositions du texte et l'absence d'une harmonie globale qui vise à combler tous les vides juridiques qui peuvent permettre le mariage du mineur et donc vider les articles 19 et 20 de leur sens d'interdiction du mariage de mineur. En effet, la capacité du mineur à pouvoir contracter le mariage fait partie des conditions de validité du mariage (article 13). Cependant, le législateur manque de mentionner dans les dispositions relatives à la nullité du mariage (article 57) et au mariage vicié (article 61) le cas du mariage d'un mineur dans l'absence de capacité qui se manifeste dans l'autorisation judiciaire<sup>640</sup>. Mme MOUNJID, souligne cette réticence du législateur et considère « *qu'il était plus judicieux de prévoir une sanction lorsque la règle est violée, notamment une sanction d'ordre pénal qui aurait pu rendre plus efficace et plus effectif le contenu des articles 19 et 20* ».

**711.** La lecture d'un autre article peut également vider les articles 19 et 20 de leur sens protecteur du mineur. En effet, l'article 16 du code de la famille dispose que « *le document portant acte de mariage constitue le moyen de preuve dudit mariage. Lorsque des raisons impérieuses ont empêché l'établissement du document de l'acte du mariage en temps opportun, le tribunal admet, lors d'une action en reconnaissance de mariage tous les moyens de preuve ainsi que le recours à l'expertise. Le tribunal prend en considération, lorsqu'il connaît d'une action en reconnaissance de mariage, l'existence d'enfants ou de grossesse issues de la relation conjugale et que l'action ait été introduite du vivant des deux époux. L'action en reconnaissance de mariage est recevable pendant une période transitoire maximum de quinze ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi* » ; à travers cette disposition, le législateur marocain a visé d'abord la limitation du recours au mariage religieux 'ALFATIHA'. Puis une légère réglementation en matière de filiation par la possibilité d'une reconnaissance des enfants nés d'une union religieuse.

**712.** Cependant, la même disposition contient un élément perturbateur en ce qui concerne le mariage de mineur, en effet, le dernier alinéa de l'article 16 permet l'action du recours à une reconnaissance du mariage pour une période transitoire d'abord de cinq ans puis avec le nombre de demande affligées aux tribunaux cette période a été prolongée pour quinze ans, ne prévoyant aucune précision par rapport aux mariages des mineurs, ce qui rend la reconnaissance de ce mariage possible. Une faille qui permet clairement le contournement des articles 19 et 20 du code de la famille puisque les mineurs peuvent contracter un mariage et le déclarer ultérieurement. Toutefois, l'article 16 ne prévoit aucune limite à ce mariage et ne précise pas les éléments constituant la force majeure, ce qui représente une porte ouverte pour toute demande de reconnaissance sans faire l'exception du mariage du mineur. Nombreuses sont les associations féministes notamment (l'association démocratique des femmes du Maroc) qui déplorent le manque de précision par rapport à cet article, notamment aux prolongations répétées des délais de notification des actes de mariages qui permet une instrumentalisation de cette loi pour des intérêts autres qu'une simple possibilité de reconnaissance de mariage.

---

<sup>640</sup> Mariame. MOUNJID, *op. cit.*, p. 214.

**713.** L'ambiguïté du texte en matière du mariage des mineurs, est assez complexe pour rendre la tâche du juge encore plus difficile face à une pratique répondue. En attribuant un large pouvoir d'appréciation au juge, le législateur se défait de la responsabilité de la protection de l'intérêt de l'enfant dans la pratique à l'égard de laquelle il est resté réticent, une protection qui devient impérative face aux lacunes constatées dans le texte.

***B- L'interprétation du juge et l'intérêt supérieur de l'enfant.***

**714.** Le pouvoir d'appréciation et d'interprétation du juge en matière de mariage des mineurs semble être colossal. En effet, le juge détient à travers l'article 20 du Code de la famille un pouvoir exclusif en matière d'autorisation du mariage des mineurs. Par ailleurs, malgré le fait que le législateur ne précise pas les situations auxquelles le juge doit accorder son autorisation, il a néanmoins obligé le juge à motiver sa décision « en précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage ».

Cette obligation de justification demandée par le législateur, renvoie à une référence de base qui considère que la règle en ce qui concerne l'âge légal du mariage est de dix-huit ans et que la décision d'accorder une autorisation d'un mariage de mineurs doit rester une exception fondée sur des arguments légitimes qui découlent du principe de la protection de l'intérêt de l'enfant.

**715.** Cependant, en pratique, l'application de cette règle est difficile à concrétiser face aux divers arguments auxquels le juge peut avoir recours afin de légitimer son autorisation, qui peuvent selon lui représenter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, le recours du législateur au principe de l'intérêt de l'enfant ne connaît aucune définition précise dans l'ensemble du texte et dont l'appréciation demeure sous le contrôle et la liberté du juge. Une liberté qui rend complexe la prise en considération de cet intérêt indéfini, qui peut diverger d'un juge à une autre et qui permet de s'interroger sur une question cruciale qui peut aller à l'encontre de l'esprit du texte et de la CIDE et qui consiste à savoir s'il existe vraiment un intérêt et une protection de l'intérêt de l'enfant en autorisant son mariage avant l'âge de dix-huit ans; existe-t-il des critères précis qui permettent à tous les juges d'apprécier l'intérêt dans le mariage d'un enfant ? Est-ce que le juge répond réellement à cet intérêt en autorisant un mariage de mineur ?

**716.** La réponse à ces questions d'ordre pratique réside dans la méthode adoptée par le juge afin d'apprécier l'intérêt d'un mariage de mineur. En effet, le législateur marocain invite le juge par la disposition de l'article 20 à procéder à une expertise médicale et sociale qui servira le juge comme une aide tangible à l'élaboration de son appréciation, d'étudier et de justifier les arguments qui seront présentés par le juge afin de motiver son autorisation. Le recours à cette méthode n'est pas une nouveauté utilisée par le législateur marocain uniquement, son homologue français a en effet adopté et intégré progressivement ce recours à l'expertise social et médico-social en matière familiale.

En 1963, M. MARTAGUET, vice-président du tribunal de grande instance de Bordeaux, écrivait : « *Le droit se trouve de plus en plus confronté aux sciences humaines. Les progrès des sciences sociales et psychologiques ne peuvent plus laisser le juriste indifférent*<sup>641</sup>, une déclaration qui attribue une grande importance aux enquêtes sociales qui peuvent être menées par les juges lorsqu'il est question de la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant. Autrement dit, le rôle de la psychologie à travers les enquêtes menées par le juge, participe<sup>642</sup>.

**717.** En revanche, ce recours d'expertise qui est réglementé par l'article 373-2-11 concerne d'autres questions que celles du mariage de mineur qui, en droit français, est autorisé uniquement pour 'motif grave', notamment en matière d'autorité parentale. De plus, ce recours peut également être sollicité par le juge des enfants en matière d'assistance éducative pour les enfants en danger. En droit français, cette mesure est sensée éclairer le juge sur la situation afin qu'il puisse répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant.

**718.** En effet, c'est dans ce sens que le législateur marocain évoque le recours à l'expertise médicale ou sociale en matière de mariage de mineur, afin que le juge soit éclairé sur l'ensemble de la situation en ayant des éléments tangibles qui permettent soit d'autoriser ou de refuser le mariage du mineur. Cependant, le terme 'incite' utilisé par le législateur marocain pose une grande problématique dans la pratique, en effet, face à un simple appel à l'expertise médicale ou sociale de la part du législateur. Souvent, le juge marocain de la famille ne juge pas d'important le recours à ces expertises et se contente seulement des avis des tuteurs ou des représentants légaux et sur les preuves que ces derniers peuvent apporter afin de prouver l'intérêt et la capacité du mariage du mineur<sup>643</sup>. Ainsi, le non recours du juge à l'expertise sollicitée par le législateur vide le sens du principe de la protection des droits de l'enfant et de la protection de son intérêt supérieur, puisque l'absence de cette expertise ne permet pas d'analyser et d'étudier la possibilité et les raisons et l'intérêt pour lesquels l'enfant peut se marier.

C'est dans ce sens qu'il aurait été judicieux de rendre l'expertise médico-sociale obligatoire afin de garantir l'objectivité des éléments qui participent à l'élaboration du jugement, puisque l'absence de cette obligation permet au juge de ne pas prendre en considération cette expertise qu'elle soit favorable ou défavorable à l'autorisation. Une pratique justifiée par le juge, en se basant sur l'article 66 de la procédure civile qui dispose que « *le juge n'est pas obligé de suivre l'avis de l'expert désigné...* ».

---

<sup>641</sup> Cité par S. KIEFE, De la chambre de la famille au juge aux affaires matrimoniales et au juge aux affaires familiales, G.P.1993-1, Doct. p. 838, in Catherine SANDRAS, thèse, *op. cit.*, p. 57.

<sup>642</sup> Jean.Pierre ALMODOVAR, Le psy, le juge et l'enfant : la mobilisation des savoirs psychologiques dans l'intervention judiciaire, analyse socio-historique de la neuropsychiatrie infantile, in de quel droit ? De l'intérêt...aux droits de l'enfant, cahiers du C.R.I.V, Janvier 1988, n° 4, p. 63.

<sup>643</sup> M. MOUNJID, *op. cit.*, p. 219.

**719.** Un autre point crucial peut également faire l'objet d'analyse critiquable par rapport au rôle du juge et de son autorisation du mariage du mineur. En effet, l'appel aux représentants légaux du mineur fait partie de l'ensemble de la procédure, puisque comme le prévoit le texte, le juge est tenu d'entendre l'avis de ces derniers sur la conclusion de ce mariage. L'installation de cette règle par le législateur paraît logique, puisque pour ce dernier, les représentants légaux du mineur sont les premiers à veiller sur la protection de l'enfant et de son intérêt supérieur ainsi qu'une application stricte de l'article 51 du code de la famille qui dispose dans son alinéa 4 « *la concertation dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et de planning familial* ». Néanmoins, dans la majorité des situations, le juge fait face à des parents qui considèrent qu'au nom de la religion, la culture et les traditions, l'intérêt supérieur de l'enfant réside dans le mariage et le fondement d'une famille. En instaurant cette règle, le juge a clairement ignoré un des principes fondamentaux de la CIDE auquel il est engagé, et qui consiste du droit de l'enfant à la participation à toutes les questions qui le concernent, ici la parole et l'avis de l'enfant est absent du règlement instauré par le juge.

**720.** Le dernier alinéa de l'article 20 dispose que « *la décision du juge autorisant le mariage d'un mineur n'est susceptible d'aucun recours* », cette disposition affirme la liberté accrue dont bénéficie le juge en la matière. L'impossibilité de contester la décision du juge autorisant le mariage du mineur, même par le ministère public qui dans la logique des choses et à travers ses compétences que nous avons présentées plus haut, doit veiller à la bonne application de la loi ainsi qu'au respect de son esprit protecteur des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, le législateur est encore réticent en matière de recours en cas d'un refus du juge, puisqu'il ne mentionne en aucun cas l'impossibilité d. recours en cas de refus. De plus, l'absence de compétence spatiale (lieu de résidence) en la matière permet un contournement de loi et offre la possibilité au demandeur d'aller porter sa demande devant le tribunal d'une autre ville. Une ambiguïté qui laisse penser que malgré le refus du juge qui peut être fondé sur des éléments tangibles visant à protéger l'intérêt de l'enfant, un contournement peut aboutir au mariage du mineur.

**721.** La liberté accordée au juge est avantageuse dans la mesure où elle permet d'étudier chaque affaire du mariage d'un mineur à part, et ainsi adapter la protection de l'intérêt de ce dernier à sa situation. En revanche, l'ambiguïté du texte et le manquement du législateur à régler et à évoquer explicitement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe fondateur d'un mariage de mineur rend encore plus complexe la prise en considération de cet intérêt ce qui engendre une situation alarmante dans la pratique.

Des jugements de plus en plus favorables aux mariages des mineurs notamment les filles<sup>644</sup>, une progression alarmante de ces mariages qui combine à la fois le manquement du législateur en la matière mais également l'absence de l'esprit évolutif et moderne à certains juges qui sont souvent victimes de pressions sociales et culturelles. Une situation

---

<sup>644</sup> Les autorisations accordées depuis 2007 jusqu'à 2015 démontrent l'ampleur de la réalité de la divergence entre les filles et les garçons par rapport aux autorisations accordées. En 2007 il y a eu 38331 mariages de filles contre 379 de garçons et de 41247 de filles en 2015 contre 422 mariages pour les garçons.

qui nuit clairement à l'intérêt supérieur de l'enfant qui réside à lui garantir une protection physique, psychologique ainsi qu'un droit à l'éducation.

**722.** Dans le même ordre d'idées, il semble difficile d'évoquer le caractère dérogatoire et exceptionnel des autorisations accordées par les juges en la matière. Puisque ça ne représente pas l'exception, les chiffres des mariages de mineurs est en hausse depuis l'adoption du code de la famille marocain. Une hausse qui concerne spécialement les filles, et ce pour de multiples raisons purement culturelles, sociales ou économiques; la pratique démontre que la hausse de ces mariages est flagrante, elle est passée de 7% en 2004 à près de 12% en 2013. D'ailleurs, le nombre de demandes formulées pour des filles en 2011 était de 46 927 demandes, un chiffre qui cache une des réalités amères de la pratique des mariages forcés, cette dernière faisant en effet, partie des lacunes dont ni le texte ni la pratique judiciaire n'a réussi à limiter au Maroc. En effet, le nombre des mariages de filles mineures a connu une croissance spectaculaire qui peut être présentée dans le tableau suivant<sup>645</sup> :

Année	Le nombre d'actes de mariage conclus des enfants en dessous de l'âge de 18 ans.	Le pourcentage de variation.	L'ensemble des actes de mariage conclus.	Le pourcentage des actes de mariage des mineurs du nombre des actes de mariage conclus dans l'ensemble.
2004	18341		263574	7,75%
2005	21660	18%	244795	8,84%
2006	26520	22%	272989	9,71%
2007	29847	13%	297660	10,02%
2008	30685	3%	307575	9,97%
2009	33253	8%	314400	10,58%
2010	34777	5%	313356	11,10%
2011	39031	12%	325415	11,99%
2012	34166	12,46%	311581	10,97%
2013	35152	2,85%	306533	11,47%

**723.** L'analyse de ces chiffres permet d'instaurer une vision globale de la progression spectaculaire des mariages de mineurs par rapport au nombre des mariages conclus. Puisque le nombre est passé de 18341 en 2004 à 35152 en 2013 témoignant même d'un chiffre élevé comparant le nombre de mariages conclus globalement et ceux des mineurs. Une situation qui reflète également la réalité du nombre des demandes faites auprès du

<sup>645</sup> Les statistiques fournies par le ministère de la justice sur l'application du code de la famille marocain, Mai 2014.

juge concernant les mariages des mineurs et les disparités entre leurs autorisations et refus. En effet, les statistiques démontrent également l'augmentation titanesque des autorisations de mariage, qui augmente pour un nombre de demandes de 3012, 26919 autorisations ont été accordées en 2006 soit 88,81% à 35479 pour un nombre de demandes de 41669 en 2015 soit 85,14%. Pour un nombre réduit de refus qui passe de 3064 en 2006 soit 10,11% à 6190 en 2015 soit 14,86%.

**724.** Ces chiffres affirment clairement que la pratique judiciaire est loin de faire du mariage du mineur une exception et que les failles juridiques et les ambiguïtés qui entourent les articles 19, 20 et 21 participent entièrement à la progression phénoménale des mariages des enfants, avec une prédominance du mariage de la fille mineure. Ainsi, il devient question de s'interroger sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, de son intégration dans le texte et de sa concrétisation par le juge, cette dernière doit en effet être réglée dans le sens de garantir la prise en considération de l'intérêt de l'enfant comme une priorité primordiale.

De plus, la question du mariage des mineurs expose l'une des problématiques majeures du système juridique marocain qui se voit devant l'obligation de trouver l'équilibre entre les textes réformés et la pratique judiciaire. Il doit également répondre à l'esprit d'évolution d'abord des textes mais également de la société, permettant ainsi une évolution jurisprudentielle en matière de prise en considération de l'intérêt de l'enfant telle qu'elle a été adoptée par le juge français, imposant ainsi une applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE.



## **Chapitre second : L'évolution de la jurisprudence en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**725.** La Convention internationale des droits de l'enfant représente le texte le plus ratifié de toute l'histoire des instruments internationaux. Son intégration dans les lois internes a fait l'objet d'un long processus d'évolution depuis son adoption. Ainsi, son applicabilité directe renvoie encore aujourd'hui à la difficulté de certains Etats parties d'appliquer et de mettre en place une hiérarchisation entre la norme interne et la norme internationale. En effet, ce que nous appelons hiérarchisation enferme un débat persistant opposant deux systèmes, le dualisme et le monisme en droit international. Le premier tend à affirmer que la norme internationale n'acquière aucune force juridique tant qu'elle n'est pas transposée en droit interne, contrairement au deuxième système qui affirme la supériorité de la norme internationale.

**726.** La question de l'applicabilité directe des dispositions du texte international engendre un nombre de questions encore d'actualité dans quelques systèmes juridiques, notamment celle de connaître la place accordée à la norme internationale dans chaque système juridique, si elle obtient une validité directe au sein de ce système ou s'il est d'abord indispensable de l'intégrer dans la norme interne. Puis si la réglementation interne permet la supériorité de la norme internationale sur la norme interne. Enfin si la CIDE peut être d'une applicabilité directe par le juge et si elle peut être évoquée comme référence directe. La réponse à ces questionnements permettra d'apporter un éclaircissement d'abord sur la différente réception de la CIDE par les Etats à l'instar des deux systèmes français et marocain, puis sur l'application directe du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et à quel point le juge peut se référer à cette application directe afin d'apporter une protection spécifique à l'enfant, ce qui permet de connaître les limites du juge à cette application directe.

**727.** La réception de la CIDE par la France et le Maroc ne répond pas aux mêmes facteurs permettant cette réception directe. En effet, si pour le système juridique français la question de la réception directe par le juge de la norme internationale représente aujourd'hui une évidence et fait l'objet d'une réglementation évolutive avantageuse permettant la mise en place des conditions nécessaires afin de permettre d'abord à toute norme internationale et spécifiquement à celle de la CIDE d'être d'applicabilité directe par le juge. Le système juridique marocain est resté longtemps réticent à l'égard de la hiérarchisation d'application entre la norme internationale et celle interne.

Ce vide juridique quant à cette application engendre des contradictions entre les engagements du pays et ses efforts menés dans le sens d'établir et de concrétiser les principes fondamentaux des droits de l'enfant à travers les réformes et les projets menés dans cet objectif et entre le silence et les ambiguïtés qui demeurent une limite à l'applicabilité directe par le juge marocain.

**728.** Toutefois, il importe de préciser que l'applicabilité directe de la CIDE n'a pas été systématique en France. Ainsi, l'évolution de la jurisprudence en la matière n'a pas reconnu l'applicabilité directe de l'ensemble du texte. Elle se limite principalement à l'article 3-1 relatif et l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'article 12-2 relatif au droit de l'enfant d'être auditionner. De cela se pose la question de savoir si l'évolution jurisprudentielle permettra une vision future qui vise l'applicabilité directe de l'ensemble du texte international par le juge ? De même, pour le Maroc où la question demeure sous le silence, il semble éminent de savoir pourquoi le recours à la norme internationale telle que la CIDE est inexistant et s'il est possible pour ce dernier de recourir à cette norme et quelles seront ses limites ?

## **Section 1 : L'applicabilité directe de la convention internationale des droits de l'enfant par le juge.**

729. L'application de la norme internationale au sein d'un pays d'une manière générale, ne répond pas aux mêmes critères d'applicabilité. En effet, elle est conditionnée par la réunion d'un nombre de conditions qui permettent une mise en œuvre directe par le juge. Les deux systèmes juridiques que nous étudions reflètent bien la divergence de la prise en considération de la norme internationale, et de l'applicabilité de ses dispositions. Ainsi, en France cette applicabilité est soumise à deux conditions principales qui sont : d'abord le fait qu'elle fasse l'objet d'une applicabilité immédiate de la norme internationale puisqu'elle ne nécessite pas l'existence d'une norme interne qui conditionne cette applicabilité. Puis, pour que la norme soit d'applicabilité directe elle doit avoir l'obligation de permettre la création des droits subjectifs réclamés par des particuliers. La réunion de ces deux conditions permet une effectivité directe des dispositions des conventions internationales par toutes les juridictions internes en France<sup>646</sup>.

730. Quant au système juridique marocain, la question est loin d'être aussi claire et explicitement réglementée. En effet, le droit marocain interne ne met en place aucun texte juridique qui permet de définir les conditions de l'applicabilité de la norme internationale, mise à part l'unique référence de la dernière constitution de 2011 qui a affirmé la supériorité de la norme internationale des traités signés et ratifiés par l'Etat à la norme interne. Cependant, cette référence connaît une grande limite à cause de son ambiguïté par rapport à la norme interne en matière d'applicabilité par le juge (Paragraphe 1). Ainsi, les limites de l'application de la norme internationale s'appliquent systématiquement sur la CIDE qui se retrouve limitée par une réglementation interne et par une application stricte de la norme interne par le juge lorsqu'il est question d'intégrer les dispositions de la CIDE. De plus, l'inapplicabilité directe de la norme internationale et l'ambiguïté qui l'entoure en droit marocain engendre clairement la mauvaise réception du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant de l'enfant par le juge ainsi qu'une réception très limitée d'un principe défendu par l'esprit du texte du code de la famille qui a fait de la défense et la protection de l'intérêt de l'enfant une priorité primordiale (Paragraphe 2).

---

<sup>646</sup> Raphael ENCINAS DE MUNAGORRI, Qu'est-ce qu'un texte directement applicable, RTD Civ., 2005, p. 556.

## **Paragraphe 1 : Une applicabilité limitée entre lois et jurisprudences.**

**731.** L'applicabilité de la CIDE est soumise comme toute autre convention internationale aux normes d'applicabilités qui régissent la norme internationale d'une manière générale. Son applicabilité directe ne doit pas nécessiter l'intégration d'une mesure interne d'exécution, ce qui lui accorde une applicabilité immédiate, puis elle doit créer des droits subjectifs invocables par le particulier ce qui lui accorde un effet direct<sup>647</sup>. Or, une des questions principales qui nécessite d'être traitée est celle de connaître la relation et les limites de l'exécution entre la norme interne et celle internationale.

En effet, comme nous l'avons déjà précisé dans la première partie, la supériorité de la norme internationale sur la loi interne en France ne s'est affirmée pour la première fois qu'à travers l'article 55 de la Constitution de 1958 ; ainsi l'adoption de cette disposition a permis une applicabilité directe de la norme lorsqu'elle remplit les trois conditions principales à cette applicabilité notamment : la ratification, la publication et la réciprocité, qui signifie que la norme internationale ne peut être invoquée par un particulier devant une juridiction interne à l'encontre d'une disposition interne qu'à l'encontre d'un acte commis par un autre particulier<sup>648</sup>.

**732.** Toutefois, l'histoire de l'applicabilité directe de la norme internationale par le juge français peut être considérée de récente puisque ce n'est qu'en 2012 que la jurisprudence a connu un revirement et une avancée jurisprudentielle qui a permis de combler le vide d'une absence de définition explicite dans la jurisprudence en matière d'applicabilité directe de la notion internationale, d'où certains arrêts ont attaché une certaine importance à la règle interne en écartant des dispositions internationales où figuraient des termes qui n'étaient pas considérés comme obligatoire pour les Etats tels que 'les Etats veillent ou encore les Etats s'engagent'<sup>649</sup>.

En outre, à partir de 2012 la jurisprudence va permettre un assouplissement de la règle d'applicabilité et de la réception directe de la norme internationale. En effet, l'arrêt d'assemblée du 11 avril 2012 complétait la jurisprudence GISTI, qui a permis d'une part d'assouplir les conditions d'applicabilité et de permettre une meilleure prise en compte directe de la convention et d'autre part, cet assouplissement a également permis d'affirmer l'applicabilité directe du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui a été reconnu par l'arrêt du 18 mai 2005.

---

<sup>647</sup> Bérangère TAXIL, Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France, R.I.D.C, 1-2007, p. 157 et s.

<sup>648</sup> Berthold GOLDMAN, Réflexion sur la réciprocité en droit international, Travaux du comité français de droit international privé, 23-2<sup>ème</sup> année, 1962-1964, p. 61 et s.

<sup>649</sup> Yan AGUILA, L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse, AJDA 2012, p. 729, *in* Hanane EL QOTNI, Les droits de l'enfant : étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman, thèse, Lyon, 2013, p. 216.

733. Cette position du droit français qui semble être explicite, ne s'applique pas en droit marocain où le débat n'a pas été tranché quant à la question de l'intégration de la norme internationale en droit interne ni la méthode d'applicabilité de cette norme par le juge. En outre, la constitution marocaine de 2011 demeure ambiguë sur la possibilité d'une prise en considération de la norme internationale malgré la référence explicite du discours royal et du texte constitutionnel de 2011, ainsi qu'une intégration indirecte dans le code de la famille d'un nombre de principes tirés des conventions internationales. Il semble important de savoir à quelle limite le juge peut se référer aux instruments internationaux afin de comprendre si cette référence a permis depuis l'adoption de la constitution et du code de la famille, une évolution jurisprudentielle en matière de l'applicabilité directe de la norme internationale notamment la CIDE et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge, et à quel point le juge fait de la norme internationale une référence supérieure à celle internationale en matière familiale qui demeure un champ juridique marqué de traditionalisme.

*A – Une évolution jurisprudentielle incontestable en droit français.*

734. L'applicabilité de la norme internationale en droit français s'est concrétisée d'une manière progressive. En effet, avant de reconnaître à cette norme un effet direct par les juridictions, son applicabilité exigeait le respect d'un nombre de critères par rapport à la norme qui devait être de nature complète et précise en vérifiant le respect de la bonne interprétation de cette norme par le juge administratif<sup>650</sup>. Ainsi, l'applicabilité de cette norme par les individus ne semblait pas être possible puisqu'elle ne répondait pas à une précision stricte qui permettait cette prise en considération. L'inapplicabilité de cette norme a souvent fait l'objet d'une justification basée sur l'imprécision ou le caractère général et incomplet de la majorité des dispositions des textes internationaux, ce qui suppose l'intervention d'une législation nationale dans l'objectif d'interpréter et de vérifier une possible applicabilité<sup>651</sup>.

735. Cette position a connu une importante évolution après l'arrêt d'assemblée du 11 avril 2012 complétant la jurisprudence GISTI<sup>652</sup>. Désormais la rigidité de cette règle et de ces critères d'applicabilité sont dépassés par le conseil d'Etat qui n'accorde plus la priorité au critère des conditions principales qui constituaient le fondement de l'applicabilité de la norme internationale. En effet, en ce qui concerne le caractère 'complet' de la norme internationale afin de reconnaître une applicabilité directe c'est plutôt à l'ensemble de la situation et de sa condition concrète que le juge doit se référer afin que son choix soit fait pour une disposition de convention internationale.

736. Ainsi, c'est le juge qui détient le pouvoir pour déterminer une possible applicabilité de la norme internationale ainsi que d'un pouvoir d'interprétation sélective de chaque disposition, le juge est donc appelé « *en présence d'un traité international, à procéder à l'analyse de chaque disposition invoquée devant lui afin de rechercher si elle pose une*

---

<sup>650</sup> La méthode d'interprétation adoptée par la France se réfère à la Convention de Vienne de 1969 qui régit les droits des traités.

<sup>651</sup> Les Conclusions de Ronny ABRAHAM, sous CE 22 septembre 1997, Mlle Cinar, RFDA, 1983-3, p. 563.

<sup>652</sup> CE, arrêt GISTI du 29 juin 1990, concl. R. ABRAHAM, AJDA 1990, pp. 621-629.

*règle précise et inconditionnelle pour être susceptible de produire un effet direct* »<sup>653</sup>. Puis en ce qui concerne la précision de la norme, la jurisprudence a également marqué une avancée en considérant que les termes utilisés tels que ‘les Etats parties ou les Etats s’engagent’ ne suppriment en rien le caractère d’une possible applicabilité directe de la disposition, malgré que le caractère inconditionnel et impératif de la norme demeure le critère principal d’une applicabilité de toute norme juridique. L’évolution jurisprudentielle avec le revirement de l’arrêt GISTI a en effet, permis au conseil d’Etat de disposer d’une appréciation à l’égard d’une applicabilité directe « *eu égard à l’intention exprimée par les parties et à l’économie générale du traité invoqué ainsi qu’à son contenu et à ses termes* ». Ainsi, il semble évident qu’une application directe est possible sans pour autant écarter d’une manière catégorique la prise en compte du critère du terme et du contenu. La jurisprudence s’est adaptée aux critères de la norme internationale qui ne présentait que rarement les trois critères recherchés par le juge français pour une applicabilité directe notamment qu’elle soit complète, précise et inconditionnelle.

**737.** L’assouplissement des règles qui permettent une applicabilité directe des normes internationales, s’est également traduite à l’égard de la CIDE qui a connu une applicabilité directe très tardivement. En effet, le juge de cassation s’est toujours basé sur le texte lui-même de la CIDE afin d’éviter une applicabilité directe, en se basant sur les termes utilisés dans l’élaboration du texte qui consacre uniquement un engagement des Etats sans l’institution de droits subjectifs précis qui permettent une invocation directe avant même les juridictions nationales<sup>654</sup>.

**738.** La CIDE a permis à travers les termes utilisés dans l’élaboration de son texte à une applicabilité directe considérée de tardive ; ce n’est qu’à partir de 2005 que la première chambre civile a reconnu une applicabilité directe des articles 3-1 relatif à la prise en considération de l’intérêt supérieur de l’enfant dans toutes les décisions qui le concerne, l’article 7-1 relatif au droit de l’enfant de connaître ses parents l’article 9 sur le droit de l’enfant de maintenir des relations avec ses deux parents et enfin l’article 12-2 relatif à l’audition de l’enfant. Ainsi, depuis le revirement de la décision du 18 mai 2005, l’invocation de la CIDE devant la cour de cassation est assez courante ; toutefois, elle est incomplète et limitée à quelques articles.

Une situation qui rend cette prise en considération très critiquée par la doctrine suite à cette applicabilité partielle. Cependant, cette impartialité est due à la méthode adoptée par le juge qui procède à un examen précis de chacune des dispositions du texte, jugeant d’applicabilité directe toute disposition visant directement l’enfant, claire et précise, des conditions qui sont relatives principalement aux dispositions comportant des termes et des notions évidentes telles que ‘l’enfant a droit à’ ou encore ‘toute personne a droit à qui sont supposés être d’une applicabilité directe.

---

<sup>653</sup> Cassation civil 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2005, Washington, JCP, 2005, II, 10115, p. 1576, conclusion, Cécile PETIT et note Cyril CHABRET, *in* Hanane EL QOTNI, thèse, *op. cit.*, p. 218.

<sup>654</sup> Bénédicte VASSALLO, La convention des droits de l’enfant à la cour de cassation, *Journal du droit des jeunes* 2010/6 n° 296, pp. 25-26.

Cette méthode est défendue par un nombre d'auteurs tels que Madame Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ qui considère cette position de vigilante et de raisonnable puisque certaines dispositions peuvent être ambiguës, indéfinies, à caractère général ou encore de peu sanctionnable notamment l'article 31 de la CIDE<sup>655</sup>.

**739.** Depuis le revirement du 18 mai 2005, la cour de cassation a affirmé à travers de nombreuses décisions une applicabilité directe de la CIDE. Par ailleurs l'analyse de la majorité de ces décisions affirme l'applicabilité partielle et la référence limitée aux articles précités. Dans un premier temps, il y a l'applicabilité de l'article 3-1 et de la prise en considération de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, la concrétisation de cette applicabilité est considérée comme une référence systématique du juge à l'article 3-1. Par ailleurs, il existe deux sortes de référence à ce principe. D'abord d'une manière indirecte où le juge ne met pas en référence la CIDE malgré que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération tel que le démontre une étude menée par Madame Bénédicte VASSALLO sur une cinquantaine de décisions rendues par la Cour de cassation depuis le revirement de 2005, l'invocation de l'applicabilité directe de la CIDE semble être habituelle mais sans qu'elle soit explicite.

En effet, le même auteur précise à travers son étude que la référence aux principes de la CIDE n'est pas une exception mais la référence des juges demeure une référence plus fidèle aux principes déjà préexistants dans le Code civil sans accorder une référence systématique à la CIDE dans toutes les affaires où un de ses principes est invoqué. A titre d'exemple, pour une référence au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, la deuxième chambre civile a statué dans un arrêt du 11 juin 2009<sup>656</sup>. Dans une affaire relative aux prestations sociales, où il s'agissait de l'octroi d'une prestation d'accueil jeune enfant (PAJE), d'où la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant recommandé le versement de la prestation mis à part la condition légale du droit interne La réalité est que la deuxième chambre n'a pas retenu la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour faire échec aux dispositions nationales. Ou encore dans une autre affaire relative au versement de prestations familiales, où la deuxième chambre a fondé son jugement sur les articles L.512-1 et L512-2 du Code de la sécurité sociale alors qu'elle pouvait fonder ce même jugement sur la base des articles 24-1 et 26 de la CIDE qui reconnaissent à chaque enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale y compris les assurances sociales<sup>657</sup>.

**740.** De même, pour l'applicabilité de l'article 3-1 en matière d'autorité parentale où dans un arrêt du 16 avril 2008<sup>658</sup>, la première chambre a rejeté un pourvoi formé par la sœur d'une mère décédée dont la compagne du père qui obtenait l'autorité parentale avait sollicité et obtenu une délégation partielle de l'autorité parentale, la cour a seulement motivé sa décision par une simple référence à l'intérêt de l'enfant sans pour autant se référer précisément à l'article 3-1 de la CIDE qui représente un moyen.

---

<sup>655</sup> Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, La convention internationale des droits de l'enfant : quelles répercussions en droit français ?, CRDF, n° 5, 2006, p. 41.

<sup>656</sup> N° de pourvoi : 08-15571 ; Bull. 2009, II, n° 158, reproduit p. 54, in Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *ibid.*

<sup>657</sup> *Ibid.*

<sup>658</sup> Cass. civ. 1ère, 16 avril 2008, n° 07-11273. Cité par : Bénédicte VASSALLO, « La convention des droits de l'enfant à la cour de cassation, in Vingt ans d'application de la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant », Colloque de l'association Louis Chatin, 20 novembre 2009, p. 25.

Dans la même année, un autre arrêt du 16 avril 2008, s'agissant de la modification d'un droit de visite et d'hébergement où la mère expatriée avec ses enfants aux Emirats arabes unis en limitant le droit de visite du père, la cour de cassation a en effet motivé sa décision de garder les enfants auprès de leur maman en utilisant le terme « *que l'intérêt des enfants était de maintenir leur résidence auprès de la mère* » sans aucune référence claire à la CIDE et à la disposition de l'article 3-1. Selon Madame VASSALO « *la cour s'est contentée d'une motivation où la référence explicite à l'intérêt de l'enfant faisait défaut, c'est le sens de la formule 'a fait ressortir' qui témoigne d'une motivation suffisante mais qui ne vise pas expressément la notion d'intérêt de l'enfant* »<sup>659</sup>.

**741.** D'autres situations semblent être plus embarrassantes, notamment lorsqu'il s'agit d'un refus d'applicabilité du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par la Cour de cassation en raison d'un refus d'écartement d'une disposition législative au nom de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, dans deux arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2011 relatifs aux prestations familiales aux bénéficiaires d'enfants étrangers. Les deux arrêts ont affirmé la supériorité de la norme interne en invoquant l'article L.512-2 du Code de la sécurité sociale, issu de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006, considérant que l'octroi de prestations familiales à un enfant étranger à son entrée sur le territoire dans le cadre d'une procédure de regroupement familial devait être conforme au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision qui reflète une limite avérée en matière d'applicabilité, puisque même les rapports rendus par le comité des droits de l'enfant en 2004 et 2009 à l'égard de la France, recommande à ce dernier de ne pas subordonner l'octroi des allocations familiales aux modalités de l'entrée de l'enfant sur le territoire français, une décision considérée discriminatoire à l'égard de ces enfants.

**742.** Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a également fait l'objet d'une limite explicite à son invocation créant débat sur la question relative au statut juridique des enfants nés légalement à l'étranger de mère porteuse. La Cour de cassation a en effet rendu plusieurs arrêts du 6 avril 2011, elle a affirmé son refus à toute transcription d'acte de naissance de ces enfants sur le registre d'état civil, considérant cette décision de non-contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant conformément à la loi nationale. Un autre arrêt du 4 mai 2011 a considéré tout l'inverse et que le refus d'octroi d'un visa aux enfants nés par le biais d'une mère porteuse et d'un père français représente une atteinte au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, la Cour de cassation est allée encore plus loin en considérant dans un arrêt du 13 septembre 2013 que ce refus représente même une atteinte d'abord à l'article 3-1 de la CIDE ainsi qu'une atteinte à l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme qui vise la protection de la vie privée et la vie familiale.

---

<sup>659</sup> Bénédicte VASSALLO, *id, ibid.*, p. 27.

743. Dans le même ordre d'idée, Madame GOUTTENOIRE considère que « *pour faire respecter l'exigence de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, la cour de cassation n'a pas hésité à procéder, entre 2005 et 2009, à des cassations disciplinaires, pour défaut de base légale, lorsque la décision du juge du fond, aussi opportune soit-elle n'était pas fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant, dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale. A partir de 2009, sans doute parce que les juges du fond semblent avoir intégré la nécessité de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant de manière systématique, la cour de cassation procédant à un contrôle moins formel, admet que les magistrats caractérisent l'intérêt supérieur de l'enfant sans se référer expressément à cette notion* »<sup>660</sup>. En outre, l'invocation d'une applicabilité directe de l'article 3-1 concerne d'autres questions que celles de l'autorité parentale, puisqu'il est invoqué en matière d'audition d'enfants qui est basée également sur l'arrêt du 18 mai 2005 en se référant au droit de l'enfant capable de discernement, d'être entendu ou encore en matière de filiation où il est invoqué pour faire barrière à des dispositions internes contraires au principe de cette protection en matière d'adoption.

Cependant, lorsque la cour de cassation est sollicitée pour l'applicabilité de cet article en matière d'adoption d'un enfant venant d'un pays qui interdit l'adoption comme le dispose l'article 370-3 alinéa 2 du code civil, la cour de cassation a fait le choix de garantir la primauté de la supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant et de sa prise en considération notamment par l'arrêt du 25 février 2009, où la cour affirme qu'une kafala d'un enfant venant d'un pays qui prohibe l'adoption en l'occurrence l'Algérie, préserve « au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de l'enfant », la cour a fondé sa décision sur l'article 20 alinéa 2 de la CIDE qui mentionne et considère la Kafala, comme une forme de protection des enfants et de leur milieu familial.

744. Un autre article de la CIDE est également connu d'applicabilité directe, notamment l'article 7-1 de la convention qui accorde à l'enfant le droit de connaître ses parents et qui se pose en France principalement dans le cadre d'accouchement anonyme, un droit préservé par l'article 326 du Code civil. L'article 7-1 a été retenu par la première chambre de la cour qui a reconnu son effet direct dans l'affaire très médiatisée dite « l'affaire Benjamin »<sup>661</sup> où la cour a jugé que « *vu l'article 7-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, l'ensemble les articles 335, 336, 341, 348-1 et 352 du code civil ; Attendu que, selon le premier de ces textes, applicable directement devant les tribunaux français, l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ; qu'il résulte des autres dispositions visées que la reconnaissance d'un enfant naturel prend effet à la date de naissance de l'enfant dès lors qu'il a été identifié, que la filiation est divisible et que le consentement à l'adoption est donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie ...* ».

---

<sup>660</sup> Adeline GOUTTENOIRE, Les droits de l'enfant, R.I.D.C. 2-2014, p. 569

<sup>661</sup> Cass. civ. 1.7 avril 2006, n° 05-11285 et 05-11286, Bull., 2006, I, n° 195.P.171 ; reproduit dans JDJ n° 256, Juin 2006, p. 48.

Il est toutefois important de noter que ce droit peut faire une affaire d'exception, ainsi a été le cas dans un arrêt du 8 juillet 2009, la cour n'a pas retenu l'invocation de l'article 7-1 de la CIDE dans une affaire relative à une volonté d'adoption par des grands-parents maternels qui ont découvert que leur fille a donné naissance sous-anonymat et qu'ils supposent qu'il s'agit de leur petit-fils ; la cour a donc jugé cette volonté d'adoption d'irrecevable faute de qualité puisque le lien de filiation entre leur fille décédée et l'enfant n'est pas établie.

**745.** Quant à l'article 9 de la CIDE, qui accorde à l'enfant le droit d'entretenir des relations avec ses deux parents, une disposition qui ne pose pas de problématiques puisqu'en droit français, ce que la CIDE considère comme un droit de l'enfant, le législateur français lui le traduit par une obligation des parents de maintenir des relations avec l'enfant à travers le droit de visite et d'hébergement pour le parent qui ne vit pas avec l'enfant, un droit accordé à ce parent qui ne peut être refusé que pour motif grave. Le maintien de ce lien est en effet, une des tâches obligatoires du JAF qui est tenu de prendre toutes les mesures afin de protéger l'intérêt de l'enfant dans le maintien des liens avec ses deux parents. Ainsi, l'intégration de ce principe dans le code civil limite le recours à cet article devant les juridictions, puisque le législateur œuvre également à travers les réformes menées et les mesures adoptées notamment par la loi du 4 mars 2002 qui oblige le parent de prévenir de tout déménagement dès que ça peut porter atteinte à la relation entre l'enfant et le parent ou encore l'interdiction du juge de la sortie de l'enfant du territoire sans l'autorisation des deux parents<sup>662</sup>.

**746.** L'étude de l'applicabilité directe de la CIDE, de son évolution et de l'alignement de la jurisprudence au texte a été saluée par la majorité de la doctrine et par le comité des droits de l'enfant. En revanche sa limitation à ces quatre articles met encore aujourd'hui la France face à un nombre de critiques du comité. En effet, dans son dernier rapport des observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France de 2016, le comité souligne avec préoccupation « *que seul un nombre très limité de dispositions de la convention sont reconnues comme étant directement applicable et que les principes et droits qui y sont consacrés ne sont pas dument dans la législation nationale* » et recommande à nouveau à l'Etat (suite au dernier rapport de 2009<sup>663</sup>) de veiller à ce que toutes les dispositions de la convention soient applicables sur l'ensemble de son territoire et à ce que celles-ci puissent être invoquées par les particuliers devant les juridictions internes de tous les niveaux<sup>664</sup>.

**747.** Ceci dit, l'applicabilité partielle de la CIDE n'est pas en mesure de résister à une applicabilité intégrale de l'ensemble des dispositions, compte tenu de l'évolution du droit interne et de l'assouplissement des conditions d'applicabilité de la norme internationale et de l'évolution jurisprudentielle dans le sens d'une intégration progressive des normes de la CIDE qui en principe ne peuvent pas être prises en considération séparément.

---

<sup>662</sup> Pierre MURAT, Droit de la famille, Dalloz action, 2014-2015, n° 234.72.

<sup>663</sup> Voir CRC/C/FRA/CO/4 et Corr.1, par. 11.

<sup>664</sup> Rapport, CRC/C/FRA/CO/5, p. 2.

Une évolution qui permettra la stabilité de la jurisprudence dans l'objectif de permettre une meilleure application et intégration des dispositions de la convention<sup>665</sup>.

L'évolution progressive de la jurisprudence en matière d'applicabilité directe de la CIDE ainsi que l'invocation de certaines dispositions du texte ont permis une adaptation et une évolution aux droits de l'enfant et à la prise en considération de son intérêt supérieur. Tel n'a pas été le choix de tous les Etats parties de la CIDE. Comme par exemple le Maroc qui malgré le fait qu'il se soit engagé à l'égard de ce texte, les efforts fournis dans ce sens semblent minimes voire inexistants, ce qui remet en question dans certaines situations son engagement à cet égard.

### ***B – Inexistence d'une applicabilité directe de la CIDE en droit marocain.***

**748.** Le Maroc fait partie des Etats qui ont marqué une grande évolution en matière d'adhésion aux conventions internationales dans l'objectif d'affirmer leur volonté de modernisation. En effet, la CIDE fait partie des textes internationaux qui ont été ratifiés depuis 1993; une adhésion comme nous l'avons déjà présentée a permis une évolution certes jugée de timide durant les années quatre-vingt-dix, mais qui a entrepris une intégration et une concrétisation progressive des droits de l'enfant durant les dernières années suite à l'engagement du pays dans un projet de démocratisation et de modernisation de tout son système relatif aux droits de l'Homme.

**749.** Cependant, dans le système juridique marocain, la ratification d'une convention internationale ne semble pas répondre à une applicabilité systématique que ce soit à travers l'intégration de ses dispositions en droit interne ou encore par une applicabilité directe par le juge. En effet, la question de l'applicabilité des conventions internationales en l'occurrence celle relative aux droits de l'enfant a toujours suscité un problème majeur relatif d'abord à la ratification qui est soumise à une réglementation assez complexe puis à la valeur de la norme internationale et enfin à la valeur de son applicabilité directe dans le système juridique marocain, où les contradictions de ses dispositions au droit interne surgissent.

**750.** Comme nous l'avons déjà présenté dans une première partie, la question de l'applicabilité de la norme internationale en droit marocain fait face à un nombre de difficultés dont une qui demeure majeure et d'ampleur, qui est celle du système politique. En effet, ce dernier est doté encore aujourd'hui et malgré la dernière réforme de la constitution en 2011, d'un système spécifique et jugé de traditionnel qui rend difficile l'engagement du pays à l'égard des textes internationaux. Ce système assez traditionnel conserve la compétence exclusive du roi relative à la ratification de toutes les conventions internationales. Toutefois, cette problématique du système politique traditionnel ne représente pas le seul obstacle à l'applicabilité des conventions internationales puisque le législateur n'a pas hésité dans le cadre de la modernisation à rendre plus fluide les règles de ces engagements internationaux à travers les réformes menées en intégrant des dispositions relatives aux droits de l'Homme en général et ceux de l'enfant en particulier

---

<sup>665</sup> Françoise DENEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 41.

puis à adapter l'ensemble des lois à la vision royale qui peut être considérée comme assez moderniste et qui vise à garantir l'intégration d'un nombre de principes internationaux même dans le texte constitutionnel.

**751.** Par ailleurs, nombreux sont les militants et les auteurs marocains tels que Madame MERNISSI, qui déplorent les conditions de l'applicabilité des dispositions de la CIDE en droit marocain en soulignant les conséquences du choix fait par le Maroc concernant la méthode d'intégration des dispositions du texte et qui consiste à adapter les lois internes au texte international et qu'aucune disposition ne peut être retenue par un juge tant qu'elle n'a pas été transposée dans la loi interne. Ce choix a été explicitement mentionné dans le préambule du Code de la famille qui mentionne que « le code de la famille doit préserver les droits de l'enfant en insérant les dispositions pertinentes des conventions internationales ratifiées par le Maroc », ou encore lorsqu'il fait référence à quelques principes du texte international notamment celui de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de garde et de Kafala. Ainsi, il semble évident que la référence du législateur à la CIDE est elle-même problématique puisqu'elle permet une applicabilité sélective dans l'ensemble des dispositions du texte et n'accorde pas au juge et aux praticiens de la protection des droits de l'enfant de disposer de la liberté d'applicabilité puisqu'ils demeurent emprisonnés de la loi interne qui est souvent fidèle au traditionalisme dans de nombreuses questions.

**752.** En effet, la dualité du système marocain en la matière pose la grande problématique relative aux lacunes persistantes en matière d'applicabilité directe des dispositions du texte international ce qui affirme l'emprunt d'un choix assez traditionnel qui consiste à « *privilégier... les lois d'application plutôt que de miser sur l'applicabilité directe du traité, quitte à transformer le contenu* ». C'est dans ce sens, que le juge marocain se trouve limité par le choix adopté du législateur, qui influence d'autres facteurs qui participent également à la difficulté de cette applicabilité directe par le juge.

Ce dernier se trouve souvent confronté dans un premier temps à la souveraineté de l'Etat, à sa ligne politique adoptée en matière des droits de l'Homme et au degré de son intégration des principes internationaux et aux réformes menées qui permettent de faciliter cette intégration. Dans un second temps, il y a des facteurs relatifs aux juges eux-mêmes qui se limitent souvent à des courants traditionalistes ce qui rend évident une autolimitation de ces derniers, une situation qui s'explique par l'insuffisance et la rareté de la référence aux textes internationaux notamment ceux relatifs aux droits de l'Homme dont la CIDE, puisque la référence à ces derniers n'est pas une pratique courante chez les juges marocains ce qui rend cette applicabilité comme un acte individuel courageux de la part d'un juge. Un autre élément principal dans cette limitation figure dans les limites de la formation des juges favorisant souvent la loi interne et négligeant de souligner et d'encourager l'applicabilité des textes internationaux, d'où le résultat d'une applicabilité très timide de la CIDE par les juges. En effet, la formation des juges est souvent vidée de l'importance des dispositions de la CIDE et des priorités dans la pratique.

L'absence est souvent constatée chez les requérants suite au manque de sensibilisation sur les droits de l'enfant et l'importance de leur protection, chose qui rend l'applicabilité directe du texte peu courante. D'ailleurs, une grande partie des associations militantes pour les droits de l'enfant, dont l'association de BAYTI, affirme le besoin d'instauration d'une formation approfondie pour les magistrats afin que leurs jugements soient conformes à l'esprit du texte international et permettre une coupure avec les jugements fidèles à l'esprit et aux principes de l'ancien statut personnel ne permettant pas de répondre aux exigences internationales. Un autre élément, figurant toujours parmi les raisons de cette limitation, est la crainte des juges d'empiéter sur les visions politiques et doctrinales, visant à régler les conventions internationales qui peuvent faire l'objet d'une applicabilité directe ou non, afin de ne pas réfuter les réformes du législateur visant les lois internes et les principes qu'il préserve tels que la religion de l'Etat ou ceux relatifs aux principes religieux ou moraux.

**753.** Dans ce sens il semble évident que l'ensemble des éléments précités affirment la complexité d'une applicabilité directe de la CIDE malgré sa ratification et sa publication dans le bulletin officiel. Ceci rend l'applicabilité directe du texte par le juge interne ou de faire l'objet d'une invocation de la part des requérants. Cette obscurité, régnant en matière d'applicabilité des textes internationaux malgré qu'ils soient publiés dans le bulletin officiel, affecte clairement la pratique en la matière et rend très timide le recours à une applicabilité directe du texte international par les juges.

**754.** Nonobstant ces éléments qui représentent clairement des limites à une applicabilité directe, il est également important de souligner le fait qu'elle dissimule également une seconde problématique consistant à préciser le rôle du juge dans l'applicabilité de la norme internationale, à savoir si à travers son rôle, qui peut être primaire ou complémentaire, il doit définir les effets de ce droit et de cette règle. Cet élément renvoie à la place primordiale du juge dans l'application de cette norme puisqu'elle demeure prisonnière de la pratique du juge et des requérants et non seulement de la réglementation imposée par le législateur. L'absence de cette applicabilité doit amener le juge marocain et l'ensemble des praticiens à s'inspirer des autres expériences similaires notamment celle de la France qui a simplifié le recours aux normes internationales et leur application par le juge interne et ceci en introduisant progressivement l'applicabilité directe des dispositions de la CIDE et en limitant l'obscurité des effets des jugements fondés sur les quelques principes de la CIDE introduits dans le droit interne. Arrivé à cette phase, le juge sera amené à une application beaucoup plus simple de la CIDE et de ses principes, en appliquant les règles internationales d'interprétations issues de la Convention de Vienne de 1969. Une application qui répondra d'abord à l'esprit du texte non limité par la sélection des dispositions par le droit interne et qui permettra de prendre en considération les principes fondamentaux de la CIDE notamment ceux relatifs à l'intérêt supérieur de l'enfant à travers l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la convention ou encore au droit de l'enfant à la parole dans les affaires qui le concernent à travers l'applicabilité de l'article 12-2 du texte.

**755.** Dans le même sens, il semble primordial que pour éviter une ratification symbolique, le Maroc est appelé à concrétiser une applicabilité directe à travers le déverrouillage de la loi interne et des dispositions qui contredisent et limitent l'invocation et l'applicabilité des dispositions primordiales de la CIDE par les juges et par les particuliers.

Un travail nécessitant dans un premier temps d'éliminer la méthode actuellement adoptée par le Maroc et consistant à transposer les règles et à limiter la pratique judiciaire dans l'interprétation des règles du texte international qui le vide de son esprit prometteur pour les droits de l'enfant. Toutefois, en vue du caractère composite de l'ordre juridique marocain, il semble fondamental de s'arrêter sur l'interprétation du juge des dispositions du texte international puisqu'il sera amené à les appliquer dans un cadre juridique imprégné de religion musulmane et de modèle familial marqué de traditionalisme, où il faut préserver les droits des parents tout en prenant en considération la préservation de la famille selon les normes sociales qui interprètent l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit à la participation dans le respect de ces normes dont la pratique judiciaire marocaine ne peut pas être détachée dans un avenir proche.

**756.** De plus, le projet que le Maroc est censé entreprendre dans ce sens doit également répondre au besoin d'une applicabilité directe de l'intérêt supérieur de l'enfant et doit également introduire le besoin d'une promotion des droits de l'enfant afin que ces derniers puissent connaître leur droit d'invoquer ces dispositions et fonder leurs demandes notamment lorsqu'il s'agit des questions relatives au droit familial dont celui de la pension alimentaire ; son droit au logement en cas de divorce des parents ou encore lorsqu'il est victime ou en situation de danger. Une situation qui implique l'élaboration d'un projet qui vise la promotion de la culture des droits de l'enfant et permet une connaissance suffisante du texte international et de ses dispositions par la société pour ensuite inciter le législateur à accompagner la connaissance et l'évolution sociale en éliminant les lois qui limitent une applicabilité directe de la CIDE.

**757.** Enfin, il importe de souligner que même dans les systèmes juridiques les plus avancés, l'applicabilité directe de la CIDE peut connaître encore aujourd'hui des limites ce qui laisse comprendre que pour un système juridique en voie de développement tel que le Maroc où de nombreuses ambiguïtés persistent et peuvent faire l'objet de limites évidentes, la situation renvoie au projet colossal que ce dernier doit entamer en vue de la situation dégradée des droits de l'enfant et qui doit être considérée comme une urgence pour l'Etat qui doit répondre à l'urgence de la mise en œuvre efficace des dispositions de la CIDE.

**758.** La difficulté de l'applicabilité directe de la CIDE par le juge marocain renvoie en effet à une situation beaucoup plus complexe que d'une simple ratification et publication au B.O. Ainsi, cette difficulté qui comme nous l'avons précisé plus haut, représente le résultat de la réunion d'un ensemble d'éléments qui reflètent la complexité d'instaurer la culture et l'atmosphère adaptées à une applicabilité directe. Cependant, un des éléments participant à cet empêchement est celui relatif à la conception de la place de l'enfant au sein de la société en général et de la famille en particulier.

Cet élément que nous avons déjà souligné dans une première partie et qui expose les disparités entre la conception de l'enfant en droit musulman et en droit positif sensé être fondé sur les principes des droits de l'Homme et notamment les conventions internationales. Ces disparités qui figurent dans les principes fondamentaux de la conception des droits de l'enfant et de la place de ce dernier dans la famille, permettent la désorientation du juge marocain en la matière puisqu'il se trouve dans une atmosphère partagée entre une vision qui privilégie la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et qui fait de ce dernier sa priorité, et une autre qui accorde plus d'importance et priorise la famille et les codes sociaux malgré le fait qu'ils soient contraires aux droits de l'enfant tels qu'ils sont reconnus aujourd'hui dans les textes internationaux.

**759.** L'ambiguïté du texte actuel du droit de la famille, permet lui-même au juge de jouer sur les deux visions traditionnelle et moderne et ainsi, choisir entre une applicabilité directe des dispositions de la CIDE ou d'appliquer un nombre très limité des dispositions du texte sans même avoir l'obligation de mentionner ce dernier comme étant la référence principale. C'est dans ce sens qu'il importe de savoir pourquoi le juge marocain se trouve limité par le droit interne. Quelles sont les références qui permettent d'éviter une telle applicabilité, ainsi que les éléments justifiant cette limite qui est adoptée par le législateur et qui permet au juge de justifier son non-recours à une applicabilité directe de la CIDE ?

## **Paragraphe 2 : Les limites du juge dans l'application du Code de la famille.**

**760.** L'application du Code de la famille et de ses dispositions relatives aux droits de l'enfant et de la protection de son intérêt par le juge ne semble pas être une tâche facile face aux éléments participant à la stagnation d'un exercice et d'une application qui ne respecte pas strictement l'esprit du texte, qui laisse la porte ouverte à une multitude d'interprétations possibles par le juge. Comme nous l'avons avancé, l'exercice du juge et le pouvoir qui lui est accordé par le législateur, lui offre une grande liberté d'interprétation qui se constate à travers son exercice. Ce dernier est en effet basé sur l'amendement de deux caractères totalement différents qui sont le traditionnel et le moderne; la justice familiale marocaine peut être considérée comme moderne à travers la réforme de 2004 mais elle demeure fidèle à la tradition musulmane dans le fond et surtout dans la pratique.

**761.** En effet, devant le dilemme de choisir entre des décisions fondées sur le traditionaliste ou le modernisme, cette hybridité permet dans la majorité des cas de faire basculer les décisions à une interprétation plutôt traditionaliste respectant un ordre public marquée d'une combinaison entre le religieux et les bonnes mœurs<sup>666</sup>, un ordre public qui limite l'espace des droits individuels et qui se dessine comme une finalité basée sur l'accord avec les règles de la charia. Cette règle représente une référence essentielle puisqu'elle autorise au juge de relativiser la règle de droit et de justifier ce recours aux principes traditionalistes.

---

<sup>666</sup> Jean. FOYER, *Les bonnes mœurs, in le code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004)*, Paris, DALLOZ, Coll. Université Panthéon-Assas, 2004, pp. 495-513.

Ce dernier passe d'une simple référence à un principe et une base tangible qui permet la résolution des conflits et qui participe également à l'affirmation d'une identité de l'ensemble de la société.

#### ***A - Une application nuancée par le juge.***

**762.** Le juge marocain est doté en matière familiale d'un système combiné entre une culture et des valeurs traditionnelles et un esprit professionnel juridique qui l'oblige à s'adapter à la réalité d'une institution familiale en mouvement. Ainsi, sa doctrine se trouve devant l'obligation de combiner entre deux références qui peuvent être contradictoires puisqu'elles ne puisent pas dans les mêmes logiques culturelles. Les traits de chaque référence où le juge cherche à puiser la réponse exacte à chaque conflit au sein de la famille se partagent entre des principes fondés sur une culture jurisprudentielle islamique et d'autres sur des principes positivistes considérés comme étrangers à la culture du juge.

**763.** Cette double référence peut être analysée et appréhendée comme une source problématique à l'application de la règle de droit aux nouvelles situations dues à l'évolution sociale. Les caractères opposants la doctrine *fiqhiste* et celle positiviste sont fondamentaux. En effet, la première est dotée d'un nombre de traits qui rendent complexe sa cohérence avec tous les principes fondamentaux de la deuxième doctrine. La détermination des éléments qui caractérisent les deux doctrines permet de comprendre l'ambivalence des visions jurisprudentielles qui vient témoigner de l'ambiguïté du texte du Code de la famille ainsi que de la formation du juge.

Dans l'influence de l'interprétation du juge du code de la famille, il est d'abord question des principaux éléments qui constituent la règle et la doctrine jurisprudentielle musulmane, qui peut être présentée selon Monsieur le professeur M. MOUAQIT comme suit :

- D'abord une doctrine opposée et celle positiviste dans le fond puisque la première consiste avant tout à apporter une réponse, une solution au conflit sans pour autant se soucier de la logique et du raisonnement qui peut être basé sur des principes fondamentaux reconnus universellement tels que les droits de l'Homme ou l'individualisation des droits. De même, le raisonnement de cette doctrine n'octroie pas une grande importance à la cohérence des règles juridiques ni à celles<sup>667</sup> qui doivent être basés uniquement sur la protection de la religion, des traditions et des mœurs, sans pour autant prendre en considération l'évolution sociale et familiale.
- Une doctrine basée sur un principe affirmatif auquel *le fiqh* a apporté des réponses à toutes les questions auxquelles le juge peut être confronté ; elle permet le blocage de toute innovation positive puis elle permet un contournement flagrant des règles et des principes religieux afin d'éviter leurs contradictions ce qui peut

---

<sup>667</sup> Il importe de noter que la diversité des opinions chez les juristes musulmans et la naissance des différentes écoles étaient d'une référence principalement géographique. Une pratique marquée par les traditions et les coutumes locales, le *fiqh* était ainsi une simple interprétation de la charia dans différents milieux sociaux.

remettre en question leurs valeurs morales et religieuses 'jugées d'universelles par les croyants' notamment dans des questions qui concernent soit l'intérêt individuel soit celui collectif.

- Une autre référence principale qui reflète bien la philosophie des principes du *fiqh* et qui consiste à privilégier le groupe sur l'individu, autrement dit lors de la recherche d'une solution dans le cadre d'un conflit que ce soit d'ordre familial ou autre, il est avant tout question d'apporter une réponse qui prend en considération le respect de l'ordre moral et religieux de la communauté, même si cette solution n'apporte pas une solution logique à la problématique.

La prise en considération de ces principes de droit musulman, leur intégration tantôt directe tantôt indirecte, ainsi que leur participation à l'élaboration de la règle juridique du droit familial marocain actuel n'a pas abouti à la suppression ou l'ignorance de ces trois principes. En ce qui concerne le premier principe, le législateur marocain a fait preuve d'une intelligence afin de rendre les règles de son code de la famille d'abord au sein du texte tout en notant quelques incohérences avec d'autres législations notamment du droit pénal visant les libertés individuelles que nous avons déjà évoquées. Pour le second principe, il fait encore partie de texte et de la pratique judiciaire actuelle.

**764.** En effet, le conflit entre la règle du droit musulman et celle du droit positif a engendré une multitude de prise en considération que ce soit par le législateur ou par le juge. En analysant cette question, il semble évident que ce soit le juge ou le législateur qui se base sur un des trois principes cités plus-haut et qui consistent à utiliser une méthode que le même auteur la nomme de « la raison de la ruse » ; autrement dit, que ce soit le législateur à travers le texte ou le juge à travers son interprétation, ils essaient d'éviter et de contourner les règles ou les principes religieux auxquels le Coran, la sunna ou la jurisprudence ont apporté des réponses explicites. Quant au dernier principe, il a été dissimulé par le législateur sous différentes formes, toutefois ses failles se sont avérées plus importantes dans la pratique, puisque malgré que l'esprit du texte ainsi que les revendications d'individualisation. La pratique a révélé que le recours à la protection du modèle familiale traditionnel ainsi que la moralité sociale persistent.

**765.** La réunion de ces éléments perturbe et affecte l'un des nouveaux rôles attribués par le législateur au juge de la famille et consiste selon le professeur Abdelkader KARMOUCH à la reconnaissance de son pouvoir protecteur de l'ensemble de la famille à travers l'établissement des diagnostics sociaux ou autres qui permettent la protection des parties faibles que ce soit le père, la mère ou l'enfant<sup>668</sup>. Cependant, ce nouveau rôle comporte un nombre de paradoxes par rapport à cette protection et à sa concrétisation qui est censé être un principe fondamental de l'esprit du texte et une ligne directrice de l'exercice du juge dans la protection des droits des femmes et de l'enfant.

**766.** En effet, nombreuses sont les questions qui malgré le fait qu'elles fassent l'objet de réformes dans le code de la famille, elles connaissent des lacunes au niveau de l'application soit pour des raisons d'ambiguïté du texte comme nous avons avancé plus haut ou pour une raison d'application par le juge.

---

<sup>668</sup> Abdelkader KARMOUCH, Le nouveau rôle judiciaire : dans le nouveau code de la famille, p. 55, (en langue arabe).

Ainsi, nombreux sont les exemples qui reflètent la difficulté du juge à protéger la partie faible qui se caractérise souvent en la personne de la femme et de l'enfant que nous allons présenter comme suit :

- Le mariage de mineurs que nous avons déjà analysé et qui persiste malgré l'élévation de l'âge du mariage à dix-huit ans par le législateur.
- La polygamie : une pratique qui n'a pas connu une baisse après l'amendement du législateur qui a mis en place un nombre d'obstacles afin de limiter cette pratique, qui selon les études menées connaît encore aujourd'hui un taux très élevé des autorisations accordées par les juges. Une situation déplorée par le comité des droits de l'enfant à titre d'exemple, qui considère que l'autorisation de cette pratique est contraire à la dignité de la femme mais elle a également des effets néfastes sur les enfants<sup>669</sup>.
- Le divorce : il est également question d'un nombre de violations exercées par les juges dans ce cadre à l'égard des femmes et qui consistent à obliger la femme à apporter toutes les preuves possibles afin de prouver le préjudice sur lequel se base sa demande, or il est évident qu'il est difficile pour la femme d'apporter des preuves. Une situation qui remet en question la possibilité d'une procédure de désunion menée par la femme. Dans le même ordre d'idées, la femme est souvent obligée à accepter des accords à l'amiable afin de se garantir le divorce et plus précisément lorsqu'il s'agit du Khol où la femme peut être victime d'un chantage fondé sur le droit de la garde.
- La pension alimentaire qui subit également des violations par rapport au manquement du tribunal qui ne répond pas aux délais prescrits dans la loi ou encore par rapport aux accusations qui doivent viser le mari ainsi que la difficulté de la justice face à l'application des jugements.
- La filiation : la question de la filiation fait toujours partie des questions qui n'ont pas fait l'objet d'intervention législative à la suite de son caractère religieux jugé d'explicite par les courants traditionalistes. Ces derniers se basent sur des références jugées inadaptées à la société actuelle où la science peut apporter des réponses plus explicites. En effet, depuis l'application de l'ancien statut personnel, la jurisprudence s'est toujours référée aux éléments de preuves classiques notamment « *la présomption de paternité légitime ; l'aveu du père ; le témoignage de deux adouls ou la commune renommée établissant que l'enfant est bien le fils du mari et qu'il est né des rapports conjugaux des époux* »<sup>670</sup> voire même une application basée uniquement sur le principe de 'l'enfant du lit'. Aujourd'hui encore malgré l'adoption du nouveau texte, nombreux sont les réticences des juges en matière d'expertise médicale, voire même un rejet des tests ADN lorsqu'il s'agit d'un enfant né hors mariage.

---

<sup>669</sup> CRC/C/MAROC /CO/3-4.

<sup>670</sup> L'article 89 de l'ancien texte du statut personnel.

- La garde : la question de la garde qui remplace le concept de l'autorité parentale dans les textes internationaux fait également l'objet d'un nombre de problématiques par rapport à l'exercice et au non-respect des droits de chaque parent<sup>671</sup>.

767. Toutefois, il est important de souligner que ces violations ne concernent pas uniquement la femme mais déclenche tout un processus de discrimination d'abord envers la femme mais également pour les droits de l'enfant et la protection de son intérêt supérieur. Par ailleurs, une autre question qui pose encore aujourd'hui une problématique majeure pour la femme comme pour l'enfant, est celle de l'accès à la justice.

### ***B – Un accès à la justice désavantageux pour la femme et l'enfant.***

768. Le principe de l'accès à la justice peut être défini selon les textes et les programmes internationaux comme étant un ensemble de conditions juridiques et organisationnelles qui définissent la disponibilité et l'efficacité des services judiciaires. Il fait également référence à l'exigence que les lois et les recours existants dans un tel pays soient justes et équitables, sensibles aux plus démunis et qui sont dans le besoin mais également à répondre aux difficultés qu'ont les plus démunis et vulnérables à faire valoir leurs droits auprès de la justice et de l'ensemble de ses institutions<sup>672</sup>. Il est aussi défini par le programme des Nations unies pour le développement (PNUD) qui est un acteur principal dans le domaine de l'accès à la justice et de l'Etat de droit, comme l'ensemble des mécanismes d'élaboration, d'interprétation et d'application des lois. Il implique plus qu'une simple définition qui se réfère à la possibilité d'accès d'un individu aux tribunaux ou à la représentation juridique<sup>673</sup>. Selon le même programme, cet accès doit garantir des résultats juridiques et judiciaires qui soient équitables. Cependant, ces définitions font face à un nombre d'obstacles qui limite la réalisation d'une justice impartiale. L'un des obstacles répandus de l'accès à la justice est une discrimination sexuelle basée sur un système juridique qui, à travers les insuffisances des lois internes, ne protège pas les parties faibles notamment la femme et l'enfant, en limitant leurs recours judiciaires<sup>674</sup>.

769. Le Maroc fait partie de ces Etats qui se sont engagés à travers les réformes menées et les textes internationaux ratifiés à l'abolition de tout genre de discrimination, notamment celle à l'égard de la femme et de l'enfant. En ratifiant la CEDAW à titre exemple, et en levant toutes les réserves sur cette convention afin de garantir et de renforcer la jouissance des femmes de leurs droits humains, en servant d'exemple à tous les pays de la région MENA qui conservent des réserves en la matière. En effet, après l'entrée en vigueur du code de la famille, quelques mesures ont également visé la question de l'amélioration de l'accessibilité à la justice par les femmes, et qui peuvent être citées comme suit :

<sup>671</sup> Fouzia RHISSASSI et Khalid BERJAOU, Femmes, droit de la famille et système judiciaire en Algérie, Au Maroc et en Tunisie, *op. cit.*, pp. 92 et s.

<sup>673</sup> U.N. Dev. Program (PNUD), Access to justice: Practice Note, at 3, (Aug. 3, 2004) (en langue anglaise).

<sup>674</sup> Leila HANAFI, Moudawana and Women's rights in Morocco: Balancing national and international law, éd. International law student association, Nova southeastern university, shepard broad law CE, p. 525.

- L'aménagement des sections de justice familiale de proximité avec les lieux d'habitation, l'organisation de sections familiales afin qu'elles soient faciles d'accès, l'amélioration des conditions d'accueil.
- La mise en place d'un pôle d'accueil des justiciables au sein de chaque tribunal familial, le lancement de l'application 'e-justice' relative aux services judiciaires qui permet aux justiciables et aux avocats d'accéder et de suivre les différentes étapes de leurs affaires<sup>675</sup>.
- L'amélioration des délais de remise des convocations, aux destinataires et aux parties adverses.
- L'aide judiciaire, qui vise les personnes qui n'ont pas les moyens (exonération des frais de justice, désignation d'avocats, des experts en tradition...etc.).
- Le lancement d'expérience d'une assistance sociale et judiciaire au sein de la section familiale afin de contribuer à l'orientation des justiciables dans le tribunal<sup>676</sup>.

**770.** Cependant, malgré ces engagements et ces mesures, des lacunes flagrantes persistent dans l'amélioration de l'accès des femmes à la justice. En effet, une question importante n'a pas intégré explicitement les mesures prises pour l'amélioration et la garantie de l'accès à la justice; il s'agit de l'accès à la justice des femmes habitant les zones rurales. Dans ces derniers, le taux d'analphabétisme est très élevé chez les femmes, puisqu'elles ont tendance à quitter l'école très tôt et à se marier afin de remplir leur rôle social. Ainsi, elles n'ont pas connaissances de leurs droits ni aux procédures auxquelles elles peuvent avoir recours dans n'importe quelle situation, elles sont séparées du cadre juridique et elles ne sont pas prises en considération dans des mesures spécifiques qui les concernent en vue de leur situation socio-économique.

**771.** Dans le même ordre d'idées, il importe de souligner que la discrimination que subit la femme que ce soit dans le nombre des failles que contient le texte du Code de la famille ou encore dans la pratique du juge, engendre avec elle une atteinte directe et indirecte à la protection des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur. En effet, comme nous l'avons précisé auparavant, la concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant exige la protection du bien-être et de la santé physique et psychologique de ce dernier. Cependant, cette protection est souvent remise en question dans le cadre familial, notamment lorsque les droits de la femme sont bafoués et plus précisément lorsqu'il s'agit de situations où l'enfant représente également la partie faible au côté de la mère.

**772.** Dans un premier temps, il importe d'évoquer la pratique judiciaire en matière de filiation en dehors du cadre légal (le Mariage), cette dernière qui fait encore l'objet d'une pratique traditionnelle fondée sur le droit musulman, qui prohibe toute relation sexuelle hors du mariage.

---

<sup>675</sup> D'autres projets ont également vu le jour par des associations de juristes dans l'objectif de promouvoir l'accès à la justice notamment : la caravane de la justice qui a permis des consultations juridiques gratuites visant les régions rurales ou les couches sociales défavorisées ; ou encore le projet d'observation des tribunaux et publications des jugements qui visent à identifier les lacunes et les faiblesses du système judiciaire actuel.

<sup>676</sup> Sans oublier de reconnaître le rôle des associations, et des centres d'écoutes pour les femmes et les enfants victimes de violence, qui apportent un soutien primordial à l'orientation et au suivi des affaires.

Elle concerne toutes les femmes qui sont tombées enceinte en dehors du cadre du mariage<sup>677</sup> et dont le partenaire nie la parenté de l'enfant né de cette union. En effet, mis à part les dispositions du Code de la famille qui ne reconnaissent pas les enfants nés hors mariage, ceci est une disposition complètement contraire à la CIDE. Il y a la mauvaise interprétation du concept de 'l'expertise' qui peut être considéré comme très vaste et qui ne précise pas le recours à l'ADN dont le juge bénéficie en la matière, ce recours qui est limité par le juge uniquement lorsqu'il y a eu des fiançailles (avec preuve)<sup>678</sup>.

**773.** Dans un second temps, il y a la situation des enfants après le divorce des parents qui génère des atteintes au bien-être psychologique mais également matériel de l'enfant. En effet, ce dernier se trouve au centre des conflits parentaux ainsi que d'un nombre de failles de la pratique judiciaire et qui concernent principalement la pension alimentaire et la garde des enfants. En ce qui concerne la pension alimentaire, il importe de souligner que l'application de l'article 190<sup>679</sup> qui fixe le délai de statuer en la matière au maximum d'un mois, un dépassement de délai qui pose problème aux femmes ayant des enfants et qui, ne travaillant pas, se trouvent sans ressources.

**774.** La mauvaise implication du ministère public qui ne remplit pas son rôle principal vis-à-vis la protection de la femme et de l'enfant, en ne poursuivant pas le père pour l'abandon de sa famille ni en répondant au besoin matériel de l'enfant. Enfin, un autre problème subsiste dans la pratique du juge et ça concerne la difficulté d'application des jugements. En effet, c'est l'un des problèmes majeurs que connaît la justice marocaine de manière générale et la justice familiale en particulier. L'inexécution des jugements concernant la pension alimentaire est une réalité connue de la majorité des femmes divorcées qui ont fait appel au juge de la famille dans ce cadre, et pour qui l'inefficacité d'exécution remet en question la crédibilité de l'ensemble du système.

**775.** Quant à la question de la pratique en matière de la garde, il est même possible de remettre en question l'application de l'article 85 du Code de la famille qui oblige le père à continuer le versement de la pension alimentaire à ses enfants en respectant leurs conditions et situations scolaires avant le divorce. En effet, les difficultés résident dans le rôle du tribunal à imposer la garde ou la responsabilité partagée entre les deux parents afin de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant qui consiste en la matière à la veille au développement sain de l'enfant, au maintien de lien parental entre les enfants et les deux parents, ce lien qui permet le meilleur développement de la personnalité de l'enfant<sup>680</sup>.

---

<sup>677</sup> Cette situation peut concerner soit : les femmes qui ont accouché lors de la période des fiançailles ; les femmes mariées sans acte de mariage (Preuve) ; les victimes de viols ou encore les mères célibataires.

<sup>678</sup> Fouzia RHISSASSI et Khalid BERJAOUI, *op. cit.*, p. 96.

<sup>679</sup> L'article 190 du code de la famille dispose que : « *le tribunal se fonde, pour l'estimation de la pension alimentaire, sur les déclarations des deux parties et sur les preuves qu'elles produisent, sous réserve des dispositions des articles 85 et 189 ci-dessus. Le tribunal peut faire appel à des experts à cette fin. Il est statué, en matière de pension alimentaire, dans un délai maximum d'un mois* ».

<sup>680</sup> Sami A. ALDEEB Abu-SAHLIEH, *Religion et droit dans les pays arabes ; domaines influencés par la religion*, presse universitaire de Bordeaux, Pessac, 2008, p. 117.

776. L'observation qui peut être faite en ce sens, consiste à souligner l'importante liaison entre la protection des droits des femmes et ceux des enfants. Une liaison qui impose au législateur ainsi qu'aux praticiens notamment le juge, de prendre en considération l'individualisation des droits qui permet une meilleure protection de chaque individu au sein de la famille mais également la corrélation de ces droits qui, en cas de violation de l'un d'entre eux, d'autres seront inévitablement affectés que ce soit dans la théorie comme dans la pratique. Ainsi, la quête à l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge concerne différents sujets. Cette différenciation a permis au droit et à la jurisprudence d'adapter les moyens de recherche de cet intérêt par rapport à l'évolution familiale et sociale.

## **Section 2 : Le défi du juge dans la prise en considération effective de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

777. L'effectivité de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, est une question qui dépend fortement de l'exercice du juge en matière familiale et en toute question relative à la protection des droits de l'enfant et à l'applicabilité de la CIDE. En effet, le juge se trouve confronté à un défi d'ampleur qui l'incite à intégrer et à prendre en considération ce principe, qui, malgré qu'il soit assez récent dans un nombre de systèmes judiciaires comme celui du Maroc, impose aujourd'hui l'importance de sa prise en considération au sein de la réglementation ainsi que dans la pratique. Dans ce sens, nombreuses sont les méthodes adoptées dans chaque pays afin de permettre cette concrétisation judiciaire. Les réformes menées dans la majorité des Etats qui ont ratifié la CIDE se penchent naturellement sur l'intégration de ce principe en adoptant les méthodes et les moyens adaptés à cette reconnaissance effective de ce principe. Pour les deux systèmes judiciaires français et marocain, l'effectivité de ce principe a d'abord pris différentes formes puis elle a également subi une évolution différente adaptée à l'évolution du domaine juridique de chaque Etat.

778. En effet, parallèlement à l'évolution familiale, et à l'adaptation des textes juridiques aux mutations que connaît cette institution, le rôle du juge dans le système judiciaire marocain comme celui de son homologue français a également subi une évolution qui a permis la naissance de nouvelles méthodes visant à garantir la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, des moyens et des processus qui permettent une meilleure détermination de cet intérêt au milieu du conflit familial (Paragraphe 1); et qui aboutissent à l'évolution de l'ensemble des facteurs participant à une meilleure prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, permettant des réformes profondes en relevant le défi de la concrétisation de l'intérêt de l'enfant par le juge (Paragraphe 2).

## **Paragraphe : Les moyens de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

779. L'émergence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de sa prise en considération dans les textes juridiques ainsi que dans la pratique judiciaire, le présentent aujourd'hui comme un élément fondamental dans le traitement de toutes les situations où l'enfant peut faire partie. En effet, dans l'objectif de concrétiser ce principe, le législateur ainsi que le juge se sont lancés à la recherche et à l'adoption de toutes techniques ou méthodes qui permettent cette concrétisation depuis l'apparition de ce principe. Toutefois, l'élément accélérateur de cette recherche est celui de l'adoption de la CIDE, cette dernière qui fait de l'intérêt supérieur de l'enfant un principe fondateur et fondamental de l'ensemble du texte international Engagés à l'égard de ce texte, tous les Etats se sont mis à sa prise en considération.

780. En France ainsi qu'au Maroc, nombreuses sont les méthodes adoptées afin de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant au sein du cadre familial, protéger son bien-être physique et moral dans toutes les situations qui peuvent nuire à ce bien-être semble être la priorité. Dans les deux systèmes judiciaires, l'objectif primordial de protéger les enfants a permis la naissance d'un nombre de méthodes auxquelles le juge peut avoir recours afin de régler les litiges, rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant et permettre sa concrétisation. Le recours aux nouvelles méthodes s'est accéléré cette dernière décennie, avec l'accélération de la prise de conscience progressive de la place de l'enfant au sein de la société en général et de la famille en particulier.

781. Parmi les méthodes auxquelles le juge peut avoir recours afin de déterminer et de concrétiser ce principe d'intérêt supérieur de l'enfant, nous allons nous intéresser à deux principales méthodes qui représentent aujourd'hui des recours et des références principaux pour le juge. Dans un premier temps, il y a le recours à la médiation qui permet de répondre à une prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque cette méthode permet avant tout de régler les litiges familiaux avant, pendant et après la séparation des parents. L'usage de ce moyen se base principalement sur le règlement de litige entre adultes permettant au même titre au juge de déterminer et de fixer l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi de chercher des solutions qui permettent avant tout de concrétiser ce principe.

782. Nombreux sont aujourd'hui les modes alternatifs au règlement de conflits, qui permettent aux parties de dialoguer afin de trouver des solutions concrètes aux litiges notamment lorsque leurs intérêts ou ceux des enfants sont mis en danger. Loin de s'enfermer dans une situation conflictuelle, la médiation qui vient du latin « *mediare* » et qui signifie 's'interposer', représente un processus d'intervention d'un tiers appelé le médiateur qui intervient de manière indépendante et neutre afin d'accompagner les parties se trouvant en conflit à trouver eux-mêmes des solutions adaptées à leurs situation et leur litige.

**783.** D'une manière générale, le droit privé comprend trois formes de médiation ; d'abord une médiation conventionnelle qui offre aux parties la liberté de décider elles-mêmes de leur choix de recourir à la médiation soit d'une volonté instinctive ou de répondre à une clause contractuelle qui le détermine explicitement. Puis, une médiation institutionnelle qui vise l'ensemble des personnes physiques, morales ou des institutions judiciaires, et qui est utilisée dans l'objectif d'éviter le recours à la justice. Et enfin, il y a la médiation judiciaire qui est sollicitée lorsque l'action est déjà menée en justice; dans ce genre de situation, c'est le juge qui décide du recours à la médiation avec l'accord des parties, duquel ressort une proposition d'une solution au conflit, qui parvient soit du juge aux parties soit des parties au juge. En effet, c'est cette dernière qui nous intéresse dans le cadre de définir le rôle du juge dans la recherche et la concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, dans le processus de la recherche du juge de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autres éléments permettent également cette détermination et sont naturellement liés au recours à la médiation, notamment l'intégration du rôle de l'enfant lui-même par le juge au sein de ce processus et la prise en considération de sa parole, l'enfant se trouvant ainsi au milieu de la médiation et de tout un mécanisme dédié à rechercher son intérêt supérieur.

*A – La médiation, un moyen de détermination au service du juge.*

**784.** En France, la promotion judiciaire du nouveau concept utilisé par le juge en matière familiale a permis de revisiter même la fonction de juger<sup>681</sup>. Cette dernière a en effet suivi l'évolution des relations au sein de la famille qui sont passées d'un aspect traditionnel abordant un couple reposé sur le mariage et des relations parents-enfants basées sur la filiation et l'autorité parentale, à un ordre plus moderne qui aborde de nouveaux aspects familiaux, une transformation qui a lancé de nouvelles complexités que ce soit pour le couple ou les enfants. Le législateur français s'est adapté à ces changements en adoptant un esprit évolutif en apportant de nouvelles méthodes qui dépassent le cadre juridictionnel traditionnel. C'est dans ce sens que l'adoption de la médiation s'est inscrite dans le cadre de déjudiciarisation et d'une favorisation des relations humaines qui doivent être revalorisées face à l'individualisme<sup>682</sup>.

Autrement dit, l'adoption de la médiation reflète un remède d'apaisement aux relations conflictuelles au sein de la famille avec une prise en considération primordiale de l'intérêt de l'enfant<sup>683</sup>.

---

<sup>681</sup> Vincent. EGEA, La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille, Paris, Defrénois, Coll. « Droit et Notariat », 2010.

<sup>682</sup> Jean-Claude. MAGENDIE, Loyauté, dialogue, célérité. Trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », in justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Paris, Dalloz, 2010, p. 336.

<sup>683</sup> Catherine HOCHART, La médiation, un remède aux ruptures familiales, Droit et cultures, 73/2017, 205-226, p. 208.

785. Quant à la pratique de la médiation familiale en droit marocain, elle peut être qualifiée de très récente et imprécise. Malgré le fait que le code de la famille de 2004 ait intégré la question de la médiation familiale et la possibilité à son recours par le juge, ainsi que les efforts fournis dans l'objectif d'adopter de nouvelles méthodes de résolution de conflits qui permettent une meilleure effectivité du texte et de son esprit favorable aux intérêts individuels de chaque membre de la famille, la pratique témoigne d'une souffrance d'application et d'une absence de structuration en sa faveur, et de l'établissement d'un cadre juridique propre qui permet à cette méthode d'être un moyen efficace de résoudre les conflits familiaux mais également de permettre au juge de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.

786. En France, la médiation familiale est un mode de règlement des conflits qui consiste à aider les parties à trouver elles-mêmes une solution à leur conflit, tenue principalement d'accompagner les parties à trouver les solutions en permettant de confronter leurs points de vue et de les aider à trouver un terrain d'entente en adoptant des méthodes telles que l'intervention d'un médiateur. Cette médiation peut être selon le choix des parties, soit une médiation conventionnelle c'est-à-dire spontanée par les parties, ou une médiation judiciaire c'est-à-dire imposée par le juge. Dans le cadre de ce dernier choix, la procédure débute lorsque le JAF est saisi par les parties. Toutefois, le juge est tenu de remplir son rôle de conciliateur relatif aux divorces et à la séparation et délègue au médiateur les affaires relatives à l'autorité parentale, la résidence des enfants ou encore la pension alimentaire.

787. En effet, la procédure de médiation familiale est connue depuis les années 1980 mais sa réglementation ne s'est faite qu'en 1995. En effet, la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, dispose en matière de médiation judiciaire que « *tout processus structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différends avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elle ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ». Ainsi, cette procédure a été intégrée au sein du code de procédure civile depuis 1996, consacrant à la procédure de la médiation un titre spécifique, puis renforcée par la consécration de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, cette consécration ayant affirmé l'importance de cette pratique dans le champ familial<sup>684</sup>. Elle est encadrée par deux articles du code civil :

L'article 255 du code civil relatif au divorce dispose que : « *le juge peut notamment : proposer aux époux une mesure de médiation, et après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder : enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation* ». Puis l'article 373-2-10 du code civil relatif à l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés et qui dispose que « *en cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir*

---

<sup>684</sup> *Ibid.*

*recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure ».*

**788.** S'ajoute à cela la définition complète adoptée par le Conseil national consultatif de la médiation familiale en 2003 qui définit la médiation familiale comme « *un processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige* », une définition qui a subi une modification suite à la proposition de loi (APIE) et qui a été votée par l'assemblée nationale le 27 juin 2014 qui a appelé explicitement à l'intégration d'un élément crucial en matière de médiation qui est l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi par l'article 16 de la proposition, la définition de la médiation est comme suit : « *La médiation familiale, qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille, est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux. Avec l'aide du médiateur familial, tiers qualifié, impartial et indépendant, les personnes tentent de parvenir à une solution mutuellement acceptable, qui tient compte de l'intérêt de l'une et de l'autre et de celui de leurs enfants éventuels, et qui peut prendre la forme d'accords susceptibles d'être homologués par le juge* ». De plus, depuis 2015<sup>685</sup>, un autre décret a été adopté dans l'objectif de rendre la médiation familiale nécessaire pour chaque personne souhaitant entamer une procédure. Autrement-dit, tout justiciable souhaitant passer devant le JAF doit justifier d'un passage préalable de la médiation familiale, afin d'obtenir des accords, notamment sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit représenter le fil conducteur à cette démarche amiable.

**789.** Dans le cadre d'une médiation judiciaire, la mission du médiateur peut concerner l'ensemble ou une partie du litige selon la délégation qui lui est faite par le JAF. Elle consiste à restaurer et protéger les liens familiaux lors du conflit, de sa qualification professionnelle de psychologue et juriste tout en respectant un code de déontologie intégrant son devoir de confidentialité et de neutralité envers chacune des parties<sup>686</sup>. En outre, il est également tenu de rappeler et d'imposer quelques règles dans l'objectif de garantir le bon déroulement du processus et qui peuvent être précisées, d'abord par le respect mutuel (éviter les agressions verbales) entre les deux parties afin que le dialogue puisse se tenir et aboutir à une solution. Les parties doivent également répondre à une obligation de transparence sur toutes les informations d'ordre personnel ou financier. Le médiateur essaie donc de créer un climat adéquat pour entamer des discussions et des négociations afin de permettre aux parties d'identifier l'origine du conflit, d'exprimer leurs demandes et leurs attentes de cette procédure, et ainsi d'éviter le procès.

---

<sup>685</sup> Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF n° 0062 du 14 mars 2015, p. 4851, Texte 16.

<sup>686</sup> Jean-Claude LAPLAUD, La médiation familiale en France : Points de vue des médiateurs et des services, Colloque des 11 et 12 juin 2009 sur la médiation familiale en Europe, réalités familiales, Revue de l'Union nationale des associations familiales, p. 11.

**790.** Le processus de la médiation familiale a en effet été renforcé et élargi par toutes les dispositions adoptées par le législateur, ces dispositions ayant clairement proposé au JAF que le recours au processus de la médiation soit sa première proposition aux parties. Par ailleurs, il est à noter que la médiation familiale peut revêtir deux formes, d'abord une proposée par le juge, puis une seconde imposée par le juge. En ce qui concerne le recours à la médiation proposée par le juge, l'exigence est de recueillir l'accord des deux parties pour que le processus puisse débiter. Un accord qui ne retire pas au juge le pouvoir que lui accorde l'article 131-2 de la procédure civile et dispose que : « *la médiation porte surtout ou une partie du litige. En aucun cas elle ne dessaisit le juge, qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires* ». Ainsi, toute décision prise par le juge qui permet de débiter, renouveler ou mettre fin à une procédure de médiation ne peut faire l'objet d'appel<sup>687</sup>, et ne peut dépasser la période de trois mois sauf sous demande du médiateur<sup>688</sup>.

**791.** De plus, puisque le processus de la médiation représente une mesure onéreuse, les parties sont tenues de régler une provision qui doit être fixée par le juge, afin d'éviter toute caducité de la mesure ordonnée par le juge. Quant à la médiation familiale imposée, il est notamment question d'un pouvoir d'injonction du juge imposé par la loi du 4 mars 2002. Un pouvoir qui permet au juge d'appeler les deux parties de prendre leur part de responsabilité dans l'échec de leur relation conjugale ou parentale et d'essayer de poursuivre le dialogue en intégrant le processus de la médiation. Dans ce sens, il est question d' « *enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation* »<sup>689</sup>; à travers cette disposition, les parties sont obligées de rencontrer un médiateur qui aura pour mission de les informer de l'ensemble de la procédure et de ses objectifs. Ainsi, deux solutions s'offrent aux parties, d'abord une possibilité d'accorder leur consentement et de poursuivre le processus jusqu'à l'obtention d'une solution validée par le juge. Ou de refuser de continuer le processus de la médiation familiale et de s'arrêter au premier rendez-vous informatif 'forcé'. Dans ce cas le juge se trouvera devant l'obligation de réexaminer l'affaire afin de prendre sa décision.

**792.** Le processus de la médiation vise principalement l'aboutissement à un accord commun, qui se constitue tout au long des séances proposées par le médiateur, et qui représente le résultat d'une réflexion commune des parties avec la participation du médiateur. Aussi, pour qu'elle soit mature, cette réflexion débute dès la première séance de médiation familiale, et permet le recours aux personnes proches du couple notamment les grands-parents, les sœurs ou les frères des deux parties. L'intervention de ces personnes permet d'apporter une autre vision au conflit, qui contribue à la maturation de la réflexion et de la solution trouvées. Toutefois, lorsqu'il s'agit des procédures de divorce et de séparation, les descendants des parties ne peuvent pas faire partie des séances de la médiation, ainsi est le cas pour l'enfant qui ne peut pas faire l'objet d'une convocation à ces séances.

---

<sup>687</sup> Article 131-15 CPC.

<sup>688</sup> Article 131-3 CPC.

<sup>689</sup> Article 255 du Code civil.

Lorsque la médiation familiale aboutit à un accord entre les parties, il est possible que ce dernier soit une transaction comme le dispose l'alinéa 1 de l'article 2044 du code civil, « *cette transaction soit un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* », cette transaction inscrit tous les détails de l'accord des parties.

En outre, cette transaction est considérée selon l'article 2044 du code civil « *comme un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* », ainsi, elle est rédigée soit par le médiateur sur la demande des parties ou par ces dernières elles-mêmes à l'aide du médiateur. Nonobstant, malgré que l'acte rédigé possède des effets juridiques mais aucune force exécutoire, son exécution passe par « *la voie de l'homologation à la demande conjointe des parties dans le cadre d'un débat contradictoire entre elles* »<sup>690</sup>.

**793.** Le recours à la médiation judiciaire par les parties ne représente en aucun cas une délégation d'un pouvoir du juge au médiateur. En effet, la médiation familiale reste sous le contrôle du juge qui garde son pouvoir de prendre les décisions nécessaires dans le cadre du processus<sup>691</sup>. Une délimitation de pouvoir qui permet de différencier entre le médiateur qui participe à l'élaboration d'un accord entre les parties et du juge qui garde sa mission principale qui consiste à juger même lorsque la médiation n'aboutit à aucune solution. En outre, le contrôle du juge est avéré à travers toutes les dispositions énoncées dans l'article 131 qui énonce les obligations du médiateur au regard du juge, notamment celles de l'informer de toutes les difficultés rencontrées dans la réalisation de sa tâche. Dans ce sens, le juge est doté de deux rôles principaux, d'abord un rôle de veille et de prévention afin que le processus de la médiation aboutisse aux résultats sans qu'il y ait des dérives qui l'emmènent à interrompre l'ensemble du processus et l'achever. Puis un rôle positif à travers lequel il ordonne un ensemble de mesures d'ordres administratifs et judiciaires telles que le délai du processus ou des mesures relatives à la poursuite du processus afin d'élaborer un accord avec la participation du médiateur<sup>692</sup>. Ainsi, il s'avère évident que le rôle du juge demeure central dans l'ensemble du processus de la médiation familiale, puisque le législateur lui a préservé un contrôle constant malgré que la procédure de la médiation concerne principalement les parties en conflit. En outre, en cas d'accord, le juge est amené à examiner l'accord conclu entre les parties afin de contrôler son respect et sa conformité aux règles puis à l'intérêt de l'enfant et à celui des parents afin d'homologuer. La question de la médiation semble être bien structurée en France, et permet la réglementation d'un processus favorable à la recherche d'autres méthodes de résolution de conflits et de conclusion d'accords qui permettent la protection des intérêts de chaque membre de la famille.

---

<sup>690</sup> Article 131-12 CPC.

<sup>691</sup> Article 131-2, alinéa 2 du CPC.

<sup>692</sup> Martine. BOURRY-D'ANTIN, Gerard. PLUYETTE, Stephan. BENSIMON, Art et techniques de la médiation, Litec 2004, pp. 167-168.

**794.** En droit marocain, en contrepartie, la question semble être plus complexe. En effet, depuis l'adoption du Code de la famille marocain, nombreuses sont les réflexions faites sur les nouveaux modes alternatifs au règlement de conflits notamment le recours à la conciliation ou à la médiation. Toutefois, cette réflexion est le résultat de l'émergence et de la multiplication des acteurs agissant dans le cadre de l'exercice d'une médiation parajudiciaire. En effet, cette dernière a connu depuis quelques années l'influence d'un nombre de facteurs qui font aujourd'hui de cette pratique un sujet visé par les réformistes qui font de l'intégration de la médiation familiale et l'élargissement de son champ d'application une question primordiale.

**795.** Parmi les facteurs qui ont participé d'une manière directe à l'intégration et indirecte à l'évolution de cette pratique à la société marocaine<sup>693</sup>, il y a tout d'abord la société civile, qui a connu une évolution spectaculaire depuis l'indépendance, et qui s'est accordée la possibilité de s'engager dans le sens de remplacer les acteurs classiques dépassés par la société dans cette pratique, et qui s'est lancée dans la concrétisation de ce processus. Puis, il y a le système judiciaire qui souffre du dépassement du nombre de dossiers relatifs aux conflits familiaux, qui engendre un manque de protection des droits de l'enfant, ces derniers qui sont atteints d'une manière directe suite aux conflits parentaux, les associations œuvrant pour les droits de l'enfant et qui font de la concrétisation des conventions internationales notamment la CIDE leur priorité en se lançant dans la création des centres d'écoutes pour les parents afin de protéger les enfants. Et enfin, l'apparition des centres privés à partir des années 2000 qui se spécialisent dans la pratique de la médiation familiale comme un processus alternatif aux tribunaux<sup>694</sup>.

**796.** L'évolution et la modernisation sociale ont permis le recours aux nouvelles méthodes parajudiciaire de résolutions de conflits. Et c'est dans ce sens que l'attachement du législateur au caractère moderne du texte et de son esprit a permis l'attribution d'un rôle moderne au juge de la famille, ce dernier s'étant vu élargir son pouvoir à travers toutes les nouvelles pratiques qu'il peut exercer afin de concrétiser cette modernisation. Par ailleurs, malgré l'évolution du rôle du juge et l'élargissement de ses pouvoirs par le législateur, la question des modes alternatifs de règlement de conflits dont celle de la médiation demeure très limitée. Une limitation due à la complexité de structuration et de l'intégration de ce mode assez moderne au sein d'une organisation judiciaire marquée

---

<sup>693</sup> La médiation familiale telle qu'elle est connue aujourd'hui est considérée comme étrangère de la société marocaine. Par ailleurs, étant une société traditionnelle la société avait développé un processus d'intermédiation afin de résoudre les litiges familiaux, un mode de fonctionnement qui permet l'intervention d'un nombre d'acteurs qui agissent tantôt en tant que conciliateur, médiateur ou encore arbitre et souvent un mélange des trois fonctions. Parmi ces acteurs il y avait à titre d'exemple l'imam de la mosquée qui possédait un statut religieux influent et puissant, qui légitimait toute intervention dans ce sens, ou selon les tribus en choisissant le responsable vers qui les gens se dirigent en cas de conflits. Ou encore l'intervention des proches notamment les plus aînés puisque la famille préservait le cadre familial traditionnel, ces acteurs ont perdu progressivement leur rôle du fait de l'évolution sociale.

<sup>694</sup> Mohammed OUZETOUAL, Maroc : La médiation familiale et la protection du mineur, Médiation et jeunesse : Mineurs et médiations familiales, scolaires et pénales en pays francophones sous la direction de Jean MIRIMANOFF, Préface de Jean ZERMATTEN, éd. LARcier, Collection parvenir, négocier, résoudre, 2013.

d'un caractère traditionnel, qui peine à introduire une telle méthode afin de répondre aux intérêts individuels lors du conflit familial<sup>695</sup>.

**797.** Dès le préambule, le législateur marocain souligne l'importance des nouveaux mécanismes qui seront adoptés dans l'objectif d'améliorer les modes alternatifs de règlement de litiges, en précisant « *qu'il convient de renforcer les mécanismes de conciliation et d'intermédiation, en faisant intervenir la famille et le juge* ». Toutefois, les dispositions du Code de la famille marocain ne traitent pas expressément la question de la médiation familiale comme une technique indépendante en matière de résolution de conflits familiaux, elle est intégrée dans un processus judiciaire qui assimile d'autres pratiques sans pour autant la doter d'une spécificité<sup>696</sup>. Dans ce sens, le législateur marocain a adopté à travers les articles 81, 82, 83, 89, 94, 95, 97, 113, 114 et 120, un ensemble de dispositions qui visent à instaurer l'intervention obligatoire du juge dans son nouveau rôle qui consiste à lancer le processus de la réconciliation (*Assolh*). Inspiré profondément par le droit musulman, le législateur marocain légitime le recours à ce processus d'une référence religieuse explicite, en se référant au texte coranique où Dieu dit « *Si vous craignez le désaccord entre les deux (époux), envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Dieu rétablira l'entente entre eux. Dieu est, certes, omniscient et parfaitement connaisseur* »<sup>697</sup>, ou encore « *Et si, après s'être consultés, tous deux tombent d'accord pour décider* »<sup>698</sup>. Cette fidélité à la tradition religieuse se reflète dans la manière dont le concept de la médiation familiale a été intégré dans le texte juridique, et comment il est pratiqué par le juge.

**798.** Le Code de la famille de 2004 n'évoque dans aucune de ses dispositions le terme de la médiation familiale. Ainsi, lorsqu'il s'agit de procédure de divorce et ses effets, le législateur évoque uniquement une phase de réconciliation, sans pour autant se référer explicitement à la procédure de médiation familiale. Il est ainsi question de savoir si le juge exerce à travers la réconciliation, un processus de médiation familiale.

La réponse à cette question réside dans l'étude de la phase de réconciliation imposée par le juge, qui se déroule ainsi : lorsqu'un couple saisit la justice afin de mettre fin à sa vie conjugale, le tribunal convoque les deux parties pour une tentative de conciliation menée par le juge qui peut prendre toutes les mesures qu'il considère nécessaire dans la réalisation de la conciliation<sup>699</sup>.

---

<sup>695</sup> Il importe de souligner qu'avant l'adoption du code de la famille de 2004, et sous l'empire du statut personnel le juge ne disposait pas de mécanismes qui lui permettaient d'intervenir d'une manière active dans la procédure de dissolution de mariage ; aussi il n'avait pas l'obligation de procéder à n'importe quel autre processus que ce soit de conciliation ou de médiation. L'intégration de l'obligation du recours à la conciliation à titre exemple a été le fruit d'une pression associatif qui sonnait l'alarme du manque de protection des droits de l'enfant lors de la dissolution du mariage des parents.

<sup>696</sup> R. Naji EL MEKKAOUI, La Moudawana (code marocain de la famille), le référentiel et le conventionnel en harmonie, t. 3, De la réforme de la Moudawana à la création de son âme, Rabat, 3<sup>ème</sup> éd., Bouregreg, 2009, p. 70.

<sup>697</sup> Sourate 04 AI-NISSAE (Les femmes), Verset 35, Coran.

<sup>698</sup> Sourate la Vache, Verset 234.

<sup>699</sup> Le juge peut faire appel à toute personne pouvant apporter son aide dans l'objectif de concilier les deux conjoints notamment les membres de leurs deux familles et à leurs conseils.

Ces mesures nécessaires peuvent être les méthodes adoptées par le juge notamment la désignation de deux arbitres membres de la famille, ces deux derniers étant tenus de jouer le rôle de médiateur ou de conciliateur puisque le tribunal considère que ces arbitres auront plus de connaissance sur la situation familiale du couple. Le silence du texte sur leur mission oblige le juge à la définir en se basant sur l'article 400 du Code de la famille et qui lui permet de puiser dans le rite Malékite des règles qui définissent et réglementent leur mission<sup>700</sup>.

**799.** De même, lorsque le couple a des enfants, le juge est appelé à procéder à une deuxième tentative obligatoire. Cependant, le juge qui mène le processus de conciliation n'est pas un médiateur familial, bien qu'il occupe ce rôle pendant les séances de conciliation. Malgré que le juge 'conciliateur' ne soit doté d'aucune formation en matière de médiation familiale, sa mission de rétablir le dialogue entre les époux, permettre l'identification de l'origine du conflit et comprendre son ampleur, établir les accords et les désaccords du couple durant une seule séance de conciliation semble être difficile. Toutefois, le juge est amené à accomplir sa mission qui peut être présentée sous deux principaux aspects. D'abord, il essaye de concilier les deux parties lorsqu'il est possible, les concilier soit sur une partie, sur quelques questions précises, ou encore sur l'ensemble de leur désaccord. Puis, il essaye de concilier les intérêts communs et à en chercher leur équilibre tout en veillant qu'aucune atteinte aux droits de chacun ne soit faite.

**800.** Cependant, la mission du juge en matière de médiation familiale abordée sous l'angle de la conciliation<sup>701</sup>, ne semble pas avoir apporté des résultats pertinents, sachant que les statistiques du ministère de la justice relatives à la procédure de la conciliation présentent un taux très faible de l'aboutissement du processus qui pour l'année 2011 concerne 19,99% des actes de divorces jugés par conciliation soit un acte sur cinq<sup>702</sup>. Ces chiffres témoignent d'une grande faiblesse dans l'application en matière de conciliation, faiblesse qui peut être abordée sous différents aspects. Dans un premier temps, il importe de souligner la faiblesse du texte qui figure dans une faille juridique en la matière et qui est relative à la présence des justiciables aux séances de conciliation. En effet, ces derniers peuvent procurer des personnes de leur entourage à assister aux séances, cette pratique représentant encore aujourd'hui une limite avérée puisqu'elle fait l'objet d'une divergence de considération entre des juges, et les partage entre ceux qui acceptent de mener les séances sans présence des époux et ceux qui refusent, considérant que la présence de ces derniers représente l'objectif même et le noyau de la pratique de conciliation<sup>703</sup>. Sachant que l'ancien statut personnel réserve l'article 44 à cette pratique, la réticence du texte juridique ouvre la porte d'interprétation dans la pratique judiciaire et affaiblit l'objectif principal de cette dernière.

---

<sup>700</sup> Abdelkader KARMOUCH, *op. cit.*, p. 39 et s., (en langue arabe).

<sup>701</sup> Le juge regroupe les trois fonctions, qui étaient pratiquées par des acteurs traditionnels, notamment l'imam ou le chef de la famille.

<sup>702</sup> Statistiques des sections de la justice de la famille année 2011, Ministère de la justice. Disponible sur : [www.adala.justice.gov.ma](http://www.adala.justice.gov.ma).

<sup>703</sup> Ce système de procuration reflète explicitement un principe souvent évoqué par la charia, qui le considère comme un principe de solidarité sociale et humaine. De même, l'affirmation de cette règle figure dans le rite Malékite qui permet le divorce sous procuration.

**801.** L'inefficacité de la pratique est également due aux conditions d'application et du respect de l'ensemble du processus qui ne sont pas respectées suite à l'encombrement des tribunaux ; le surpassement du juge par les affaires, le manque de personnel de la magistrature spécialisé en matière familiale. Ces éléments participent à l'affaiblissement du temps accordé à cette procédure. Ainsi, la double mission du juge qui est amené à être le médiateur ou conciliateur, une situation qui pose problème suite à la difficulté des justiciables qui n'abordent pas souvent leurs conflits devant la personne qui va statuer. Ce dernier point remet en question la légitimité même du juge qui se trouve à exercer deux fonctions, une fonction qui permet de rassembler et de constituer les éléments permettant une conciliation et une deuxième qui se base sur les mêmes éléments pour fonder et rendre une décision de divorce en cas d'échec de conciliation tout en prenant en considération les intérêts de chacune des parties. L'étude du processus de conciliation à travers le Code marocain de la famille considère que l'esprit de la conciliation répond aux mêmes attentes que la médiation familiale. Cependant, la pratique démontre une autre réalité qui expose clairement la divergence entre les deux pratiques, ainsi que la faiblesse et l'insuffisance de la procédure de conciliation face aux conflits rencontrés par les couples.

**802.** L'adoption de la procédure de conciliation par le législateur marocain et le fondement religieux tangible qui permet cette pratique, renvoient à une possibilité de considérer que le processus de la médiation familiale peut également faire partie des pratiques judiciaires visant la protection de la famille dans son ensemble. En revanche, il convient de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le législateur marocain n'évoque pas la question de la médiation familiale tant qu'elle soit définie et pratiquée dans d'autres systèmes judiciaires notamment de son homologue français, pourquoi le législateur marocain n'est pas allé jusqu'au bout de l'esprit de cette adoption en intégrant explicitement la médiation familiale ? Pour de nombreux auteurs, dont Monsieur Naji EL MEKKAOUI, ce qui pose problème en matière de médiation familiale au Maroc c'est l'absence d'une culture et d'une prise en considération de l'importance de cette méthode, ainsi que le manque des moyens.

Le même auteur considère également que l'adoption de l'obligation de conciliation par le législateur marocain est considérée comme un pas favorable vers les nouvelles méthodes de règlement de conflit en matière familiale, toutefois les méthodes utilisées pour son application ne sont pas adaptées à la bonne application, notamment en ce qui concerne les acteurs de cette médiation et la délégation au juge du rôle de médiateur<sup>704</sup>.

**803.** De plus, l'inefficacité de la conciliation menée par le juge ainsi que l'absence d'une mise en œuvre de la médiation familiale par le tribunal, le rôle des associations et de la société civile ainsi que d'un nombre limité d'instituts se révèlent importants malgré la faiblesse qu'ils connaissent suite au manque de moyens, une méconnaissance de la société marocaine de leur existence ainsi que de leur rôle.

---

<sup>704</sup> R. Naji EL MEKKAOUI, *op. cit.*, p. 324 et s.

C'est dans ce sens que le ministère de la solidarité, du développement social, de l'égalité et de la famille, a élaboré un programme de développement des services de médiation afin de mettre en œuvre le programme gouvernemental 2012-2016 qui vise la protection et le renforcement de la famille à travers l'adoption d'une politique familiale intégrée ainsi que la promotion des services de soutien à la médiation familiale en soutenant les initiatives des associations et de la société civile dans ce sens. Ce programme se base sur trois volets principaux :

- Le soutien du ministère à toute création ou généralisation des centres de médiation familiale.
- La multiplication des partenariats avec les associations œuvrant en matière de médiation.
- Le développement et l'adoption de nouvelles techniques de médiation familiale.

**804.** Les volets de ce programme visent des objectifs précis, notamment le soutien aux acteurs du terrain et leur permettre une meilleure utilisation des techniques et des outils de la médiation ; offrir des formations et des conseils sur l'importance du maintien de la cohésion familiale ; déterminer les techniques permettant une meilleure pratique, et enfin sensibiliser à l'importance et au rôle du conseil familial en la matière<sup>705</sup>. Ainsi, il est évident que le programme vise la société civile, les associations et les institutions, mais il intègre également dans la vision de son programme le rôle du conseil familial. En effet, le conseil de famille est créé par le code de la famille, dont la mission est l'assistance de la justice dans toutes les compétences relatives aux affaires familiales<sup>706</sup>, la mission du conseil étant de jouer un rôle d'arbitre ou de consultant. Toutefois, c'est son rôle consultatif qui ne lui permet pas d'influencer les décisions du juge. De plus, l'absence d'obligation du juge à recourir au conseil familial, a imposé une pratique qui affaiblit son rôle ainsi que son influence et sa participation, que ce soit dans les affaires où il est tenu d'agir et qui sont définies par un texte réglementaire notamment en matière de divorce, de la garde des enfants, la pension alimentaire, ou encore par rapport à l'exercice d'un rôle de médiateur familial.

**805.** Comparant le principe et la pratique de la médiation familiale entre les deux systèmes judiciaires français et marocain permet clairement de souligner les difficultés rencontrées par le Maroc dans l'intégration et la pratique de la procédure de la médiation sachant que son application peut être très avantageuse dans la cadre d'affirmer l'esprit du Code de la famille et ainsi promouvoir un esprit et une culture pacifique de règlement de conflits. De même, si l'adoption de la médiation familiale en France souligne et accorde une importance primordiale et explicite à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit marocain quant à lui s'adapte à la situation des couples avec enfants en ajoutant une deuxième séance de conciliation afin de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant.

---

<sup>705</sup> Programme des services de la médiation familiale, Ministère de la solidarité, du développement social, de l'égalité et de la famille. Disponible sur : [www.social.gov.ma](http://www.social.gov.ma).

<sup>706</sup> ARTICLE 251 Alinéa 2 du Code de la famille.

Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si la procédure de la conciliation est suffisamment protectrice de l'intérêt supérieur de l'enfant, et si ce dernier représente la priorité du juge. Puis est-ce que les deux séances proposées par la justice sont-elles suffisantes afin de déterminer cet intérêt et de le protéger ?

### ***B – La médiation et l'intérêt supérieur de l'enfant.***

**806.** La médiation familiale peut être définie comme un processus de gestion des conflits dans lesquels les parties du conflit font appel et acceptent l'intervention d'une personne impartiale et étrangère à ce conflit afin de jouer le rôle de médiateur familial amené à collaborer avec les différentes parties pour trouver le fondement d'un accord mutuel prenant en considération les besoins de chacune des parties et particulièrement lorsqu'il y a des enfants<sup>707</sup>. L'étude de la médiation familiale permet de dégager l'importance de son adoption comme un nouveau modèle de résolution de conflit d'une manière générale, mais son importance surgit encore plus lorsque les enfants font partie du conflit. L'enfant devient donc au cœur de la pratique. La majorité des politiques et des projets visant à protéger l'enfant, souligne l'importance de cette méthode dans la protection des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur. En effet, le recours à la médiation représente un processus d'espoir, d'apaisement des conflits familiaux et de coopération sans compétition afin de concrétiser l'intérêt de l'enfant<sup>708</sup>. Le législateur français n'a pas hésité à affirmer la place de l'enfant au sein du processus de la médiation pour préserver ses droits et son développement sain et pour faire de son intérêt supérieur le pivot de la médiation familiale<sup>709</sup>. L'importance portée à la place de l'enfant en matière de médiation propose aujourd'hui une adaptation au système familial actuel et un outil nécessaire pour le médiateur dans l'objectif de rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant.

**807.** La référence à l'importance de la place de l'enfant dans le processus de la médiation se concrétise en matière d'autorité parentale, où le législateur la considère, selon la loi du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale. A travers cette loi, le législateur permet à l'enfant d'intégrer le processus de la médiation et d'y trouver une place résidant dans la responsabilisation des parents à l'intérêt de l'enfant et à l'objectif de la médiation qui consiste à redéfinir les rapports et les intérêts de chacun dans la nouvelle situation<sup>710</sup>. Toutefois, cette volonté d'accorder et de garantir à chaque membre de la famille une place au sein du processus de la médiation, crée d'autres défis qui consistent notamment à savoir comment la participation de l'enfant peut être introduite afin de permettre aux parents et au médiateur d'avancer dans la recherche de la solution.

---

<sup>707</sup> Alice DE LARA et Pierre DE LARA, L'enfant, « objet transitionnel » de la médiation familiale, 2003/2 n° 160, p. 69.

<sup>708</sup> Giancarlo FRANCINI et Elena GARGANO, Les enfants dans la médiation familiale de leurs parents, in *Thérapie familiale*, éd Médecine & Hygiène, 2004/1 Vol.25, p. 66.

<sup>709</sup> Maurice BERGER, Médiation et intérêt de l'enfant, *ERES Dialogue*, 2005/4 n° 170 p. 7.

<sup>710</sup> Marc. JUSTON, L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant, *Dr. famille*, Mars 2008, étude 10.

**808.** Par ailleurs, la participation et l'inclusion de l'enfant dans la médiation familiale fait face à l'obstacle de l'imprécision de sa place de au sein du processus. Un constat qui crée de grands débats sur l'inclusion et la participation ou non de l'enfant dans la médiation. En effet, cette divergence oppose ceux qui refusent l'inclusion de l'enfant, pour les difficultés et les risques qu'elle peut présenter nt<sup>711</sup> et ceux qui considèrent que son inclusion dans la procédure permet une meilleure visualisation de l'objectif de cette dernière et par suite permet de mieux de définir l'intérêt de l'enfant. Pour les premiers, il n'y a pas de raison pour inclure l'enfant dans la procédure. Cette dernière doit être réservée uniquement aux parents, mieux placés pour connaître l'intérêt de l'enfant et le protéger.

Ainsi le rôle du médiateur consiste à prendre en considération les visions des parents et à trouver un accord basé sur leurs paroles, ce qui rend l'intervention de l'enfant inutile voire risquée. De même, le médiateur n'est pas formé à la réception de la parole de l'enfant ce qui peut engendrer des interprétations pouvant aller à l'encontre de sa volonté ou de son intérêt. Quant aux défenseurs de l'inclusion de l'enfant dans le processus, l'idée principale défendue est celle d'affirmer que cette méthode ne renvoie en aucun cas à une attribution de pouvoir décisionnel à l'enfant, mais son rôle consiste à guider et permettre aux parents d'aborder les désaccords en ayant dans l'esprit la prise en considération primordiale de son intérêt supérieur et d'aider le médiateur à constituer une idée complète fondée sur la parole de l'enfant. Ceci va lui servir d'un outil de compromis afin d'exposer aux parents les besoins affectifs de l'enfant et d'approcher les disparités du couple à qui détient le pouvoir de décision finale<sup>712</sup>.

**809.** Les partisans de l'inclusion de l'enfant à la médiation familiale regrettent l'argument des opposants qui défendent l'idée de la protection de l'enfant de toute exposition au conflit conjugal. Par ailleurs, il est tout à fait légitime de se demander si cette méthode permet à l'enfant d'être éloigné du conflit. La réponse paraît assez complexe mais peut trouver une réponse dans les textes, notamment le texte de la CIDE qui insiste sur le droit de l'enfant à l'écoute et à la participation, notamment l'article 12 qui dispose 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* ».

**810.** La pratique de la médiation familiale en France permet le mélange des deux courants dans l'objectif de s'adapter à chaque situation. Elle a également adopté de nouvelles techniques en ayant recours à d'autres spécialistes lors des séances de médiation familiale afin de mieux recueillir la parole de l'enfant. Ainsi, cette évolution permet aujourd'hui de considérer que l'inclusion de l'enfant dans le processus de la médiation est avantageuse dans le sens où elle offre au médiateur la possibilité de définir les difficultés de l'enfant et de se lancer dans la recherche de son intérêt supérieur qui demeure le plus grand défi .

---

<sup>711</sup>Giancarlo FRANCINI et Elena GARGANO, *id, ibid*, p. 67.

<sup>712</sup>R DRAPKIN., F; BIENENFELD, the power of including children in mediation, *Journal of divorce*, 1985, 8, 3/4, 63-95, in Giancarlo FRANCINI et Elena GARGANO, Les enfants dans la médiation familiale de leurs parents, *Thérapie familiale* 2004/1 (Vol. 25), p. 67.

Ce dernier va en effet, définir cet intérêt en se basant sur les résultats des méthodes adoptées dans le recueillement de la parole de l'enfant et analyser comment les parents vont réagir à cela. Dans le même ordre d'idées, il semble évident que la médiation familiale représente aujourd'hui une méthode inévitable et un recours pour le juge dans la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers l'adoption de la médiation comme étant un nouveau mode de résolution du conflit.

**811.** Pour le juge marocain la question de l'inclusion de l'enfant dans la procédure de conciliation qui est considérée comme une phase de médiation, est beaucoup plus complexe. En effet, comme précisé précédemment, le juge marocain de la famille se contente d'une séance de conciliation lorsque le couple n'a pas d'enfant, mais il est appelé obligatoirement à mener une deuxième séance lorsqu'il ya des enfants comme le dispose l'article 82 « *en cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation, espacées d'une période minimale de trente jours* ». Ainsi, il est question de savoir à quel point la prise en considération de l'intérêt de l'enfant guide le juge dans les deux séances de conciliation. Pour un pays engagé à l'égard de la CIDE et intégrant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de sa dernière réforme du Code de la famille, la prise en considération de cet intérêt lors des deux séances de conciliation semble être très limitée.

En effet, lors de ces séances de conciliation, l'approche du juge marocain menant le processus est loin d'être identique à celle du médiateur français. Dans la majorité des cas, la réflexion du juge dans son discours est focalisée sur le maintien du lien conjugal du couple, sans pour autant considérer les enfants et leurs intérêts une priorité. La question de l'enfant semble être minorisée, puisqu'il suffit de rappeler aux époux qu'il est préférable de se concilier pour protéger les enfants.

Une référence insuffisante dans la mesure où le juge n'évoque pas les difficultés et les atteintes que le divorce peut provoquer sur le bien-être de l'enfant. La question priorisée est celle du couple c'est-à-dire du groupe, qui est plutôt une approche traditionnelle remettant en question le degré de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. Ce dernier est évoqué uniquement dans le cadre d'une conciliation, sans prendre en compte la séparation possible et l'objectif d'une mise en place d'un nombre d'accords visant la protection de cet intérêt, notamment le droit de l'enfant au maintien des relations avec ses deux parents et le partage de leurs responsabilités pour lui garantir une stabilité<sup>713</sup>.

La seule question sur laquelle insiste le juge est d'ordre matériel, visant sur l'obligation du mari à subvenir aux besoins financiers de son enfant après le divorce. Ainsi, l'intérêt de l'enfant au sein de ce processus fait « *l'objet d'un usage juridique relativement simple* », *remettant en question le principe de sa prise en considération et limitant l'objectif des deux séances qui cherchent à protéger les droits de l'enfant que ce soit dans le cas de maintien ou de renonciation à la demande de divorce*<sup>714</sup>.

---

<sup>713</sup> Yazid BEN HOUNET et Nouri RUPERT, L'application du droit de la famille au Maroc : Du genre et de la parentalité, L'année du Maghreb, CNRS éd., 18/2018, p. 12.

<sup>714</sup> *Idem*.

**812.** De même, le juge marocain n'accorde pas une grande importance dans la pratique au rôle de l'enfant et de son droit à la participation dans les affaires qui le concerne. Le juge marocain est encore loin aujourd'hui d'inclure l'enfant dans le processus de conciliation, puisqu'il ne le considère pas comme acteur du conflit. Avec une approche plutôt traditionnelle, le juge estime que les parents sont les meilleurs gardiens de l'intérêt de leur enfant ; ainsi son inclusion ne semble pas être une priorité. De plus, même le législateur ne prévoit aucune inclusion et aucune participation de l'enfant lors du processus de la conciliation, hormis en cas de divorce des parents lorsqu'il est appelé à la demande du juge à faire son choix de résidence à l'âge de quinze ans comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 166 qui dispose que « *En cas de rupture de la relation conjugale des parents, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assumera la garde* » ; une restriction qui permet au juge de se limiter aux deux séances obligatoire que prévoit la loi et de se contenter d'une analyse superficielle de la situation à travers la parole des parents, sans aucun recours aux spécialistes notamment des professionnels en matière de médiation<sup>715</sup>.

**813.** Comparant la pratique de la médiation dans les deux systèmes judiciaires, il semble évident que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant n'acquiert pas le même niveau d'importance. Il est à reconnaître que cette pratique fait face à un nombre limité dans les deux pays. En France, il est vrai que la pratique a déjà parcouru un long chemin vers le développement et s'est confirmée comme un processus avantageux que le juge met en œuvre dans sa recherche à la réalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, les professionnels soulignent l'insuffisance du soutien logistique et financier de la part du ministère de la justice ainsi que d'une inégalité territoriale à l'égard de la pratique.

Quant à son recours et sa concrétisation dans le système judiciaire marocain, il est évident que de nombreux points doivent être revus afin de promouvoir le recours à la médiation familiale. Ainsi, il est d'abord question de réviser les dispositions qui permettent le recours aux modes alternatifs à la résolution des conflits, et d'intégrer explicitement la méthode de la médiation afin qu'elle apporte la précision au rôle du juge qui est dispersé entre conciliation, médiation ou arbitre et pour que ça soit plus efficace dans la pratique, aussi permettre l'intégration des spécialistes en médiation ; d'élaborer une collaboration entre ces derniers et le juge de la famille et conserver à ce dernier uniquement le rôle du contrôleur du processus.

**814.** De plus, une autre approche doit être intégrée dans le Code de la famille et dans la pratique judiciaire, et qui est celle du rôle de l'enfant dans les affaires qui le concerne pour qu'il soit un acteur dans la protection de son intérêt au sein du conflit à travers le recueillement de sa parole qui représente un des moyens les plus légitimes du juge qui est à la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant.

---

<sup>715</sup> Mohammed OUZETOUAL, *op. cit.*

### ***C - La parole de l'enfant, un moyen de détermination de son intérêt supérieur.***

**815.** Depuis l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant, ce dernier s'est vu reconnaître un ensemble de droits lui permettant d'acquérir une autonomie et une reconnaissance d'association à toutes les affaires et les décisions qui le concerne. Cette philosophie défendue par la CIDE, surgit explicitement à travers son article 12 qui dispose 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 son degré de maturité* » ; cet engagement des Etats parties accorde à l'enfant le droit de s'exprimer et de permettre à ceux qui sont dans la position de juger de prendre en considération ses sentiments et son opinion afin de lui garantir la protection judiciaire de son intérêt supérieur. Un droit fondé sur l'évolution du statut juridique de l'enfant au sein de la société qui lui a permis de devenir acteur dans toutes les affaires qui le concerne et de ne plus subir les décisions des adultes sans qu'il puisse exprimer son avis<sup>716</sup>. De même, le droit de l'enfant de s'exprimer ne signifie pas uniquement, un droit à la parole mais également à ce que cette parole soit comprise et prise en considération lorsqu'elle exprime des sentiments et des choix dans des situations qui le concerne.

**816.** Le droit de l'enfant à la parole représente l'un des droits fondamentaux qui ont contribué au succès de la CIDE, rejoignant d'autres articles traitant du droit à la participation notamment les articles 31, 23, 15 et 40 de la même convention. Toutefois, comme l'ensemble des principes fondamentaux de la CIDE, le droit de l'enfant à la parole ne peut pas faire l'objet d'une prise en considération seul, il est constamment lié à l'ensemble des principes notamment celui de l'intérêt supérieur de l'enfant présenté dans l'article 3 de la convention. La relation entre les articles 3 et 12 de la CIDE est conflictuelle, puisqu'elle interpose d'une part l'adulte à qui revient la mission de décider et de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant, et d'autre part l'enfant qui conserve le droit d'exprimer sa volonté et son choix. Une analyse qui permet de souligner que le droit de l'enfant d'être entendu présente principalement un élément constitutif de l'intérêt supérieur de l'enfant, autrement dit, la parole de l'enfant fait l'objet d'une prise en considération par les praticiens notamment le juge afin de constituer une vision globale et de déterminer l'intérêt de l'enfant au sein des conflits<sup>717</sup>.

**817.** En matière familiale, la prise en considération de la définition avancée par l'article 12 sur le droit de l'enfant à la parole ne fait pas l'objet d'une intégration identique au sein des systèmes judiciaires des Etats parties ; elle est en effet, interprétée selon le modèle familiale et judiciaire adoptée par chaque Etat, ce qui engendre des divergences par rapport à la prise en considération de ce droit.

---

<sup>716</sup> Pierre MURAT, La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations, Rev., dr., fam. 2006, n° 7, étude 31.

<sup>717</sup> Marie Françoise LUCKER-BABEL, The right of the child to express views and to be heard : An attempt to interpret Article 12 of the UN convention on the rights of child, the international journal of children's rights 3 : 391-404, 1995, p. 393.

Dans les deux systèmes judiciaires que nous étudions, la prise en considération de la parole de l'enfant lors du conflit familial ne répond pas aux mêmes critères et n'aboutit pas aux mêmes résultats. En effet, l'influence du cadre juridique international et régional ont permis au législateur français de consacrer à l'enfant un droit subjectif qui est le droit à la parole, lui permettant de s'exprimer dans les conflits qui le concerne et de constituer de ce droit un moyen de concrétisation de son intérêt supérieur par les praticiens bien que sa parole ne soit pas déterminante, elle permet néanmoins sa prise en considération par le juge. L'examen du cadre législatif marocain, quant à lui est encore loin de cette concrétisation malgré son engagement au regard des conventions internationales, la concrétisation du droit de l'enfant à la parole est très limitée si elle n'est pas absente en matière familiale, une situation due principalement à la perception de la place de l'enfant et de l'importance de sa parole au sein du conflit familial et de sa prise en considération par le juge.

**819.** L'évolution des droits de l'enfant et de son statut juridique ont permis dans le monde d'aujourd'hui d'ancrer un nombre de principes fondamentaux qui reflètent la transformation de la situation de l'enfant d'une personne qui subit les décisions des adultes à une personne qui a le droit d'exprimer son avis dans toutes les affaires qui la concerne<sup>718</sup>. Un principe fondé principalement sur l'article 12 de la CIDE, qui énonce les éléments précis et directs qui visent à inciter les Etats parties à reconnaître et encourager le droit de l'enfant à la parole. L'article 12 représente une disposition considérée d'explicite, ne contenant aucune ambiguïté ou de possibles interprétations ; elle appelle à ce que l'enfant soit en mesure d'exprimer son opinion en vue de toutes les questions qui le concernent mêmes celles qui ne sont pas évoquées par la CIDE.

**820.** L'application de l'article 12 de la CIDE renvoie à l'importance de définir et de saisir deux notions primordiales ; d'abord la capacité de discernement de l'enfant puis la participation de l'enfant dans toutes les procédures qui le concernent. En ce qui concerne la notion de discernement qui n'est pas défini par la loi ni en France ni au Maroc, elle peut représenter une source de divergence de la prise en considération. Cette notion qui renvoie principalement à « *la disposition de l'esprit de l'enfant à juger clairement et sainement des choses* »<sup>719</sup> ou encore à « *la faculté d'apprécier avec justesse les situations* »<sup>720</sup> et qui doit être prise en considération lorsque l'enfant fait l'objet d'audition concrète par le juge ou le professionnel.

En France, la circulaire du 3 mars 1993 à titre d'exemple expose un guide pour le juge, dans le sens où elle guidée par ce dernier à travers une liste d'éléments qui lui permettent une meilleure compréhension des éléments à prendre en considération notamment : l'âge, le degré de maturité et la faculté de compréhension de l'enfant. D'autres auteurs et praticiens, soulignent également l'importance de la prise en considération, la nature du litige ou encore les circonstances de l'ensemble de la situation.

---

<sup>718</sup> A. GOUTTENOIRE, Dessine-moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en europe, *in* le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, D. GADBIN, F. KERNALEGUEN (dir. De), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 322 ; M. BRUGGEMAN, Le droit d'être entendu, *in* La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2014, pp. 107-120.

<sup>719</sup> Petit Larousse.

<sup>720</sup> Caroline.WATINE-DROUIN, J-cl. Civil, 1994, art. 388-2 et 388-2, fasc., 20, n° 25, p. 6.

Toutefois, certains juges se sont toujours focalisés sur l'importance du recours aux experts afin de déterminer le discernement dont dispose l'enfant et s'il est capable de participer et d'être entendu.

**821.** La prise en considération de la capacité de discernement de l'enfant, a également fait l'objet d'un nombre de critiques puisqu'elle se base sur « *le critère de la maturité qui est elle-même relative à l'intelligence, le milieu, l'entourage, le pays où vit l'enfant* »<sup>721</sup>. Il est vrai que l'imprécision de la notion semble présenter une difficulté pour le juge ; néanmoins, c'est son imprécision qui permet d'individualiser la prise en compte de chaque enfant, de sa réalité et de sa particularité dans l'objectif de ne pas desservir l'intérêt de l'enfant à travers la fixation d'un âge précis. Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ va encore plus loin et propose la suppression du critère de discernement qui peut porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle reconnaît à l'enfant son droit d'audition à n'importe quel âge et accorde au juge la possibilité de refuser cette audition uniquement lorsque ce dernier considère que l'enfant est très jeune pour qu'il soit auditionné ou encore lorsque c'est contraire à son intérêt supérieur<sup>722</sup>.

**822.** Quant au droit de l'enfant d'être entendu dans toutes les procédures qui le concerne, il est encore question de l'imprécision de la notion et des conditions générales qui demeurent vagues. De nombreux débats se sont créés suite à la question de la participation de l'enfant dans les procédures le concernant notamment en matière familiale où la sensibilité du champ d'application est avérée. En France, l'enfant est entendu de manière générale dans toutes les procédures relatives à l'autorité parentale lors d'un divorce ou lors d'une séparation de corps des parents ; toutefois, l'enfant ne peut être auditionné sur les griefs invoqués par les époux pour appuyer un divorce afin de protéger son intérêt moral. De plus, il revient toujours au juge de définir l'intérêt de l'enfant dans sa participation à la procédure<sup>723</sup>. Au Maroc, la question est loin d'être prise en considération primordiale, l'audition de l'enfant représente souvent une exception malgré la modernisation de la juridiction familiale et l'intégration de nombreux principes relatifs à la protection de l'intérêt de l'enfant.

**823.** En France, la CIDE représente une source d'inspiration principale à la concrétisation des droits de l'enfant. Elle est reconnue d'applicabilité directe par la première chambre de la cour de cassation depuis l'arrêt du 18 mai 2005<sup>724</sup>. A travers cette décision, la cour de cassation rappelait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être pris comme une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concerne, ainsi que dans la possibilité où l'enfant est capable de discernement<sup>725</sup>. Il lui est accordé le droit de se présenter au juge dans n'importe quel moment de la procédure.

---

<sup>721</sup> M.RENARD, Quelques réflexions d'un juriste de la France profonde sur les droits de l'enfant, G.P. 1994-2.

<sup>722</sup> Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'instrumentalisation du discernement de l'enfant, in Recherches familiales, 2012/1 n° 9, p. 163 et s.

<sup>723</sup> Il importe de souligner que l'enfant doit être entendu lorsqu'il est lié par un intérêt personnel, direct, certain qu'il soit immédiat ou futur, matériel ou moral.

<sup>724</sup> Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 18 mai 2005, Rev. dr. fam., 2005, n° 7, comm.156, note A. GOUTTENOIRE.

<sup>725</sup> Il est toutefois, important de souligner qu'il y a obligation que l'enfant soit capable de discernement. Une notion qui n'est pas définie par la loi et qui se réfère à une disposition de l'esprit de l'enfant à juger clairement et sainement des choses. Ou encore à sa faculté d'apprécier avec justesse les situations.

De plus son audition ne peut pas être considérée comme une faculté ou être écartée que par une décision motivée.

En effet, dans une affaire de fixation de la résidence habituelle d'un enfant suite à un divorce parental dont la mère est de nationalité américaine et le père de nationalité française, ce dernier a en effet reproché à la cour d'appel de ne pas avoir eu recours à l'audition de l'enfant, tandis que ce dernier en avait fait la demande. Le père invoquait alors une violation du droit interne qui permet à l'enfant capable de discernement de s'exprimer dans toute procédure le concernant. En l'espèce les juges d'appel ont fixé la résidence de la fillette âgée de douze ans chez sa mère aux Etats Unies sans prendre en considération la demande de l'enfant. La première chambre civile a affirmé une violation d'abord au droit interne mais également aux articles 3-1 et 12-2 de la CIDE qui visent à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit d'être entendu. La Cour de cassation a continué dans le même sens à combiner l'application des articles 3-1 et 12-2 de la CIDE dans un autre arrêt du 22 novembre 2005<sup>726</sup>, soulignant la même prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être une considération primordiale et de son droit d'être entendu conformément aux dispositions de la CIDE.

**824.** Ces arrêts ont clairement souligné l'insuffisance de la loi du 8 janvier 1993 qui abordait la question de l'audition de l'enfant d'une manière très limitée puisqu'elle présentait ce droit comme une faculté pour le juge qui conservait le droit de refuser l'audition de l'enfant. En effet, ce n'est qu'en 2007 que le législateur français a pris conscience de la limite du texte en la matière. A travers l'adoption de la loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfant, le législateur a ouvert la porte à une série de réformes visant à concrétiser ce droit notamment par la ratification de la loi du 1er août 2007 ratifiant la convention européenne relative à l'exercice des droits de l'enfant ou encore l'adoption du décret n° 2009-571 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant<sup>727</sup>. Une concrétisation généralisée par l'alinéa 2 de l'article 388-1 du Code civil qui dispose que « *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu le juge apprécie le bien-fondé de ce refus* ». C'est ainsi, que le législateur a mis en place toute une organisation afin de répondre aux exigences des textes internationaux et régionaux, et de permettre l'installation d'un régime efficace de l'audition de l'enfant.

**825.** L'organisation du régime de l'audition de l'enfant, débute tout d'abord par l'obligation du juge d'informer l'enfant de son droit à être entendu. En effet, selon l'alinéa 4 de l'article 388-1 du Code civil, le juge est tenu de s'assurer que le mineur a été informé de son droit d'être entendu et assisté par un avocat.

<sup>726</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, Bull., 2005, I, n° 434, p. 364 : Jean HAUSER, La référence de la convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) fait recette à la cour de cassation mais est-elle nécessaire ?, RTD Civ. 2006, p. 101.

<sup>727</sup> Il est à noter que ces textes visent principalement le champ d'application familial, puisque l'audition réalisée par la juridiction pénale ou par le juge des enfants dépasse l'approche d'un simple droit accordé à l'enfant mais elle représente une obligation légale que ce soit pour l'enfant ou pour le juge.

Une obligation imposée par l'article 338-1 du Code de la procédure civile qui souligne l'obligation des parents, des tuteurs ou de ceux qui exercent l'autorité parentale où le cas échéant ceux à qui l'enfant a été confié notamment des personnes physiques ou morales d'informer l'enfant de son droit à l'audition et de l'assistance d'un avocat<sup>728</sup>. Dans le même sens de garantir à l'enfant son droit à l'information, le législateur a également prévu à travers l'article 338-1 l'envoi « *d'un avis rappelant les dispositions de l'article 338-1 accompagné de la convocation à l'audience* ». Ainsi, à travers son pouvoir de contrôle en la matière qui lui est attribué par l'article 338-1, le juge conserve le droit de contrôler si l'enfant a bien été informé par son droit à être auditionné, et si l'enfant n'a pas connaissance de ce droit, il est alors informé oralement par le juge.

Toutefois, lorsque le juge informe l'enfant de son droit d'être auditionné, et si l'enfant demande d'être auditionné, le juge ne peut pas débiter l'audition sur le champ, mais sera appelé à reporter l'audition de l'enfant, puisque cette dernière représente aujourd'hui une mesure d'instruction à part entière et elle ne peut être réalisée lors d'une audience, ou d'intégrer une mesure d'enquête. Autrement dit, l'audition de l'enfant représente une phase procédurale que le juge est tenu de respecter, et dont il est le seul responsable devant l'enfant, en écartant même les experts qui peuvent être chargés d'auditionner l'enfant notamment les enquêteurs sociaux. Le droit de l'enfant d'être informé par rapport à son éventuelle audition a donc permis la mise en place de toute une organisation et une procédure visant à renforcer la concrétisation de ce droit. D'abord une simplification de procédure à travers la formulation de la demande d'audition qui est toujours présentée sans forme par l'enfant ou par les parties au juge, comme elle peut être formulée à tous les stades de la procédure même en appel. L'enfant est ensuite convoqué à son audition par une lettre simple qui mentionne également son droit d'être assisté lors de l'audience soit par un avocat soit par une autre personne de son choix, puis les défenseurs des parties et à défaut les parties elles-mêmes sont avisés des modalités de l'audition<sup>729</sup>.

**826.** Le législateur français, a mis en place un arsenal juridique afin de garantir à l'enfant un droit de s'exprimer et d'être auditionné. Par ailleurs, il y a deux cas de figure où l'audition est refusée, d'abord lorsqu'elle est refusée par le juge puis lorsque l'enfant refuse de s'exprimer. En ce qui concerne le premier cas, le juge a en effet la possibilité de refuser d'auditionner l'enfant lorsqu'il considère que ce dernier n'acquiert pas la capacité de discernement ou lorsqu'il considère que l'enfant n'est pas concerné dans la procédure ou encore lorsque la demande d'audition du mineur émane des parties concernées par la procédure, puisqu'il peut juger l'audition de l'enfant d'accessoire dans le litige ou alors contraire à l'intérêt de l'enfant. En effet, la justice a déjà apporté des réponses concrètes à ces éléments de refus, à travers quelques arrêts ; d'abord par rapport au refus dû à l'élaboration de la demande par un tiers ; un arrêt du 19 septembre 2007 a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine, lorsque le juge a refusé une demande d'audition d'enfant faite par une assistante sociale ; en effet, le juge a considéré que la demande devait émaner de l'intéressé lui-même et non pas d'un tiers.

---

<sup>728</sup> Jacques. MASSIP, Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (Observation sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application), dr. Famille, septembre 2009, étude 22.

<sup>729</sup> Article 338-6 du CPC.

Même si la Cour a été accusée « *d'une mal interprétation des dispositions de la CIDE* » le législateur a néanmoins retenu la position de la Cour puisque l'article 388-2 du décret du 20 mai 2009 a affirmé que la demande d'audition doit être présentée par le mineur lui-même, ou par les parties... ».

Dans ce sens, l'enfant et les parties sont informés du refus du juge à l'audition du mineur et sont informés par tout moyen ; aucune possibilité de recours n'est possible à l'encontre de la décision du juge<sup>730</sup>. Quant au droit de l'enfant de ne pas s'exprimer, la loi du 5 mars 2007 a ajouté la possibilité du refus de l'enfant de s'exprimer en affirmant dans l'article 388-1 du Code de la procédure civile que « *lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus* », or ce refus pose problème lorsque l'enfant doit être appelé afin de participer au processus de la décision qui le concerne en lui permettant la possibilité d'exprimer ses sentiments à l'égard de sa situation ou position dans l'affaire, ainsi il est question de savoir si l'enfant est contraint à s'exprimer. La réponse, est dans l'équilibre et la prudence de la jurisprudence afin de ne pas faire de la convocation du mineur une règle systématique dans l'objectif de protéger l'intérêt de ce dernier<sup>731</sup>.

**827.** Le choix de l'avocat accompagnateur de l'enfant fait également l'objet d'un contrôle ; en effet, ça revient à l'enfant ou à défaut au juge de désigner l'avocat. Une désignation qui permet d'attribuer une aide juridictionnelle, dans l'objectif de garantir la neutralité de ce dernier à l'égard des parties et vis-à-vis de l'enfant. En outre, la présence de l'avocat représente avant tout une garantie au mineur afin qu'il soit informé de son droit de s'exprimer et d'être auditionné ainsi que de son droit de refuser de s'exprimer et de se soumettre à la demande du juge d'être auditionné<sup>732</sup>. Lorsque l'enfant exprime sa volonté d'être auditionné, l'avocat revêt donc un rôle primordial qui consiste à préparer l'enfant à la rencontre avec le juge ou la personne désignée pour cette audition.

Suite à l'audition, le juge est tenu de dresser un procès-verbal tout en respectant l'intérêt de l'enfant et le fait qu'il soit soumis au principe du contradictoire ; il est également doté de la liberté de ne pas mentionner tout élément qui pourrait porter atteinte à cet intérêt. Ainsi, l'audition de l'enfant permet clairement au juge la possibilité d'élaborer une idée sur l'ensemble de la situation et de recueillir le point de vue de l'enfant dans cet objectif, en permettant même à l'enfant de participer à la rédaction du procès-verbal de l'audition afin que le juge puisse retranscrire l'opinion de l'enfant telle qu'elle a été exprimée.

**828.** De plus, afin d'attribuer plus de moyens en matière de la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers l'audition de l'enfant, le législateur a également prévu la possibilité d'auditionner l'enfant par une autre personne désignée à part le magistrat lorsque l'intérêt de l'enfant le commande. Cette mesure, apportée par le décret du 20 mai 2009 offre la possibilité d'envisager une deuxième forme d'audition de l'enfant.

---

<sup>730</sup> Article 338-5 du Code civil : « La décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours ».

<sup>731</sup> Adeline. GUITTENOIRE, Audition du mineur, *in* Droit de la famille, *op. cit.*, p. 1059.

<sup>732</sup> Article 338-1, alinéa 2 du Code civil.

Une mesure qui fait appel à la désignation d'une personne par le juge, avisée de sa mission sans délai par tout moyen, par le greffe, la personne ne doit pas entretenir des liens ni avec le mineur ni avec les parties du conflit dans l'objectif de garantir son impartialité dans l'affaire. Quant à son profil, elle doit être dotée d'une expérience professionnelle en matière sociale, psychologique, ou médico-psychologique. Lors de cette audition, l'avocat est tenu de sauvegarder le même rôle que celui qui lui est attribué lors de l'audition devant le juge, il assiste l'enfant afin de lui garantir son droit à l'audition et de faciliter son droit de s'exprimer<sup>733</sup>.

**829.** C'est dans ce sens, que l'audition de l'enfant par le juge ou par des professionnels spécialistes en la matière représente aujourd'hui une phase à part entière dans n'importe quelle situation dans laquelle il constitue une partie. La prise en considération de la parole de l'enfant, reflète l'évolution sociale et familiale puisqu'il se retrouve dans l'obligation d'exprimer ses sentiments et ses volontés lorsque les parents qui sont sensés exercer ce rôle sont démissionnaires lors des conflits parentaux<sup>734</sup>. C'est un droit qui lui permet de participer à la concrétisation et à la détermination de son intérêt notamment en matière familiale où l'opinion de l'enfant présente un critère non négligeable dans l'élaboration du jugement. Par ailleurs, si l'article 388-1 du Code civil prévoit le droit de l'enfant d'être auditionné ainsi que l'ensemble de la procédure visant à fixer les modalités et les obligations du juge en la matière, le comité des droits de l'enfant en souligne une limite relative à l'application de l'article 12 de la CIDE où elle précise que : « *la mise en œuvre intégrale de l'article 12 exige la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le langage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture, par lesquelles les enfants très jeunes montrent leur compréhension, leurs choix et leurs préférences* »<sup>735</sup>.

Cette observation rejoint également le regret de certains auteurs qui considèrent que les réformes menées par le législateur demeurent limitées en la matière en déplorant le fait qu'il est toujours question « *...que les parents savent ce qui est bon pour l'enfant, ...et considèrent qu'ils sont mieux à même que lui de connaître ses aspirations, ses intérêts et de faire valoir ses droits* »<sup>736</sup>, ou encore la limite avérée dans la loi du 2 mars 2002 réformant l'autorité parentale qu'ils considèrent comme une prise en considération de la parole de l'enfant imparfaite dans le sens où les parents sont appelés à « *associer l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* » sans pour autant

---

<sup>733</sup> Le tribunal de TARASCON s'est doté d'une expérience exceptionnelle en la matière, qui consiste à l'adoption d'une nouvelle méthode de co-audition qui permet d'envisager une médiation d'équipe qui profite du savoir et des compétences de chaque professionnel afin de servir l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, ces professionnels instaurent une sorte de collégialité entre le JAF, l'avocat et un médiateur d'enfant doté d'une formation en psychologie et un médiateur familial. Une expérience qui permet selon M. Marc JUSTON « d'affiner l'écoute et la réflexion sur la parole de l'enfant, ainsi qu'une prise de conscience des parents de la situation de l'enfant et de ses besoins » *in* La parole de l'enfant : la vérité sort elle toujours de la bouche des enfants ?, *op. cit.*, p. 171 et s.

<sup>734</sup> Jean-Louis. RENCHON, A propos du droit de droit de l'enfant d'être entendu dans le litige entre ses parents, *in* Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER, Paris, Dalloz, 2012, p. 616.

<sup>735</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, 2009, Le droit de l'enfant d'être entendu, 51<sup>ème</sup> session, 25 mai-12 juin 2009, Genève. Disponible en ligne, CRC/C/SR.1402.

<sup>736</sup> Jacqueline. RUBELLIN-DIVICHI, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, JDJ, 1996, n° 156, citant V.T. DUPRE, La place de l'enfant devant les juridictions civiles après la loi du 8 janvier 1993, Mémoire de DEA de droit de la famille, 1993 ; A. GOUTTENOIRE, L'enfant et les procédures judiciaires, thèse Lyon 1994, *in* Jean-Luc RONGE, La convention internationale relative aux droits de l'enfant : on avance ou on recule ?, Journal du droit des jeunes, 2004/10, n° 240, p. 12.

lui permettre l'accès au tribunal, ou encore lorsque le juge se contente de « *prendre en considération ...les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues par l'article 388-1* ».

**830.** Dans ce sens il semble être regrettable que malgré la prise en considération de la parole de l'enfant et de ses sentiments par le juge qui doit les faire savoir expressément dans sa décision, que l'obligation de l'audition de l'enfant dans les affaires familiales ne soit pas retenue comme c'est le cas en matière d'assistance éducative sachant que l'élément de la parole de l'enfant peut forcément être un élément efficace dans la recherche et la réalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>737</sup>.

De plus, la prise en compte de la parole de l'enfant n'est pas considérée comme systématique, puisque la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 3 décembre 2008<sup>738</sup> de rappeler que le JAF ne pourrait pas hiérarchiser sa décision entre le droit de visite et d'hébergement d'un père à la parole et la volonté de l'enfant. Cette décision de la cour de cassation se positionne clairement d'une manière à mettre en vigilance une prise en considération excessive de l'opinion de l'enfant notamment lorsqu'il s'agit du droit de visite et d'hébergement, puisque cette volonté peut évoluer en une suppression définitive des liens entre l'enfant et le parent, une situation totalement contraire à l'équilibre de l'enfant et à son intérêt supérieur.

**831.** A l'instar du législateur français qui a pris en considération la parole de l'enfant et l'a intégrée dans l'ensemble de sa législation afin d'harmoniser son droit interne aux exigences internationales qui en font de ce droit un principe fondamentale, son homologue marocain ne consacre pas à l'enfant le droit à la parole comme étant un principe fondamental dans les procédures qui le concerne. En effet, malgré le fait que le Maroc ait ratifié la CIDE et qu'il ait tenté lors de toutes les réformes menées en droit de la famille notamment celle de 2004 à harmoniser son droit interne relatif à la protection des droits de l'enfant avec la CIDE, il a néanmoins manqué la prise en considération de ce principe fondamental en matière familiale.

**832.** Malgré l'absence d'une intégration explicite de l'article 12 de la CIDE qui dispose 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...* », dans le Code de la famille marocain la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers sa parole, se manifeste uniquement en matière de garde. En effet, l'article 166 dispose que « *en cas de rupture de la relation conjugale des parents, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assumera sa garde, en l'absence du père et de la mère, l'enfant peut choisir l'un de ses proches parents...* » ; cette disposition renvoie au droit de l'enfant à s'exprimer et à donner son avis dans les affaires qui le concerne, et donc au choix très timide du législateur à l'intégration de l'article 12 qui évoque l'un des principes fondamentaux de la CIDE notamment le droit de l'enfant à la participation.

---

<sup>737</sup> Jean-Luc RONGE, *ibid*, p. 13.

<sup>738</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 décembre 2008, n° de pourvoi 07-19.767 : François CHENEDE, AJ Famille 2009 p. 31 ; Jean HAUSER, RTD civ. 2009, p. 112, Pierre MURAT, Droit de la famille 2008, n° 31.

A travers cette disposition, le législateur considère que l'âge adapté pour qu'un enfant soit capable de discernement et puisse donner son opinion est de quinze ans, une fixation d'âge qui a fait face à de nombreux cas de figure où la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant permettait le recours à son audition avant l'âge de quinze ans.

**833.** Ainsi est le cas dans une affaire dans laquelle le père a fait état d'un changement intervenu dans la situation de la mère gardienne dans l'objectif de lui retirer son droit à la garde de leur enfant de douze ans. En effet, le remariage de cette dernière a constitué pour le père un motif pour la déchoir de son droit de garde en évoquant l'article 105 de l'ancien statut personnel qui dispose que « *la gardienne qui contracte mariage avec toute personne autre qu'un proche parent (au degré prohibé) de l'enfant ou le tuteur testamentaire de cet enfant, perd son droit de garde, à moins qu'elle ne soit elle-même sa tutrice testamentaire ou la seule nourrice à l'enfant* » ; ce motif légitime sous l'empire de l'ancien texte et modifié en 2004<sup>739</sup>, n'a cependant pas influencé la décision de la haute juridiction qui a décidé de ne pas déchoir la mère de son droit de garde malgré qu'elle s'était remariée, puisque le souhait de l'enfant exprimé lors de son audition par le tribunal a fait état de sa volonté de vivre avec sa mère.

**834.** Le tribunal a fondé sa décision sur une des dispositions de l'ancien texte du statut personnel qui en réalité n'évoque pas le droit de l'enfant de s'exprimer et de donner son opinion, et qui ne précise pas d'âge de discernement et qui évoque le terme de puberté en matière de garde. Ainsi, l'article 102 dispose que « *la garde dure pour la fille jusqu'à la consommation de son mariage et pour le garçon jusqu'à la puberté* ». Le souhait de l'enfant de vivre avec sa mère qui détenait le droit de garde a constitué pour le tribunal un élément légitime sur lequel il pouvait fonder sa décision<sup>740</sup>. De plus, le tribunal a également évoqué le motif de la rupture du remariage de la mère gardienne comme un élément de rétablissement de la garde conformément à l'article 170 du Code de la famille actuel qui dispose que « *le dévolutaire de la garde recouvre son droit lorsque l'empêchement qui lui interdisait de l'exercice est levé* ».

Dans une autre espèce, la Cour suprême rejette également la demande d'un père souhaitant déchoir la mère gardienne de son droit de garde suite au remariage de cette dernière; c'est ainsi dans le même sens que la Cour suprême a rejeté la demande en se référant également à l'article 102 de l'ancien texte du statut personnel et fonde son raisonnement sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant que les juridictions de fond ont pris en considération selon interprétation de la consultation de l'enfant et de son souhait<sup>741</sup>.

---

<sup>739</sup> La règle de la déchéance de la garde à la mère lorsqu'elle se remarie représente une règle explicitement développée du droit musulman qui permet la déchéance de la garde à la gardienne, lorsque son époux est un étranger et non pas un proche parent de l'enfant.

<sup>740</sup> Cour sup. maroc., 31 mai 2006, n° 348, dossier n° 627/2/1/2004. Cité par Dyaa SFENDLA, thèse, *op. cit.*, p.190.

<sup>741</sup> Cour sup. maroc., 9 mai 2007, n° 254, dossier n° 181/2/1/2005. *Ibid.*

**835.** Il semble évident que le vide juridique en matière du droit de l'enfant à la participation dans toutes les affaires qui le concerne influence clairement la jurisprudence qui dans les deux cas précités a eu recours à l'ancien texte du statut personnel qui à travers le terme 'Puberté' offrait au juge une liberté d'interprétation plus élargie en ce qui concerne l'âge où l'enfant pouvait exprimer son opinion et son souhait.

Autrement dit la mise en place de la disposition de l'article 166 du Code de la famille, représente une limite avérée de l'application de l'article 12 de la CIDE, d'ailleurs le comité des droits de l'enfant a souligné en 2014 le manquement de l'Etat à son engagement à l'égard du droit de l'enfant à exprimer ses opinions et a appelé l'Etat « à promouvoir la participation active et autonome de tous les enfants à la vie de la famille »<sup>742</sup>.

**836.** L'étude de la question du droit de l'enfant à s'exprimer sur les questions qui le concerne notamment en droit familial permet d'élaborer une vision plus profonde qui dépasse une simple difficulté du législateur à intégrer ce droit au sein du texte mais qui reflète une conception d'absence d'intégration de l'enfant dans les affaires qui le concerne et qui l'intègre au conflit familial qui est principalement traditionnel de fondement religieux et culturel. Que ce soit pour le législateur ou pour la jurisprudence, en règle générale ce sont les parents qui sont en mesure de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, et de faire le choix qui le conviennent. Cette question paraît souvent négligée alors qu'elle représente un pilier dans la concrétisation de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge.

**837.** La limitation du législateur de la question du recours à la parole de l'enfant, limite également la pratique du juge malgré l'évolution de son interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la prise en considération de la parole de l'enfant comme un critère de concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, cette pratique reste très timide face aux situations où la parole de l'enfant peut être prise en compte et permettra la mise en œuvre de l'article 12 de la CIDE.

En analysant la question de la prise en considération de la parole de l'enfant comme étant un moyen au service du juge dans l'objectif de la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, il ressort qu'entre les deux systèmes judiciaires, l'emploi de ce droit fondamental et l'intégration de l'article 12 de la CIDE en matière familiale n'a pas connu la même prise en considération. D'abord en France l'application de l'article 12 et son intégration a représenté un fondement solide pour l'adoption et l'évolution de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers l'intégration progressive de son audition. Le décret de 2009 relatif à l'audition de l'enfant est venu appuyer l'existence et l'importance de la question de l'audition de l'enfant souvent prise en considération par la jurisprudence.

---

<sup>742</sup> CRC/C/MAR/CO/3-4.

**838.** Quant à la question en droit marocain, elle est encore loin d'être prise en concrétisation systématique ou habituelle malgré que l'esprit du code de la famille, son préambule et nombreuses de ses dispositions incitent le juge à prendre toutes les mesures nécessaires dans l'objectif de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, la timidité du législateur et d'une intégration directe du droit de l'enfant d'être auditionné ainsi que l'absence de promotion la culture du droit de l'enfant à la parole dans les affaires qui le concernent bloquent l'intégration et l'invocation de l'article 12 de la CIDE en matière familiale, un constat qui reflète bien la difficulté et l'enjeu d'une prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant que ce soit dans la loi ou par la pratique.

Dans le même ordre d'idées, il est à noter que l'absence de la prise en considération de la parole de l'enfant reflète également la fidélité du législateur marocain à l'esprit du droit musulman, où la parole de l'enfant n'acquiert aucune valeur juridique et ne fait l'objet d'aucune réglementation.

### **Paragraphe 2 : Les facteurs favorisant la pratique du juge en matière d'intérêt supérieur de l'enfant.**

**839.** L'évolution de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les deux systèmes judiciaires ne s'est pas détachée de son caractère évolutif, bien qu'elle soit l'objet d'une inégalité entre les deux systèmes judiciaires. En effet, en droit français le revirement jurisprudentiel du 18 mai 2005 a marqué une nouvelle aire qui a permis une applicabilité directe du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant également de la majorité des dispositions de la CIDE par le juge, malgré que l'étude de la jurisprudence permette d'établir le constat de quelques hésitations relatives à l'applicabilité directe de quelques dispositions.

**840.** En effet, la lecture générale de la jurisprudence en la matière reflète une disparité flagrante quant à la prise en compte de l'applicabilité de l'ensemble des dispositions. Par ailleurs, la timidité de cette applicabilité générale et directe ne limite e ni introduit l'ambiguïté par rapport à celle des dispositions de la CIDE. Quant au juge marocain, les limites d'applicabilité de la CIDE demeure d'actualité malgré le fait que l'analyse des récentes réformes permette d'établir un nombre d'éléments et de facteurs favorables à une pratique judiciaire plus avantageuse par rapport à la concrétisation de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence.

*A - Un défi favorable à la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge.*

**841.** La concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge est avant tout une question d'évolution juridique puis judiciaire. En effet, cette évolution dépend généralement des facteurs et des éléments qui permettent au juge de répondre à la protection de l'enfant et à l'application des dispositions de la CIDE. En France, l'évolution de la jurisprudence, quant à l'applicabilité de la CIDE, s'est accordée avec l'équilibre établi par l'Etat entre un système juridique interne réformé qui répond aux exigences ainsi qu'aux engagements internationaux auxquels le pays est engagé.

En effet, les réformes menées par le pays, par rapport aux textes adoptés et à ceux relatifs à la pratique judiciaire, ont permis de créer une atmosphère favorable au juge afin de dépasser la limite d'une applicabilité partielle relative à la seule application de l'article 3-1 de la convention et d'une timidité à l'égard des autres dispositions directives du texte. Pour le Maroc, la question fait également objet d'une prise en considération puisque le nombre de réformes menées par le pays reflète la volonté d'une mise en place d'éléments et de facteurs favorables à une applicabilité et d'une prise en considération des dispositions de la CIDE.

**842.** L'élaboration d'une atmosphère favorable pour le juge marocain s'est mise en place pour prendre en considération des dispositions de la CIDE comme celle où le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est concrétisé dans la pratique. Ceci est fait par la réforme constitutionnelle qui, malgré son ambiguïté par rapport à l'application directe de la norme internationale en général et en l'occurrence de la CIDE, n'évoque en aucun cas l'impossibilité ou l'interdiction explicite d'une possible référence directe à la CIDE par le juge. Dans ce sens et comme nous l'avons évoqué dans une première partie, la réforme constitutionnelle a permis au juge à travers son article 55 de statuer en se référant à la norme internationale. Cette disposition représente une référence primordiale et un premier pas non négligeable vers une reconnaissance directe et effective de la CIDE dans la pratique judiciaire. Ceci accorde au juge une certaine liberté de référence entre le droit interne et le droit de la convention notamment en matière familiale, où il conserve une liberté d'interprétation considérable lui facilitant le recours à la CIDE sans pour autant aller à l'encontre des principes constitutionnels qui peuvent être contraires aux dispositions de la CIDE. Toutefois, malgré que cet élément soit favorable, il demeure ambiguë et limité d'abord par le texte lui-même qui n'incite pas d'une manière explicite à l'application et à la prise en considération de la norme internationale, puis par l'obligation d'une transposition de la norme internationale en droit interne et enfin par les limites conservées dans le code de la famille qui ne permettent pas une transposition générale des dispositions de la CIDE en droit interne. Ainsi, il est possible de considérer le texte constitutionnel comme un élément fort pour une interprétation favorable de la CIDE par le juge.

**843.** Dans le même ordre d'idée, un autre élément peut être considéré comme un élément avantageux pour l'application de la CIDE et qui est notamment la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière familiale qui peut dynamiser la formation du juge. En effet, cette dernière a connu récemment un certain progrès grâce aux réformes entretenues, permettant une prise en considération de l'évolution sociale et juridique, et par suite l'intégration de l'importance d'application de la norme internationale par le juge. Par conséquent, l'obligation de former le juge sur l'ongle théorique et pratique semblait impérative pour qu'il puisse interpréter la norme dans l'esprit du texte et des exigences du comité des droits de l'enfant.

**844.** De même, l'institut supérieur de la magistrature a pu, depuis la loi du 17 septembre 2003 qui a réformé celle datant de 1974, mettre en place une nouvelle méthodologie de formation considérée comme assez moderne puisqu'elle permet au juge d'obtenir une formation complète à travers une première année consacrée à l'enseignement, à l'initiation et à l'apprentissage général des différentes branches de droit dont celles du droit international et du droit de l'Homme. Puis une seconde année consacrée aux stages et à la pratique à travers les juridictions du pays<sup>743</sup>. Toutefois, cet élément fondamental, qui peut représenter la solution même de l'intégration et la prise en considération de la norme internationale, souffre encore d'une limite relative au renouvellement des connaissances et des méthodes adoptées en matière de résolution des conflits et d'apport de jugements modernes répondant et prenant en considération l'évolution sociétale<sup>744</sup>.

**845.** Parallèlement à l'élément de la formation du juge, un autre élément peut être considéré comme un facteur favorable au service de la pratique judiciaire en matière de concrétisation de la norme internationale en général et de celle de la CIDE en particulier. En effet, l'engagement du Maroc au regard des conventions internationales représente un patrimoine riche qui englobe de nombreux textes à domaines différents. Ainsi, par rapport aux textes relatifs au droit de la famille, il existe un arsenal regroupant plusieurs accords internationaux dont nous pouvons citer à titre d'exemple la convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et son enregistrement du 7 novembre 1962, la convention de droit international privé de la Haye sur les aspects civils des enlèvements internationaux du 25 octobre 1980, ou encore la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution des enfants et la convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger. S'ajoutent à cela les accords bilatéraux entre le Maroc et un certain nombre de pays notamment celui avec la France relatif au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire<sup>745</sup>.

---

<sup>743</sup> Abdelaziz NOUAYDI, L'indépendance et l'impartialité du système judiciaire-le cas du Maroc, *op. cit.*, p. 16.

<sup>744</sup> Il est à noter que l'Etat marocain et l'institut supérieur de la magistrature ne mettent pas à la disposition des juges les moyens suffisants d'accès à la jurisprudence régionale ou internationale permettant ainsi un manque de connaissance en matière de droit comparé, qui peut être favorable à l'évolution de la jurisprudence. De plus, cette dernière connaît une grande problématique liée à sa diffusion et à l'unification des décisions relatives à l'application des conventions internationales notamment la CIDE, et qui peut être une source d'inspiration pour le juge.

<sup>745</sup> Décret n° 83-435 du 27 mai 1983 publié au J.O du 1<sup>er</sup> juin 1983, p. 1643.

**846.** La question des accords bilatéraux revêt une importance particulière puisqu'elle influence d'une manière indirecte le droit interne en imposant des règles communes à respecter et mène les réformes nécessaires en droit interne afin qu'il soit cohérent avec ces accords souvent plus modernes. L'adoption de ces accords est d'abord d'ordre pratique car ils aident à répondre aux situations conflictuelles exposées, puis d'ordre moral car ils démontrent l'effort entretenu par les pays musulmans souhaitant témoigner de l'adoption d'un islam ouvert à des normes pas forcément contraires aux principes universels comme l'égalité entre l'homme et la femme ou à ceux relatifs à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant notion non étrangère à cette religion.

**847.** Il est ainsi incontesté que cet élément ne puisse que refléter une position très positive, pour le législateur en premier lieu, afin d'adopter et de réformer le droit de la famille mais également au juge qui se voit élargir son arsenal juridique sur lequel il peut fonder son effort d'interprétation et adopter des positions courageuses qui peuvent faire objet de jurisprudence. Par ailleurs, il ne faut pas nier que la question de la jurisprudence au Maroc est marquée de traditionalisme et ne permet toujours pas une mise en place d'une unification des décisions rendues en matière d'application des conventions internationales en général et de la CIDE en particulier et atteste d'un manque de dialogue entre les juges en la matière. En effet, si en France le revirement de 2005 a permis l'établissement d'une cohésion judiciaire relative à l'application directe de la CIDE, au Maroc l'influence de la jurisprudence en matière d'application directe de la CIDE semble être très faible voire absente puisque ni le juge de fond ni la cour suprême n'ont pas réussi à invoquer directement la CIDE et se réfèrent plutôt au droit interne même lorsqu'il s'agit d'un principe reconnu par le texte.

**848.** Dans ce sens, il importe également de souligner que la prise en considération de la jurisprudence en droit marocain ne fait pas l'objet d'une même influence qu'en France. Malgré le fait qu'elle soit une source principale du droit, elle ne permet pas d'influencer le législateur. La constitution marocaine qui insiste sur l'absence de pouvoir de la magistrature sur la législation. De ce fait, la jurisprudence n'est pas effective et n'aboutit pas à l'établissement d'une cohérence judiciaire en matière d'application des traités internationaux notamment la CIDE. De cette situation, l'enfant se trouve devant une jurisprudence de pratique classique qui traite des questions fondamentales relatives principalement à *la kafala*, au droit de garde (Hadana) ou encore au droit alimentaire. De plus, les réponses accordées à ces questions se basent d'abord sur le Code de la famille et en absence de réponses, la référence du juge constitue principalement les différentes règles du droit musulman ce qui limite la pratique judiciaire ainsi que l'évolution de la jurisprudence censée être une source de progrès.

**849.** À partir de l'ensemble de ces éléments il semble évident que le juge marocain spécialiste en matière familiale se retrouve confronté à un défi d'ampleur qui consiste à rompre avec la pratique traditionnelle et à adopter une nouvelle méthode pour prendre en considération l'engagement du Maroc à l'égard des conventions internationales.

Un constat qui est souligné par le PANDDH 2018-20121, qui sans doute reconnaît les efforts menés jusqu'à présent dans le cadre du développement d'un système juridique et judiciaire propice pour l'émergence des droits de l'Homme, mais qui met en place un nombre d'objectifs afin de viser un système juridique et judiciaire beaucoup plus développé en la matière.

**850.** En effet, parmi les principaux objectifs de ce plan il y a la question primordiale de 'la promotion et du suivi d'une adhésion au système international et régional des droits de l'Homme ainsi qu'aux conventions du conseil de l'Europe ouvertes aux pays non-membres telles que la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 Janvier 1996, la Convention du conseil de l'Europe sur les relations personnelles de l'enfant du 15 mai 2003 ou encore la Convention du conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 Octobre 2007. 'Le soutien de l'Etat au rôle de la justice afin qu'elle puisse protéger les droits des personnes et des groupes, les libertés, la sécurité judiciaire et l'application de la loi, en respectant les délais raisonnables', l'urgence d'une mise en place des programmes de formation de base et de formation continue visant les acteurs et les professionnels de la justice afin que les principes des droits de l'Homme soient conformes à la constitution et que la jurisprudence évolue et réponde à ces principes à travers la bonne pratique judiciaire ainsi que l'obligation d'un renforcement des programmes de formation de base au niveau des institutions et des centres spécialisés en formation de tous les acteurs de la justice<sup>746</sup>.

Enfin, et relativement à l'application de la CIDE le programme vise à promouvoir la convention dans le milieu judiciaire par le biais de conférences et de formations continues; le programme souligne également l'urgence de réformer un nombre de questions en matière familiale afin que le rôle du juge ne soit pas limité et de permettre l'établissement d'une cohérence entre le texte juridique et la pratique judiciaire.

D'une manière générale, bien que les éléments précités ne permettent pas une révolution du système judiciaire marocain, ils ne peuvent qu'être bénéfiques à la pratique judiciaire qui peut s'alimenter de ces divers facteurs dans l'objectif de concrétiser les principes de la CIDE et de faire du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant une priorité.

---

<sup>746</sup> Le Plan d'action national en matière de démocratie et des droits de l'Homme 2018-20121, pp. 87-88.

## ***B - L'avantage des programmes visant l'amélioration de la justice.***

**851.** Depuis l'engagement du Maroc dans le processus de démocratisation, nombreux sont les programmes qui ont vu le jour afin de permettre l'évolution du domaine judiciaire et l'intégration des principes fondamentaux des droits de l'Homme à travers la prise en compte des conventions internationales et régionales à l'égard desquels le Maroc s'est engagé. En effet, de nombreux programmes ont été fructueux dans le sens de cette évolution, puisqu'il y a eu une mise en œuvre non négligeable de programmes visant la sensibilisation et la formation des différents acteurs de la justice et de ceux du domaine social dont celui relatif au mécanisme national de prévention de la torture ; le programme visant à l'adoption de la loi instituant l'autorité pour la parité et la lutte contre toutes les formes de discriminations ou encore celui qui vise le renforcement des droits de l'enfant à travers le programme de la PPIPE. Des programmes qui ont abouti à l'adoption de différentes lois mais aussi à la création de nouvelles structures visant la protection des droits de l'Homme en général et de l'enfant en particulier.

**852.** La politique menée par le pays dans l'objectif de concrétiser un Etat de droit lui a permis d'adopter un ensemble de programmes afin de concrétiser sa volonté d'un rapprochement des normes internationales en l'occurrence européennes, une volonté qui a incité le pays à s'engager dans un processus de ratification non seulement à l'égard des textes internationaux qui ont fait l'objet d'une universalité indiscutable mais également à l'adoption de divers textes régionaux ou d'autres pour des raisons de voisinage.

En effet, parmi les partenariats les plus réputés il y a l'engagement élaboré entre le Maroc et l'Europe, qui pour la raison géographique de voisinage a permis depuis l'adoption de la dernière constitution de 2011 à la réalisation d'un progrès remarquable dans le domaine des droits de l'Homme. Ce dernier a été concrétisé à travers l'adoption d'un nombre de conventions qui rapprochent le pays des normes du conseil de l'Europe et qui visent principalement des domaines où le Maroc demeure très en retard en matière juridique comme en matière judiciaire, un processus qui a abouti à la ratification de la Convention (Lanzarote) pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels le 26 juin 2018 et qui est entrée en vigueur le 01 Octobre 2018 ; la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 ; la Convention sur l'exercice des droits de l'enfant ; la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants en 2013 ou encore la Convention du conseil de l'Europe sur les relations concernant les enfants en 2013.

**853.** En outre, le partenariat de voisinage entre le Maroc et l'Europe ne s'est pas simplement limité à la ratification des conventions mais il a également permis l'établissement d'un plan de travail de terrain qui a consisté en un travail d'abord de promotion des droits de l'Homme et de la dignité humaine en établissant une coopération étroite avec le ministère de la famille, de la solidarité, de l'égalité et du développement social (MFSEDS), une collaboration qui permis au conseil de l'Europe à travers son organisation d'accompagner le ministère dans le projet de loi 70-14 relatif à l'autorité

pour la parité et la lutte contre les discriminations qui a été prévu par la constitution de 2011<sup>747</sup>, un projet qui a fait de la sensibilisation une question principale dans le renforcement de l'égalité du genre et de l'accès des femmes à la justice.

**854.** De plus, dans le même cadre de la protection des droits des femmes un accompagnement strict a été accordé aux autorités marocaines dans l'objectif d'établir un projet de loi visant la lutte contre les violences faites aux femmes et en incitant à la création d'un observatoire spécialisé en la matière et ainsi permettant le renforcement de la société civile. Quant à la question des droits de l'enfant, la coopération a également incité l'Etat à développer un nombre de questions relatives principalement à lutte contre les abus sexuels à l'égard des enfants en accompagnant l'Etat à s'engager depuis 2015 à travers la ratification de la convention de Lanzarote qui lui a permis de réformer son droit et de revoir sa politique interne en la matière afin que les mécanismes adoptés par le pays soient cohérents avec les normes internationales.

**855.** De plus, le conseil de l'Europe a également participé d'une manière principale dans l'élaboration et la mise en œuvre de la politique publique intégrée pour la protection de l'enfance, qui représente un des plus grands projets du Royaume qui traite de toutes les questions relatives aux droits de l'enfant et à la concrétisation des principes fondamentaux de la CIDE.

Le partenariat accorde un intérêt particulier à la question de la réalisation de l'Etat de droit. En effet, cette question représente même le fondement et la garantie de l'ensemble des objectifs visés par cette coopération. Ainsi, la question de la justice a été particulièrement renforcée à travers les mesures prises par ce programme et qui se sont focalisées sur des questions d'ordre général notamment le soutien à toutes les réformes menées du système judiciaire ou encore la lutte contre la corruption afin que les réformes menées soient fructueuses, ces objectifs visés ont été divisés sous différentes thématiques depuis le début de cette coopération dont nous pouvons citer à titre d'exemple le programme intitulé *“le soutien de la réforme du secteur de la justice- amélioration du fonctionnement de la justice Au Maroc sur la base des outils développés par la commission européenne pour l'efficacité de la justice du conseil de l'Europe CEPEJ”*, qui s'est penché sur la question de l'amélioration du fonctionnement de la justice et du besoin d'adoption des nouveaux outils notamment les lois dans l'objectif de développer le cadre juridique et judiciaire afin de rapprocher ces deux derniers aux normes européennes en permettant la création d'un espace juridique et une pratique judiciaire communs<sup>748</sup>.

---

<sup>747</sup> Il est à noter que ce projet de loi a fait l'objet d'une première lecture par les députés en mai 2016 puis adopté par la chambre des conseillers puis d'une deuxième lecture par la chambre des représentants et adopté en 2017, mais qui n'a toujours pas connu d'application.

<sup>748</sup> Partenariat de voisinage avec le Maroc 2018-2021, GR-EXT(2018) 4 16 février 2018, p. 16.

**856.** Le besoin du Maroc de réformer son système judiciaire s'est manifesté depuis l'adoption de la constitution de 2011 ; cette dernière qui a réformé de nombreuses questions introduisait la justice comme étant une question primordiale dans l'aire après la réforme constitutionnelle en faisant d'elle un domaine principal qui permet la garantie de cette constitution.

**857.** En effet, la justice a fait l'objet d'une série de réformes dont celle de 2013 en partenariat avec le conseil de l'Europe et qui a permis au CEPEJ d'apporter un soutien direct et considérable aux tribunaux à travers la transmission du savoir pratique et méthodologique<sup>749</sup>. Cette expérience a permis la réalisation d'une coopération entre la CEPEJ et l'ISM afin de permettre une large diffusion à l'ensemble des acteurs judiciaires. Puis un deuxième partenariat s'est lancé en 2017 où l'école nationale de la magistrature française a joué un rôle primordial puisqu'elle a mené un nombre de formations au profit de grands responsables des juridictions marocaines en permettant même au ministère de la justice marocain de développer de nouveaux outils au sein du système judiciaire<sup>750</sup>.

**858.** Un autre appui a également facilité la réalisation de ce partenariat et la concrétisation des conditions de l'Etat de droit et qui est l'appui crucial de l'adhésion du Maroc à la commission de Venise<sup>751</sup> duquel le Maroc est déclaré membre depuis 2007. En effet, cette commission a dans un premier temps fourni un soutien direct à la réforme constitutionnelle de 2011 puis elle a contribué d'une manière directe à l'élaboration des différents partenariats visant le domaine de la justice ou encore le renforcement des outils visant la réalisation de l'Etat de droit. Dans ce sens, nombreux sont les thèmes qui ont été visés depuis l'adhésion du Maroc à cette commission ; la coopération de cette dernière avec le conseil constitutionnel a abouti à l'élaboration de lois visant à la fois le conseil supérieur du pouvoir judiciaire et le statut des magistrats. Autre que les réformes visant les textes, l'appui de la commission a également été orienté vers la pratique en renforçant les capacités des hauts cadres du ministère de la justice par l'organisation de « *communisation, l'organisation des séminaires régionaux en collaboration avec le ministère de la justice marocain, la transmission de méthodologie, expertise et promotion des droits de l'Homme* »<sup>752</sup>.

**859.** Les partenariats et les adhésions du Maroc avec le Conseil de l'Europe semble être efficace et d'une influence importante puisque depuis l'adoption de la Constitution de 2011 et la multiplicité de ces engagements européens, nombreuses sont les normes internationales intégrées et constatées que ce soit sur les réformes menées sur les textes ou encore sur la pratique judiciaire. Malgré que ces engagements semblent être fructueux, ils sont néanmoins très limités puisqu'ils font encore aujourd'hui l'objet de renouvellement dans l'ensemble des partenariats ou des coopérations envisagés entre le Maroc et le Conseil d'Europe notamment dans le partenariat de voisinage avec le Maroc 2018-2021 ou encore dans les recommandations des ONG pour la mise en œuvre du plan

---

<sup>749</sup> Ce partenariat est expérimenté dans quatorze tribunaux du Royaume.

<sup>750</sup> Partenariat de voisinage avec le Maroc 2018-2021, *op. cit.* p. 19.

<sup>751</sup> Appelée la commission de Venise, la commission européenne pour la démocratie par le droit est un organe consultatif du Conseil de l'Europe créée en 1990 et composée d'experts indépendants en droit constitutionnel.

<sup>752</sup> *Id, ibid*, p. 20.

d'action Maroc-UE qui souligne le besoin d'augmenter les efforts pour faciliter l'accès à la justice et aux droits ; le besoin de simplification des procédures judiciaires ; l'appui spécifique aux sections de la famille au sein des tribunaux de première instance afin de permettre la concrétisation des dispositions du code de la famille ; le besoin d'échange d'informations sur les instruments internationaux afin de s'approcher des normes européennes et de renforcer l'espace juridique commun ; ou encore le besoin de renforcement et de soutien à la mise en œuvre de la stratégie nationale anti-corruption dans l'objectif de garantir l'Etat de droit.

**860.** Il importe de souligner que ces engagements internationaux et régionaux ont explicitement influencé la majorité des programmes nationaux relatifs à la justice et à l'intégration des normes internationales des conventions et de celles des partenariats conclus par l'Etat marocain. En effet, les engagements du pays ont contraint ce dernier à adopter des politiques qui tirent leurs fondements sur l'obligation du pays de mettre en cohérence d'abord son droit interne puis sa pratique judiciaire avec les normes internationales ou européennes. Parmi les questions les plus visées par les programmes nationaux il y a celles relatives aux droits de la femme, aux droits des enfants ou encore le fonctionnement de la justice. En effet, si pour ce dernier l'influence des partenariats et des coopérations a été avérée et demeure encore d'actualité<sup>753</sup>, la question des droits des femmes représente également un sujet crucial dans l'objectif de la réalisation de l'Etat de droit.

**861.** Ainsi, l'intérêt porté à la question des droits des femmes s'est également progressivement concrétisé dans la politique publique et civile puisqu'elle représente une dimension à part entière des droits humains. L'adoption du Code de la famille a représenté le lancement de cette prise en compte, puis elle été accélérée par l'ensemble des partenariats et des programmes de voisinages qui ont fait de la question de l'égalité du genre et des droits des femmes une priorité.

En effet, cet engagement a permis d'accroître un soutien continu par les partenariats de voisinage depuis 2012 à l'Etat marocain et à soutenir la majorité des réformes entreprises dans les domaines stratégiques tels que celui des droits des femmes où le Conseil de l'Europe considère qu'une base solide a déjà été établie et dont le soutien continu consiste à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes, la lutte contre la violence à l'égard des femmes<sup>754</sup> d'où un projet de loi a été proposé au parlement en 2016, approuvé en février 2018<sup>755</sup> et dans lequel l'assistance du Conseil de l'Europe dans la préparation du projet s'est explicitement manifestée dans la mesure où l'intégration des

---

<sup>753</sup> Le Maroc continue de bénéficier d'un nombre de partenariat jusqu'à 2021.

<sup>754</sup> Une étude menée par le gouvernement marocain en 2009 et publiée par human Rights Watch avait précisé qu'au Maroc 62,8% des femmes entre 18 à 65 ans ont été victimes de violences physiques, psychologiques, sexuelles et économiques dans le milieu familial.

<sup>755</sup> Il importe de souligner que cette loi malgré qu'elle soit significative au sens où elle permet de reconnaître certaines formes d'abus contre les femmes notamment dans le milieu familial, elle est pour de nombreuses associations féministes insuffisante et lacuneuse puisqu'elle n'apporte pas suffisamment de protection dans la mesure où « la victime se trouve obligée d'engager des poursuites pénales afin que l'agresseur soit puni ce qui n'est pas courant dans la société marocaine qui reconnaît encore aujourd'hui le rôle supérieur de l'homme à la femme ; la loi n'assigne pas de devoirs à la police, au procureur et aux juges d'instructions dans les affaires de violence familiale et enfin elle ne prévoit pas de mise en place de refuges pour accueillir les victimes de ces violences.

normes internationales été manifeste et visait ‘*la promotion de l’égalité entre les femmes et les hommes et la lutte contre la violence à l’égard des femmes en adaptant les cadres législatifs et en assurant la sensibilisation des publics cibles* »<sup>756</sup>. Par ailleurs, malgré la difficulté d’établir un bilan en la matière, il semble évident que l’influence de ce type de partenariat entre le Maroc et l’Europe ne peut qu’être bénéfique à l’égard des femmes et à la réalisation d’une justice indépendante et moderne qui prend en considération les principes d’égalité et des droits humains.

**862.** Quant à la question d’influence des partenariats et des coopérations européennes en matière des droits de l’enfant, les expériences menées par le pays en la matière démontrent clairement une prise en compte considérable des recommandations de l’union européenne qui se manifestent dans tous les programmes et les politiques menées en matière des droits de l’enfant et de l’intégration des normes internationales. En effet, nombreux sont les projets qui ont été influencé par ces partenariats notamment la création des UPE (unités de protection de l’enfance). En effet, suite au soutien du Conseil de l’Europe et de son appel à la concrétisation des dispositions de la CIDE et à l’importance de créer des institutions spécialisées et de consolider les compétences des professionnels afin de prendre en charge les enfants victimes de tous types de violences<sup>757</sup>. Ainsi, des UPE ont été créé dès 2007 qui avaient pour objectif de veiller et de suivre la situation de tout enfant victime ou en situation difficile. En ayant des objectifs précis à réaliser, ils œuvrent pour une protection d’urgence qui consiste à l’accueil, l’écoute, la médiation, l’accompagnement et l’orientation, puis à la prévention qui revêt le caractère de la sensibilisation sur les droits de l’enfant à travers l’élaboration des programmes et des activités pour la promotion de la CIDE. En outre, l’avantage de ces Unités est leur référence officielle qui est celle de la CIDE, puisque même le ministère de la famille reconnaît et affirme cette référence dans son guide pratique des UPE en précisant les principes de la CIDE représentent les éléments fondateurs de ces unités et de leur fonctionnement.

**863.** De plus, ces unités font des recommandations du comité des droits de l’enfant et des partenariats élaborés avec l’union européenne une source d’inspiration dans l’objectif de développer et d’améliorer leur exercice puisqu’elles sont explicitement relatives à la non-discrimination, le droit de vivre et de survivre et au développement, le droit à la participation et enfin la protection de l’intérêt supérieur de l’enfant. Toutefois, il est question de savoir si les recommandations et les programmes visant les acteurs de ces UPE sont concrètement appliqués et respectés ? La réponse ne peut être catégorique en absence de bilan officiel de l’exercice de ces unités, par ailleurs, la majorité des associations œuvrant pour la protection des droits de l’enfant au Maroc témoigne d’un travail remarquable de ces unités malgré le fait que leur nombre soit limité à cinq unités dans tout le royaume.

---

<sup>756</sup> Partenariat de voisinage avec le Maroc 2018-2021, GR-EXT(2018)4 16 février 2018, p. 15.

<sup>757</sup> *Ibid*, p. 17.

D'autre part, dans un entretien avec M. Abderrahman BOUNAIM le coordonnateur et le responsable en communication de l'association Bayti, la problématique pour ce type de partenariats ou de programmes, c'est que la question n'est pas seulement relative au respect des principes de la CIDE par les acteurs sociaux mais elle est d'abord limitée par l'ongle juridique dans la mesure où l'application superficielle et partielle de la CIDE et son respect intégral par le juge représente toujours une incohérence et limite le respect total des dispositions du texte international, puis par la question du financement sur laquelle les avis divergent entre institutions et société civile.

**864.** Pour conclure, il semble évident que l'influence des partenariats et des programmes menés par le Maroc dans l'objectif de concrétiser l'Etat de droit et de garantir la protection des droits de chaque catégorie dont l'enfant est une cible prioritaire, est inévitablement avantageuse et fructueuses. En effet, elles ont dans un premier temps permis l'implication du pays dans un circuit de ratification et d'adhésion aux normes internationales, une situation qui allège le caractère traditionnel d'un nombre de dispositions en droit interne que ce soit en matière familiale ou pénale. Dans un second temps, elles permettent également d'instaurer une vision globale et future des réformes à mener et de limiter le retour sur des droits acquis que ce soit pour la femme ou pour l'enfant. Ainsi, c'est dans ce sens que l'ensemble des rapports rendus sur les partenariats entre le Maroc et l'union européenne salue les efforts menés par le pays dans ce sens et met en place une fiche de route pour les prochains objectifs, qui visent généralement les mêmes domaines notamment le système judiciaire et les réformes juridiques qui concrétisent le respect des normes internationales. Ainsi, malgré que les initiatives du pays à travers les mesures institutionnelles et politiques se multiplient, le soutien de l'union européenne dans le cadre des partenariats de voisinages semble être très important et avantageux face à la panoplie d'obstacles matériels, administratifs ou encore au manque de compétences spécifiques aux acteurs des domaines concernés par la protection des droits de l'enfant<sup>758</sup>.

---

<sup>758</sup> Rapport d'enquête des acteurs œuvrant dans le domaine de la protection de l'enfance, services de protection de l'enfance au Maroc, un rapport élaboré avec l'aide de l'union européenne.

## **Titre II: La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre du droit de la famille.**

**865.** L'évolution de la prise en compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de sa concrétisation dans le domaine juridique en France et au Maroc a été le résultat normal et évident de l'évolution sociale d'une manière générale, de la transformation de l'institution de la famille et de sa progression ainsi que de l'émergence de la nouvelle place de l'enfant, une place qui s'est intensifiée avec l'émergence des conventions internationales et de l'adhésion des Etats à ces instruments. La ratification de la CIDE a permis à tous les Etats membres d'adopter et d'intégrer les dispositions de ce texte dans toutes leurs législations dont celle de la famille. En effet, le droit de la famille a fait l'objet de nombreuses réformes dans les deux systèmes juridiques que nous étudions afin de concrétiser le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les questions qui le concernent en matière familiale. Par ailleurs, cette intégration n'est pas identique dans les deux pays puisque les questions qu'elle présente n'ont pas connu le même ordre évolutif. En droit français, les réformes relatives à la place et au statut de l'enfant au sein de la famille se sont inscrites à partir des années 1970 visant l'individualisation des droits dans l'institution de la famille. Alors qu'en droit marocain, la situation à cette époque était beaucoup plus loin de tout concept moderne d'individualisation de droit ou de reconnaissance des droits individuels de l'enfant hors ceux reconnus et instaurés par le droit musulman fondé sur la perception patriarcale de l'institution familiale.

**866.** La concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière familiale concerne de nombreux domaines où il est la référence principale. En effet, l'objectif des Etats d'intégrer ce principe a suscité de multiples réformes notamment celles relatives à la filiation comme l'autorité parentale, la coparentalité, l'adoption ou encore la Kafala... Ces sujets reflètent d'une manière directe ou indirecte la prise en considération du principe de l'ISE t par le législateur ou dans la pratique judiciaire. Toutefois, l'étude des textes qui font majoritairement référence à l'intérêt supérieur de l'enfant font apparaître deux domaines principaux dans lesquels cette notion est fondamentale.

Dans un premier temps, il y a celui de la filiation qui, en droit français a connu une évolution remarquable permettant la métamorphose de la place de l'enfant au sein de la famille tout en lui assurant une identité et un statut basés sur des principes fondamentaux de la CIDE et en lui accordant le droit à l'identité et la non-discrimination entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. En droit marocain, malgré la réforme du Code de la famille en 2004 qui a marqué une grande avancée remarquable dans de nombreuses questions relatives à l'enfant, il a néanmoins sauvegardé et privilégié le caractère traditionnel du droit de la filiation dont l'établissement demeure basé sur la constitution du lien du mariage. Une situation qui peut être analysée comme défailante par rapport à l'intégration des principes de la CIDE notamment l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit d'avoir une identité et un lien parental avec ses deux parents, et en l'occurrence que l'enfant né hors mariage ne soit pas discriminé par sa non-reconnaissance.

Dans ce sens, le législateur est resté fidèle à l'image et aux principes du droit musulman en la matière qui sont explicitement attachés à la structure patriarcale. Cette position a permis la sauvegarde de toute la réglementation en matière de filiation dans le Code de la famille malgré la légère modification qui lui a été attribuée.

**867.** Dans un second temps, il y a la question de l'autorité parentale qui découle même de la filiation. L'application des droits et des devoirs des parents dans ce sens est basée principalement sur l'organisation de la vie de l'enfant en invoquant son intérêt supérieur comme critère dans toutes les situations. En effet, la matière de l'autorité parentale est l'un des terrains les plus exploités en matière d'application de la CIDE en général et du principe de l'intérêt supérieur en particulier. En France le législateur n'a pas tardé à faire de l'autorité parentale une tâche commune ayant comme unique finalité l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>759</sup>. Cette conception moderne du rôle des parents vis-à-vis de l'enfant n'a pas été totalement adoptée par le législateur marocain qui a conservé des principes plutôt islamiques en se référant à la composition traditionnelle des droits parentaux qui se composent d'une part de la garde (hadana), d'autre part de la tutelle légale (Niyaba shar'iya). Des droits qui ne reflètent pas intégralement ceux adoptés par la CIDE. Cela peut engendrer une limite avérée, voire une opposition entre la concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est reconnu dans le texte international et celui adopté par le droit musulman qui, comme nous l'avons présenté dans la première partie, est basé sur une conception différente de la place de l'enfant au sein de la famille et consiste à privilégier la famille dans son ensemble sans adopter une réelle individualisation de droits.

**868.** Dans les deux systèmes juridiques français et marocain la question de l'intégration et de la prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant semble être principale et inévitable. En effet, le fondement de ces deux domaines est basé sur la protection primordiale de l'intérêt de l'enfant, la référence de ce principe se trouvant d'une manière directe ou indirecte dans les textes ou dans la pratique judiciaire. Toutefois, pour les Etats membres de la CIDE, l'intégration de ce principe ne doit pas présenter une difficulté puisqu'ils se sont engagés dans l'émanation de toutes les réformes nécessaires dans cet objectif. La concrétisation du principe en droit de la famille fait encore face à des limites ou à des divergences de base par rapport à la réalisation de ce dernier.

**869.** En effet, le caractère malléable et souple du principe lui-même rend sa concrétisation complexe et marquée de divergences dans de nombreux aspects, notamment lorsqu'il s'agit d'un système juridique se référant encore aujourd'hui à une source religieuse dans de nombreuses questions tel que le Code de la famille marocain surtout le droit de la filiation et de l'exercice de l'autorité parentale. Dans ce sens, nombreuses sont les éléments relatifs à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de filiation et d'autorité parentale, Il faut tout d'abord savoir à quel point les principes fondateurs des deux questions traitées est avantageux à l'intégration de

---

<sup>759</sup> Article 371-1 alinéa 3 dispose que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

ce principe. Puis voir si les réformes relatives à ces deux domaines dans les deux pays ont pris en considération la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant en lui assurant ses droits primordiaux tel que son droit à la filiation et en protégeant ses intérêts psychologique, moral et matériel engendrés par cette filiation. Aussi il faut évaluer la réussite du législateur marocain à intégrer ce principe moderne dans un domaine aussi sensible que le droit de la filiation qui est explicitement réglementé par le droit musulman. D'autres demandes se posent aussi. En effet, on se demande pourquoi le législateur marocain en 2004 n'a-t-il pas osé réformer une question cruciale comme celle de la filiation ? Quelle sont les limites auxquelles il a été confronté ? Est-il vraiment difficile de réformer cette question et d'intégrer les principes de la CIDE en la matière ? Ces principes sont-ils incompatibles avec ceux adoptés par le droit musulman en la matière ? (Chapitre I).

Concernant l'autorité parentale, également de nombreuses questions se posent notamment celles relatives à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant et son intégration dans l'exercice parental. Ainsi, il est important de savoir à quel point l'intégration du principe a influencé l'exercice des parents dans la mesure où il devient le fil conducteur de cet exercice et le critère de principal de l'attribution de ce dernier. Là encore, il est primordial de s'interroger sur la compatibilité du Code de la famille marocain qui a conservé un mode islamique de cet exercice basé sur la garde et la tutelle légale, ainsi que sur le rôle et l'importance du critère religieux (Chapitre II).



## Chapitre I: L'intérêt supérieur de l'enfant dans la filiation.

**870.** L'observation du domaine de la filiation permet d'établir son attachement direct au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, malgré que les textes n'y fassent pas expressément référence, ce principe représente la référence principale de tous les conflits relatifs à la filiation, étant l'élément fondamental dans tout établissement ou constatation de ce lien. Outre que la dimension symbolique que peut représenter le rattachement de l'enfant à ses parents à travers le lien de la filiation, juridiquement il représente un ensemble d'obligations et de devoirs dont les adultes bénéficient en tant que fondement de leur fonction parentale. En plus de son caractère de fonction, il est également chargé d'apporter un sens afin d'informer sur « *un ordre, une représentation des choses, des constructions intellectuelles, des places...* »<sup>760</sup> ce qui met en place une référence pour chaque individu et lui accorde le droit d'avoir une généalogie révélant son origine. Une référence symbolique de soi, de sa propre vérité et de son histoire qui revêt une représentation « *d'un mythe, d'un récit allégorique qui laisse voir le fondement sans le réduire à une réalité de fait* »<sup>761</sup>.

**871.** Ainsi, le fondement et la construction du droit de la filiation dans les deux systèmes juridiques sont basés sur ce mythe de l'engendrement et du symbole de la référence. Ce mythe persiste toujours en France malgré l'évolution de la structure familiale. Néanmoins, Le législateur l'a inscrit dans un processus de modernisation et d'adaptation à la famille et à la société moderne ainsi qu'à la place que préoccupe l'enfant actuellement au sein de ces deux structures. Un processus égalitaire basé sur l'individualisation des droits, de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'intégration de tous les principes de la CIDE en matière de filiation. Quant à la législation marocaine, la question du droit de la filiation est beaucoup plus complexe puisque la référence à ce mythe n'a été que très peu touché par les réformes menées et elle a fait l'objet d'emprise de la tradition juridique islamique. Ainsi, l'institution de la famille a sauvegardé une structure traditionnelle, ancienne et légitime Elle est représentée par un seul chef de famille qui est l'homme et dont le mariage est le seul lien légitime qui anticipe la filiation Elle ne reconnaît pas la filiation naturelle ni sa légitimité. Toutefois, à travers le dernier Code de la famille de 2004, le législateur a souhaité faire preuve d'ouverture d'esprit en allégeant le caractère strict des règles de la filiation et ceci en intégrant progressivement de nouveaux modes de filiation légitime, comme la reconnaissance, le témoignage ou encore l'expertise judiciaire par preuve scientifique, afin de rapprocher ce droit fidèle à la tradition des normes internationales de la protection de l'enfant surtout celle relative à son intérêt supérieur.

---

<sup>760</sup> Pierre MURAT, Passer la filiation ou dépasser la filiation, *in* Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir de), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 260.

<sup>761</sup> *Ibid*, p. 266.

**872.** Dans ce sens et pour traiter le droit de la filiation comme critère de concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, il est primordial de se référer à l'impact considérable du milieu familial sur l'épanouissement et le bien-être moral de l'enfant. Ce rôle consiste à aimer, à soigner et à protéger. Il est attribué à la famille (aux parents en particulier) et expliqué dans le préambule de la CIDE en soulignant que *«la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté. 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»*. Certes, ce préambule ne représente aucune valeur juridique mais il reflète et exprime l'objectif des principes fondamentaux du texte en adhérant à l'ensemble des éléments qui peuvent concrétiser ces principes. A travers ce préambule, il semble évident que la concrétisation de tous les principes du texte international ne peuvent être possibles sans que le rôle de la famille, principalement des parents soit assumé et que leurs devoirs envers l'enfant soient concrétisés dans l'objectif de lui garantir tous ses droits surtout son droit de la filiation qui représente un critère fondamental à la protection de son intérêt supérieur (Section 1). De plus, le constat de l'importance du droit de la filiation comme critère de cette concrétisation remet en doute la réglementation de la question dans de nombreux systèmes juridiques notamment ceux des pays musulmans dont le Maroc où le droit de la filiation représente encore un champ favorable à une absence totale de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant (Section 2).

## Section 1 : Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la filiation.

**873.** La question des droits de l'enfant et le principe de son intérêt supérieur occupent aujourd'hui une place primordiale et fondatrice dans le domaine de la filiation. Cette liaison n'est pas simplement un lien juridique entre l'enfant et ses parents mais elle est également un lien symbolique reflétant la structure sociale adoptée selon une idéologie quelconque dans chaque pays. Pour cette raison, les réformes concernant le droit de la filiation sont abordées avec une grande prudence dans tous les systèmes juridiques. En effet, l'évolution de ce domaine a principalement été influencée par de nombreux facteurs dont les mutations de l'institution de la famille, le progrès consécutif du statut de l'enfant au sein de la famille et l'émergence et l'adoption de la CIDE.

**874.** Ainsi, traiter la question de la filiation ne consiste pas uniquement à prendre en considération son angle juridique, mais son traitement suscite à intégrer d'autres éléments qui participent à sa définition globale et à la délimitation de son intérêt que ce soit pour les parents ou pour les enfants. En effet, pour les sociologues l'étude de la filiation ne peut se faire en dehors de son contexte général et social qui est la famille. Cette dernière représente « *un groupe social dont la spécificité est de croiser les liens hétérogènes dont les liens de couple, le lien de filiation et le lien fraternel qui sont institués dans un système de parenté et de socialiser à travers ces liens une dimension spécifique de l'expérience humaine, celle du temps de la vie et de sa transmission* »<sup>762</sup>. Cette vision globale établie, permet d'intégrer et d'étudier la question de la filiation dans l'ensemble du phénomène familial, alors que la vision des juristes est plus spécifique puisqu'elle se base sur les rapports individuels en reconnaissant les actes et les faits créateurs des liens entre les personnes que ce soit celui d'alliance par le mariage ou de parenté par l'établissement de la filiation<sup>763</sup>. Toutefois, la combinaison de ces deux axes de définition de la filiation permet d'une manière directe ou indirecte de concrétiser de nombreux principes de la CIDE dont celui de la non-discrimination, du droit à la participation, ou encore de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dernier ne peut être appréhendé et concrétisé qu'à travers la garantie d'un nombre d'éléments dont le développement social, culturel, clinique et juridique de l'enfant, garantissant son développement personnel, son autonomie et sa socialisation complète à travers la concrétisation de ses droits.

**875.** Dans ce sens, il semble évident que l'étude de la filiation et de ses enjeux ne peuvent être détachés du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisqu'ils renvoient d'une manière directe au rapport entre l'établissement du lien de la filiation et ce principe. D'abord psychologiquement, le lien de la filiation représente une « *sorte de mi-parcours entre le besoin inné d'attachement et le besoin acquis d'appartenance à un groupe* »<sup>764</sup>. Il reflète le besoin et le sentiment de chaque être humain de vouloir appartenir à un groupe social ou à une famille afin de renforcer son sentiment identitaire et de le préparer à la

---

<sup>762</sup> Irène. THERY, Droit, famille et vie privée, le pari du débat, in Commentaire, n° 83, 1998, p. 827.

<sup>763</sup> Pierre MURAT, Les enjeux d'un droit de filiation, le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005, Information sociale, 2006, n° 131 pp. 1-2.

<sup>764</sup> John HILL, Filiation et affiliation : exploration des dynamiques de dépendance et d'autonomie, Revue de psychologie analytique, 2013, n° 1, pp. 12-13.

participation sociale au sein de son groupe. Ce sentiment et ce besoin de filiation et d'affiliation sont ancrés dans l'esprit de chaque individu. C'est un besoin inné d'attachement permettant la création et la constitution des premiers sentiments de filiation. Il débute à la naissance avec l'attachement du bébé à sa maman et son besoin d'être proche d'elle pour se sentir à l'écart de tout danger. Ainsi, ce besoin d'attachement et d'appartenance à travers l'établissement de la filiation est réel et se concrétise par l'ongle pratique et juridique. Il assure des règles adaptées à l'importance de ce lien et permettant également d'apporter des réponses à la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque l'établissement de ce lien permet de protéger et de garantir la protection des différents échelons de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**876.** C'est dans cet objectif que la majorité des systèmes juridiques se sont lancés dans un processus de réforme de leurs législations familiales dont la question de la filiation est primordiale. Dans le monde occidental, nous avons assisté depuis des décennies « à un mouvement d'unification du droit de la filiation »<sup>765</sup>, où l'objectif principal est celui de protéger l'intérêt de l'enfant à travers l'établissement du lien de filiation, lui permettant d'une manière directe ou indirecte une protection d'ordre moral et matériel. L'étude de la question de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine de la filiation nous incite à traiter l'évolution du rapport entre les droits de l'enfant et la place fondatrice de la filiation aujourd'hui. En effet, le rôle de la filiation en matière de la protection de l'intérêt de l'enfant n'a pas toujours été avantageux à l'égard de l'enfant et de son intérêt, puisque dans tous les systèmes juridiques, seul le lien de filiation légitime, c'est-à-dire celui qui repose sur le mariage, permet d'établir ce lien ce qui porte une atteinte avérée aux droits de l'enfant en général.

**877.** Toutefois, bien que l'établissement du lien de la filiation et son importance dans la protection des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur semblent être assez simples, leur concrétisation est très complexe dans la mesure où la sensibilité et les limites de la question même de la filiation se manifestent dans de nombreux modèles juridiques adoptés par les Etats. Un constat qui permet d'établir deux catégories de modèles. D'abord celui adopté par l'ensemble des pays occidentaux dont la France et qui ont connu une transformation en la matière en adoptant un modèle évolutif permettant d'adapter et de réformer progressivement le droit de la filiation afin de protéger et d'attribuer à l'enfant et à son intérêt le rôle central en matière de filiation (Paragraphe 1). Ensuite celui adopté par la majorité des pays musulmans où la question de la filiation demeure une limite et une ligne difficile à franchir dans les réformes menées par ces pays. Ce modèle consenti au Maroc expose la grande difficulté d'intégrer et de respecter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de filiation entre l'ambivalence des deux normes religieuse et moderne (Paragraphe 2).

---

<sup>765</sup> *Ibid*, p. 5.

**Paragraphe 1 : Le droit de la filiation, une mise en œuvre progressive de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

878. En France comme au Maroc, les engagements internationaux ont explicitement participé à l'accélération de la prise en considération des droits de l'enfant et de son statut juridique au sein de la famille. Une situation qui a affecté profondément l'ensemble de la structure familiale et les relations entre ses membres dans les deux pays. En droit français, cette prise en considération a permis à l'enfant d'occuper la place centrale et de devenir le fondement même de l'institution familiale. Bien qu'il puisse y avoir débat sur la question de l'enfant qui définit la famille, il est aujourd'hui clair que dans la société française et dans ses règles adoptées, la place occupée par l'enfant que ce soit juridiquement ou sociologiquement permet de le placer en tant qu'individu définissant la famille. Nombreux sont les domaines réformés dans ce sens, principalement le droit de l'autorité parentale et celui de la filiation. En effet, cette dernière a fait l'objet de profondes réformes afin de concrétiser les quatre principes de la CIDE dépassant la limite d'un simple établissement du lien de filiation, pour concrétiser et prendre en considération intégrale tous les droits relatifs à ce lien qui visent la réalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant d'une manière directe en évoquant ce principe où d'une manière indirecte en intégrant d'autres droits. Quant au droit Marocain, il est encore très loin du constat évolutif de la question de la filiation en droit français. En effet, la question de la filiation n'a pas franchi la limite de la fidélité au critère religieux qui adopte d'abord une conception traditionnelle de la famille, des droits de l'enfant d'une manière générale et de son statut au sein de la famille en particulier. C'est pourquoi parler des droits de l'enfant et de son intérêt supérieur ne semble pas aussi évident. Toutefois, le législateur marocain n'a pas hésité à affirmer l'originalité de l'intégration indirecte du principe en la matière à travers la dernière réforme du Code de la famille de 2004 tout en respectant les règles du droit musulman.

879. Dans ce sens, il semble clair que la concrétisation du lien entre le droit de la filiation et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne semble pas aussi évidente puisqu'elle n'est pas constituée uniquement d'une simple règle de reconnaissance de lien de parenté. Mais elle est une composition de droits affectant directement ou indirectement, d'une manière avantageuse ou désavantageuse la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers l'établissement de ce lien. C'est pourquoi, il est primordial d'évaluer les règles de ce droit qui permettent l'évolution même de l'intérêt supérieur de l'enfant en France, puis de comparer la vision adoptée par le législateur français avec les limites avérées du législateur marocain.

***A-L'intérêt supérieur de l'enfant, une priorité pour le législateur français en matière de filiation.***

**880.** En France comme partout ailleurs, l'établissement du lien de la filiation a longtemps reposé sur le seul lien du mariage. Ce dernier a connu un grand affaiblissement suite aux mutations de l'institution familiale et de la transformation du statut de l'enfant et de sa place au sein de la famille. Une situation qui a permis l'affectation directe et l'évolution des règles de la filiation suite aux changements sociaux. Ainsi, le législateur s'est retrouvé devant l'obligation d'adapter l'ensemble de ses règles aux exigences évolutives et d'affirmer la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en le rendant prioritaire dans toutes les questions relatives à sa filiation en faisant du bien-être de l'enfant la première préoccupation.

**881.** Devant les mutations que subissait la société française en générale et la famille en particulier, le législateur s'est lancé dans un processus d'adoption de lois visant le droit de la famille dont la question de la filiation semblait primordiale. En effet, dans l'objectif de réformer la définition classique de la notion de la filiation qui datait du Code civil de 1804 et où le domaine de la filiation vacillait entre une certitude de la maternité et un mystère de la paternité, reflétait une seule vérité qui est celle de reconnaître que l'ensemble du droit de la filiation reposait sur le mariage et la légitimité qui en découlait. Ainsi, il a fallu attendre 1972 pour qu'une loi d'ampleur voit le jour et adopte de nouveaux principes qui visent à réformer le domaine de la filiation. En effet, cette réforme était très attendue puisqu'elle s'est inscrite dans un vaste mouvement de réforme qui a visé indépendamment des titres du code civil relatifs à la famille puisque la France n'a pas procédé à une réforme globale mais elle a entrepris des réformes progressives. Cette loi du 3 janvier 1972 se place donc parmi les lois qui ont transformé le droit de la famille et qui a bouleversé le fond du droit de la filiation ; elle l'a recomposé à nouveau en adoptant un nouveau principe fondamental qui l'a influencé et marqué, il s'agit du principe de l'égalité. En effet, cette loi a principalement levé l'interdiction à l'établissement de la filiation adultérine et instaurer l'égalité entre l'enfant naturel et l'enfant légitime tout en sauvegardant quelques restrictions en matière de successions<sup>766</sup>.

Puis une deuxième loi a également participé à rénover le domaine de la filiation et il s'agit de la loi du 25 Juin 1982 qui a admis la possession d'état comme un mode d'établissement de filiation pour l'enfant naturel.

**882.** S'ajoute à cela la loi du 8 Janvier 1993 qui a allégé le régime de l'action en recherche de paternité naturelle et a offert à l'enfant majeur la possibilité d'une action en justice afin d'établir sa filiation en inscrivant la fin de la non-recevabilité de l'action en recherche de maternité naturelle lorsqu'une femme demande le secret sur son identité. Vient ensuite la loi du 3 décembre 2001 qui a aboli toutes les dispositions

---

<sup>766</sup> Michèle LABORDE-BARBANÈGRE, La filiation en question : de la loi du 3 janvier 1972 aux lois du la bioéthique, in Agnès FINE, (dir), ADOPTIONS, éditions de la maison des sciences de l'homme, coll Ethnologie de la France, Paris, 2013, sur : <https://books.openedition.org/editionsmssh/623?lang=fr#authors>

discriminatoires à l'égard des enfants adultérins notamment en matière de successions. Nous citons également la loi du 18 juin 2003 relative au nom de famille et qui a permis à l'enfant de porter soit le nom du père soit celui de la mère soit les deux dans l'ordre choisi par les deux parents, puis l'ordonnance du 4 juillet 2005 ratifiée par la loi du 16 Janvier 2009, qui a permis la suppression totale des expressions 'filiation légitime' et 'filiation naturelle' dans l'objectif était de garantir l'égalité totale entre les enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage. L'adoption de ces réformes ne représente pas uniquement l'harmonisation de la loi interne aux mutations sociales et ceux de la famille, mais elles sont également le résultat de l'élargissement de l'accueil de la norme internationale notamment celle de la CIDE et de la CEDH<sup>767</sup>.

**883.** Ces évolutions ont permis de faire de la filiation un fondement de la famille et un domaine où la protection des droits de l'enfant représente la priorité. Toutefois, cette considération et ce processus adopté par le législateur affirment clairement et d'une manière explicite la recherche de ce dernier d'une concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, il devient question dans un premier temps de connaître la place réelle de l'enfant au sein de la filiation notamment dans la prise en considération de son intérêt supérieur à travers les réformes menées. Une des réformes qui a ouvert le débat sur ces questions et qui a permis d'apporter des réponses qu'elles soient directes ou indirectes est la réforme de la filiation adoptée en 2005 et ratifiée par la loi de janvier en 2009. En effet, cette réforme a adopté différentes dispositions, sous couvert du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant permettant de garantir à l'enfant des éléments participants à la concrétisation de son bien-être qui répond explicitement à la prise en considération de son intérêt supérieur. D'ailleurs, cette réforme a représenté une sorte de réponse à l'engagement du pays à l'égard de la CIDE, dont le comité des droits de l'enfant n'a pas hésité à lui rappeler dans les rapports qui précédaient cette réforme, ses préoccupations par rapport à la conformité de la législation interne avec les principes de la CIDE et à prendre toutes les mesures nécessaires afin d'éliminer toute pratique discriminatoire à l'égard de l'enfant ou d'une négligence d'une prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>768</sup>. C'est dans ce sens que la réforme s'est focalisée sur la concrétisation de deux principes qui sont, l'égalité entre le statut de l'enfant naturel et celui de l'enfant légitime et la sécurisation du droit de la filiation à travers le droit de l'enfant à l'identité.

**884.** La question de la place de l'enfant né hors mariage ne représente pas une simple question de reconnaissance d'un droit à un enfant né hors mariage, mais elle reflète avant tout la conception sociale de la famille, de son fondement, de sa structure et de la place accordée à tous les enfants au sein de la famille et de la société. Le mariage a toujours représenté le lien légitime qui rattachait l'enfant à ses deux parents, créant ainsi des disparités de droits avec les enfants nés en dehors de ce lien notamment avec les enfants naturels et les enfants adultérins.

---

<sup>767</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, Droit de la famille 5<sup>ème</sup> éd, LGDJ, 2015, p57et s.

<sup>768</sup> CRC/C/15/Add.20, CRC/C/15/Add.240 30 juin 2004.

Une situation qui a longtemps été adoptée par le Code civil et qui a permis l'instauration d'une sorte d'inégalité fondée sur la naissance à partir des comportements de leurs parents<sup>769</sup>.

C'est pour cette raison que le droit français de la filiation n'a été pas conforme aux engagements de la France, d'abord à l'égard de sa philosophie reconnaissante des droits de l'Homme puis à l'égard des textes internationaux qui font appel à l'égalité de tous les enfants sans prendre en considération les circonstances de leur naissance. Toutefois, la réalité sociale et l'augmentation des naissances hors mariage ainsi que l'installation des parents en union libre ont également participé à la modernisation de l'ensemble de l'institution familiale et de l'avènement de la famille égalitaire et individualiste qui cherche à instaurer et à protéger les droits de chaque membre mais qui met en priorité la protection des droits de l'enfant.

**885.** La loi du 3 Janvier 1972, représentait la première loi qui permettait à l'enfant naturel d'établir sa filiation, et a ainsi instauré une égalité de droits entre l'enfant né dans le mariage et celui né hors mariage en marquant la fin de l'exclusivité de la filiation basée sur le mariage en se basant sur le principe de l'égalité<sup>770</sup>. Ainsi, tous les enfants se voyaient octroyer la possibilité d'établir une filiation tant qu'il n'y a pas un rattachement de filiation à une autre personne. Autre que le principe d'égalité, cette loi s'est également basée sur un second principe qui s'associe avec celui de l'égalité de la filiation et il s'agit de celui de la vérité, une vérité biologique mais aussi sociologique. En ce qui concerne cette dernière le législateur a souhaité en finir avec l'hypocrisie des lois d'avant qui négligeaient l'existence des familles en dehors le cadre du mariage dont les droits des enfants peuvent être en danger.

**886.** Quant à la vérité biologique, elle représente pour cette loi une clé de voute dans la mesure où il résulte de l'évolution de deux facteurs ; d'abord le recul du mariage comme modèle de vie familiale puis l'accès à la science et sa fiabilité afin de renforcer la possession d'état en admettant les examens sanguins ou les preuves médicales certaines comme mode de preuve accepté par le juge<sup>771</sup>. Par ailleurs, cette vérité biologique pouvait permettre l'adoption de deux visions ; d'abord celle qui la considère comme un élément constitutif de la filiation telle que la vérité juridique ou celle sociale, et dans ce cas elle représente uniquement un remède pour les filiations fictives et ainsi remettre en question le rattachement juridique et se référer uniquement à l'attachement biologique<sup>772</sup>, ou qu'elle soit un élément supérieur aux autres et de prendre le risque de la considérée comme la source principale.

---

<sup>769</sup> Voir dans ce sens : M. FABRE, *Etude de droit français et de droit comparé sur l'état de l'enfant naturel dans la famille et la société*, Avignon, 2<sup>e</sup> éd. François SEGUIN, 1900.

<sup>770</sup> Irène. THERRY, *Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique* » in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (Dir.de) Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, spec. n° 9-10, p. 94.

<sup>771</sup> CA Paris, 13 Octobre 1966, JCP G, 1968, II-15382, obs. R B : citée par Nadège COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse de doctorat sous la direction d'Elisabeth PAILLET, Université du sud Toulon Var, 2007, p. 17.

<sup>772</sup> Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF (que sais-je ?), 2001, p. 13.

Dans ce sens M. Terré et Mme FENOUILLET considéraient que « *le législateur est partagé entre la tentation d'ouvrir largement les actions, ce que justifierait les progrès de la biologie, et au contraire la volonté de maintenir la paix des familles et plus encore aujourd'hui le souci de préserver la stabilité de l'état des personnes* »<sup>773</sup>.

**887.** Quant à la position de la jurisprudence à l'égard de cette vérité biologique, son interprétation faisait l'objet d'une originalité sans précédent puisque la majorité des décisions rendues étaient favorables à la prise en considération de la preuve scientifique ce qui a reflété l'attraction et la séduction des juges par le progrès scientifique qui permettait de considérer la preuve biologique comme un élément de droit et d'y tenir compte en matière de filiation. En effet, c'est un arrêt de la Cour de cassation qui a contribué à reconnaître la place de la preuve biologique, en instaurant son célèbre principe « *en matière de filiation, l'expertise biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y recourir* »<sup>774</sup> ; par le biais de cet arrêt qui a constitué un revirement jurisprudentiel, la question de l'expertise est venue bouleverser les pouvoirs du juge lui-même quant à sa capacité de diligenter une expertise biologique qui dépendait de son pouvoir discrétionnaire et qui s'est imposée comme étant un moyen de preuve imposé au juge en matière de filiation.

Toutefois, si cette loi a ouvert la porte à la modernisation du droit de la filiation, elle a néanmoins débuté un processus qu'il fallait continuer de mettre à jour et en cohérence avec l'évolution de la société et de la science, et donc apporter des modifications à l'insuffisance de la loi de 1972 en matière d'égalité et de vérité qu'elle adoptait comme principes fondamentaux.

**888.** En effet, c'est la réforme du 4 juillet 2005 applicable au 1<sup>er</sup> juillet 2006 qui va affirmer la continuité de l'évolution des règles du droit de la filiation, et qui faire des deux principes de l'ancien texte notamment l'égalité et la vérité de filiation des objectifs et des valeurs à atteindre. Ceci se faisait dans le cadre d'harmoniser la réalité sociale où les principes d'égalité et de vérité en matière de filiation sont admis dans la société. Aussi il y avait lieu de permettre un renouvellement qui vise à protéger l'enfant et de lui garantir son droit à la filiation quelle que soit la situation de ses géniteurs ou les circonstances de sa naissance, sans aucune discrimination afin de garantir à l'enfant un bien-être dont la stabilité et la sécurité sont le moteur<sup>775</sup>. Il s'agissait également de mettre en place un droit dont l'esprit est de simplifier, d'uniformiser le droit à l'établissement du lien de filiation<sup>776</sup>.

---

<sup>773</sup> François TERRE, Dominique FENOUILLET. Les personnes- la famille- les incapacités, Paris, Dalloz, coll. précis 7<sup>ème</sup> édition, 2005.

<sup>774</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2000, Bull. n° 103 ; Defrénois, 200-06-30, n° 12, p. 769, note Jean MASSIP ; Dalloz, 2000-10-12, n° 35, p.731, Note T. GARE ; JCP 2000-10-25, n° 43/44, conclusions C. PETIT et note M.C. MONSALLIER-SAINT-MIEU.

<sup>775</sup> Françoise DEKEUWER DEFOSSEZ, Le nouveau droit de la filiation : pas si simple, RLDC 2005, n° 21, pp. 34 et suivant.

<sup>776</sup> Dans ce sens, il est à noter que la volonté d'une modification été pressentie dans le rapport déposé par Mme Dékeuwer-Défossez en 1999 qui soulignait que « si la loi doit être revue, c'est parce que les principes de l'égalité et de la vérité biologique ont été tellement admis par la société...qu'ils méritent de trouver une place quelques peu renouvelée ».

**889.** C'est dans cet objectif que l'ordonnance du 4 juillet 2005 a fait de l'égalité et la sécurité sa consécration en procédant à une unification du droit de la filiation en ayant comme référence principale quelques principes dont :

- L'unification des statuts entre les enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance ;
- L'unification des modalités d'établissement de la filiation maternelle ;
- L'établissement avec précision des conditions de la constatation de la possession d'état ;
- L'harmonisation et la simplification du régime procédural de l'établissement du lien de la filiation judiciaire;
- La sécurisation de la filiation à travers la garantie de son droit à l'identité ;
- La préservation de la personne de l'enfant des conflits relatifs à la filiation et à ses procédures à travers le principe chronologique, c'est-à-dire que pour que l'établissement d'une nouvelle filiation soit fait, il faudra que le première soit détruite dans le respect des conditions admises par la loi.
- La simplification du régime des actions de contestation en respectant l'égalité et la stabilité de la filiation.

**890.** Suivant ces objectifs tracés, de nombreuses transformations ont été réalisées en matière de filiation, parmi les transformations qui ont permis la concrétisation de l'égalité des enfants en la matière il y a la suppression du terme de filiation « légitime » et filiation « naturelle », d'où l'instauration d'un principe de base qui affirme que « *la loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation* »<sup>777</sup>. Pour M. P. MURAT, l'ancien texte n'était plus d'actualité et l'utilisation des termes « légitime » et « naturel » ne reflétait plus la réalité et « *leur maintien ne représentait qu'une enveloppe vide, dont la disparition n'est qu'une conséquence évidente du processus évolutif entrevu depuis longtemps. Puisque le mariage qui représentait le seul lien légitime qui permettait l'établissement de ce lien est aujourd'hui affaibli ainsi l'enfant n'a plus à supporter les conséquences d'une illégitimité puisque les éléments constitutifs de la légitimité s'estompent et vident le terme de son sens* »<sup>778</sup>. De plus, la suppression de ces termes avait plus de sens et d'intérêt lorsque les enfants nés hors mariage représentaient les exceptions ou s'avéraient être rares dans une société où les traditions et les mœurs caractérisaient et sacralisaient encore le lien du mariage ; désormais la légitimité a perdu sa valeur juridique et symbolique ce qui a permis et a facilité l'adoption de la nouvelle réforme. En outre, cette facilité s'est également traduite dans la généralisation de cette suppression de la légitimité qui a été étendue dans l'ensemble des textes juridique, chose qui a permis l'harmonisation de tous les articles du code civil avec les autres codes tels que le code pénal ou le code de la sécurité sociale.

---

<sup>777</sup> Art. 733 al. 1.

<sup>778</sup> Pierre MURAT, L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ?, Dr. Fam., 1998, chron, 14, p. 4.

**891.** Par rapport à la question de l'établissement de la filiation, la réforme du 4 juillet 2005 a modifié quelques dispositions afin que cet établissement soit simple. Pour l'établissement de la filiation maternelle, l'ordonnance ne modifie pas les fondements les modes d'établissement de la maternité et ne dépendent plus du statut juridique de la femme. Autrement dit, la loi a unifié les modes de son établissement sans prendre en considération la situation conjugale. Désormais avec l'article 311-25 du Code civil, la simple désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant établit la filiation à son égard ; toutefois l'ordonnance a conservé un nombre de dispositions telles que : l'exigence de la volonté réelle de la mère qui doit exprimer son acceptation du statut de mère, elle est conservée dans le cadre de protéger le droit accordé à la femme d'accoucher sous l'anonymat de son identité, (un droit qui trouve son fondement d'abord dans la faveur accordée à la médicalisation de l'accouchement ainsi qu'à la survie de l'enfant)<sup>779</sup>. Ainsi, l'acte de naissance devient la preuve officielle de la maternité, le maintien de la reconnaissance maternelle ou encore à travers une déclaration en justice.

**892.** D'autre part, concernant l'établissement de la filiation paternelle, la loi a également conservé le fondement de la règle en modifiant légèrement quelques dispositions afin de simplifier l'accès à la recherche. En effet, avant la réforme de 2005, la loi de 1972 précisait que 'l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari', une précision qui renvoyait clairement à la légitimité et qui limitait la question de la recherche de la preuve.

**893.** Ainsi, c'est dans l'esprit de la simplification adoptée par le législateur que l'ordonnance de 2005 a apporté une modification en précisant dans l'article 312 du Code civil que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari », l'ajout du « ou né » permet de simplifier et de permettre l'accès à la recherche de preuve, alors que dans le cadre d'un enfant né hors mariage, il faut une déclaration de volonté exprimée dans un acte de reconnaissance authentique afin d'établir la paternité<sup>780</sup>. De plus, d'autres éléments se sont ajoutés au processus de la simplification et de la suppression de toute discrimination ou inégalité en matière de filiation.

**894.** La loi de ratification du 16 janvier 2009 a représenté une occasion pour le législateur pour renforcer et harmoniser les règles relatives à la présomption de paternité puisque avant cette loi, il existait deux cas d'exclusions de la présomption de paternité et selon ces cas les possibilités de rétablissement n'étaient pas identiques.

Ainsi, l'article 313 du Code civil prévoyait que la présomption de paternité était exclue lorsque l'enfant était conçu durant une période de séparation légale ; dans ce cas-là l'alinéa 2 du même article prévoyait que la présomption était rétablie en plein droit en présence d'une possession d'état à condition qu'aucun lien de filiation ne soit établie à l'égard d'un tiers).

---

<sup>779</sup> Géraldine. VIAL, Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005, Dr. fam., février 2008, Etudes, p. 8.

<sup>780</sup> Art. 316 Code civil.

Aussi, l'article 314 prévoyait que la présomption de paternité était exclue en cas d'absence de désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance et d'absence de possession d'état à son égard. La possibilité de cumulation des deux conditions, il n'était pas question d'un rétablissement de paternité sur le fondement de la possession d'état puisque son absence étant une condition d'exclusion. Toutefois, l'article 315 permettait que la présomption puisse faire l'objet d'un rétablissement en justice. Dans l'objectif de la simplification, la présomption peut faire désormais l'objet d'exclusion en cas de conception pendant une période de séparation légale ou en cas d'absence de désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance. Ainsi, quel que soit le cas d'exclusion, la présomption est rétablie en plein droit en présence d'une possession d'état à l'égard du mari de la mère, si aucun lien n'est rétabli à l'égard d'un tiers. Puis le rétablissement judiciaire prévu à l'article 315 est naturellement sauvegardé. C'est-à-dire que lorsque le mari n'est pas désigné comme étant le père dans l'acte de naissance, mais qu'il y ait une possession d'état à son égard, la présomption de paternité dans ce cas est exclue puis rétablie de plein droit alors qu'avant elle n'était pas exclue.

**895.** Un autre élément adopté par la loi de 2009 qui vise la simplification et qui élargie également l'attribution du droit à l'enfant, s'agissant du délai fixé par le législateur sur le droit d'agir en fin subsidie qui été fixé en deux ans dans la loi de 2005 mais qui a fait l'objet de modification par le législateur en 2009, ce dernier a en effet aligné le délai pour agir à fin subsidie sur celui pour agir en recherche de paternité et qui est devenu de dix ans avec une suspension pendant la minorité de l'enfant.

**896.** D'autres dispositions participent également à cette simplification et concrétisation des droits de l'enfant dont : la disposition de l'article 313 qui précise la possibilité d'écarter la présomption de paternité si le nom du mari n'est pas indiqué mais qu'elle peut être rétablie de plein droit à la possession d'état à l'égard de chacun des époux s'il n'y a pas une filiation établie à l'égard d'un tiers. Elle peut également faire l'objet d'une réclamation en justice par chacun des époux lors de la minorité de l'enfant ou par ce dernier pendant les dix années qui suivent sa majorité.

L'adoption de ces éléments sont d'abord une preuve concrète de l'évolution qu'a subi le droit de la filiation ; ce dernier qui avait besoin de faire l'objet d'un nombre de modifications afin de garantir la protection de l'intérêt de l'enfant mais également de protéger les équilibres profonds et complexes sur lesquels est basé le droit de la filiation. Les réformes adoptées visent d'une manière indirecte la concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisqu'elles permettent l'élimination de toutes les discriminations à son égard et de lui garantir un droit existentiel qui est celui de son droit à une filiation et donc à une famille et à une identité.

## ***B- Le droit à l'identité, une garantie à l'intérêt supérieur de l'enfant.***

**897.** Les réformes adoptées en matière de filiation et les modifications qui ont visé les questions relatives à ce domaine, reflètent bien la volonté du législateur de concrétiser des principes fondamentaux tel que l'égalité, la vérité biologique ou encore la sécurité, tout en ayant un esprit qui vise le respect des équilibres des droits en la matière mais également l'obligation de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**898.** En effet, si les principes de l'égalité et de la vérité biologique ont permis d'instaurer une base solide pour la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, la question de la sécurisation de la filiation a également suscité un grand intérêt par le législateur, puisque la question de protéger chaque filiation établie est une question de protection de la construction d'identité personnelle. Cette identité que chaque enfant a le droit d'avoir et qui passe par le droit à la filiation qui détermine l'identité de l'enfant, ses conditions de vie pendant sa minorité, les droits et les devoirs des parents à son égard, sa nationalité, sa pension alimentaire, son droit à la succession, etc.

**899.** les défenseurs du droit à l'origine ou même ceux des droits de l'Homme revendiquent et mettent une priorité pour le droit de toute personne de connaître sa filiation, ou ses filiations. Pour ces défenseurs, priver ou amputer un enfant ou même un adulte de sa filiation c'est le priver d'un droit fondamental qui peut lui permettre de vivre sans souffrance non seulement psychologique mais également sociale, puisque cette quête n'est pas une simple quête de famille mais c'est principalement une quête d'identité<sup>781</sup>.

**900.** C'est ainsi que le droit à l'identité représente un élément principal qui dissimule la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, et c'est dans ce sens que le législateur a adopté ce principe de sécurisation à travers l'adoption de quelques dispositions mais également la limitation de quelques actions qui remettraient en question ce droit à l'égard duquel la France s'est engagée à travers la ratification de la CIDE. En effet, cette dernière se réfère explicitement à ce droit, d'abord dans l'article 7 de la convention selon lequel *« l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et dès celle-ci a 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 »*, puis dans l'article 8 selon lequel *« les Etats parties s'engagent 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 »*. Ainsi, pour assumer ces engagements à travers la réglementation du droit de la filiation, la réforme a restreint les actions en contestation de la filiation en préservant uniquement deux modes de contestations qui concernent la vérité biologique. D'abord concernant la contestation de la maternité, elle peut être faite uniquement lorsqu'il y a preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. Puis pour la contestation de paternité, elle doit être faite en apportant la preuve que le mari ou celui qui a reconnu l'enfant n'est pas le père.

---

<sup>781</sup> Pierre. VERDIER, Natalie. MARGIOTTA ., *Le droit à la connaissance de ses origines : un droit de l'homme. Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Paris ; éd. jeunesse et droit, 1998.

**901.** Dans l'objectif d'encadrer la question de la contestation de paternité ou de maternité, il importe de distinguer deux situations, d'abord lorsque la paternité ou la maternité sont établis par la possession d'état ou lorsqu'ils sont établis seulement par un titre. Concernant la première situation, le législateur s'est montré ferme en posant une réglementation qui renforce la limitation du nombre excessif des actions destinées à contester l'état d'un enfant, d'abord en limitant le nombre de personnes titulaires des actions en contestation ; puis l'adoption du nouveau délai de prescription de 5 ans au lieu des 10 ans de l'ancienne réglementation.

**902.** Dans ce sens, la jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises en la matière en affirmant l'adoption de l'esprit de la loi en écartant le principe de la preuve biologique comme preuve en matière de contestation de possession d'état. En effet, dans une décision du 6 décembre 2005 « *qu'en matière de constatation de possession d'état, la preuve s'établit par tous moyens, de sorte que l'expertise biologique n'est pas de droit* »<sup>782</sup>, malgré que cette dernière soit de droit en matière de filiation. Puis dans une autre décision la Cour de cassation a également considéré dans un arrêt du 16 juin 2011 que « *l'expertise biologique ne peut pas être prescrite en matière de possession d'état* »<sup>783</sup>. Par ailleurs, le demandeur doit avoir recours à tous les moyens de preuve et les faits constitutifs de la possession d'état alléguée. En revanche, lorsque la filiation est établie par un titre nu, non conforté par la possession d'état, le législateur permet à tout intéressé de contester cette filiation dans un délai de 10 ans du droit commun à compter de la naissance. Puis, concernant la contestation de filiation constatée dans un acte de notoriété, elle a également fait l'objet d'une restriction en limitant la possibilité d'action dans un délai de 10 ans à compter de la délivrance de l'acte de notoriété.

**903.** L'objectif des réformes de 2005 et de 2009 en matière de filiation est sans doute une mise à jour de l'équilibre des droits existants en la matière, et une prise en considération de l'évolution des droits de chaque membre au sein de la famille. Cela dit, bien que les deux réformes n'expriment pas explicitement l'objectif référentiel qui est celui d'une protection spécifique à l'enfant et de son intérêt supérieur, et malgré l'absence de la notion de l'intérêt de l'enfant des textes, sa référence et sa prise en compte est manifeste dans la majorité des décisions rendues en matière de filiation, puisque la justice répond et d'une manière explicite et évolutive à l'esprit adopté par les deux lois et aux engagements internationaux de la France à l'égard de la CIDE, en faisant de l'intérêt supérieur de l'enfant le centre même de toute décision rendue en matière de filiation.

**904.** C'est dans ce sens que l'usage du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge en matière de filiation est de plus en plus sollicité. Son usage permet aujourd'hui de participer à l'appréciation concrète des conflits en la matière et donc à permettre l'attribution d'un nouvel élément de pouvoir d'appréciation au juge qui consiste à définir l'intérêt supérieur de l'enfant et à le considérer comme fondement principal de chaque décision prise.

---

<sup>782</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 2005, n° 03-15.588, D. 2006, IR p. 99 ; Juris6data, n° 031133 ; Droit de la famille 2006, Comm.n° 26, note Pierre MURAT.

<sup>783</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 2011, n° 08-20.475, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; AJ Famille 2011. 376, obs., F. CHENEDE ; RTD civ. 2011.524, obs. J. HAUSER.

**905.** Ainsi, comme nous l'avons constaté, la variabilité du contenu de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est avérée, puisqu'elle peut justifier un maintien d'une filiation établie comme elle peut être un obstacle à la contestation du lien de la filiation, c'est dans cet esprit que de nombreux jugements ont permis à l'intérêt supérieur de l'enfant d'être l'élément directif en matière de filiation. Ainsi, dans un jugement du tribunal de grande instance de Lyon du 5 juillet 2007<sup>784</sup>, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui témoigne de l'importance accordée par le juge à ce principe, en l'espèce un enfant qui été reconnu par un homme qui l'a élevé avec son épouse qui n'était pas la mère. Quinze ans plus tard, la mère biologique est apparue dans la vie de l'enfant et avait fait une demande pour annuler la reconnaissance de paternité, en ayant le recours à l'expertise biologique. Ainsi, l'administrateur ad hoc qui représentait l'enfant avait exprimé le refus catégorique de l'enfant d'un éventuel changement en sa situation familiale en invoquant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**906.** En se basant sur cet argument fondé sur la CIDE et de l'obligation de faire de l'intérêt supérieur de l'enfant la considération primordiale, le tribunal a rejeté la demande de la mère biologique. En effet, les juges ont considéré que l'applicabilité directe de la CIDE et plus précisément l'article 3 devant les juridictions, permettent d'évoquer ce dernier en tant que référence principale et « un motif légitime de refus de la demande sollicitée par la mère ». Puis, l'application de ce principe en l'espèce a permis aux juges de considérer que « les conséquences psychologiques qu'entraînerait de manière certaine un processus d'expertise sur l'enfant constituent un motif légitime de ne pas répondre à la demande et de ne pas ordonner cette expertise, puisqu'en vertu des intérêts supérieurs de l'enfant lesquels priment la démonstration, ou non, d'une vérité biologique ».

**907.** Ainsi, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant prime dans ce cas sur la recherche de « la vérité biologique » et sur le lien de filiation puisque cet intérêt réside dans la stabilité que connaît l'enfant dans sa vie actuelle, même si cette stabilité est fondée sur la volonté de ce dernier. Toutefois, les juges ont souligné la possibilité que l'enfant agisse comme il le souhaite une fois arrivé à sa majorité. Cette possibilité accordée reflète tout d'abord la référence des juges à la différenciation entre l'intérêt actuel et l'intérêt futur de l'enfant qui représentent des éléments de définition de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, puis la concrétisation du droit de l'enfant capable de discernement, de faire part de sa volonté à travers sa parole et de concrétiser son intérêt à travers cette dernière. Cette décision peut être qualifiée d'audacieuse dans la mesure où elle « *permet de recentrer le débat de la filiation sur le principal intéressé, c'est-à-dire l'enfant lui-même, et puis elle affirme la primauté du principe sans conditionnement* »<sup>785</sup>.

**908.** En outre, une autre affaire affirme également la prise en considération progressive de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de filiation malgré les différentes affaires où il est question de le prendre en compte. En effet, dans une affaire semblable la Cour de cassation a considéré que la filiation établie pouvait être remise en cause.

---

<sup>784</sup> TGI Lyon, 5 juillet 2007 ; D. 2007, p. 3052, note A. GOUTTENOIRE, RTD. civ. 2008, obs. J. Hauser, p. 93.

<sup>785</sup> Adeline GOUTTENOIRE, Touche pas à ma filiation !, Recueil Dalloz, 2007, p. 3052.

En l'espèce, une mère mariée avait eu trois enfants desquels le mari était présumé père. Après un divorce conflictuel, un tiers assigna le père et la mère en contestation de la paternité du mari à l'égard du troisième enfant. Ainsi, il y a eu une demande d'expertise génétique, cependant l'enfant a refusé de se soumettre à cette expertise. Le motif du refus évoqué par l'enfant est d'abord sa connaissance de la réalité de sa filiation et que le mari de sa mère n'était pas son père, puis pour des raisons de risque d'instabilité affective telle que la séparation avec son frère en cas de l'établissement d'une nouvelle filiation.

Cependant, malgré les motifs avancés par l'enfant et la mère, les juges ont estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant consiste à « mettre fin à une situation d'insécurité psychologique et juridique » en ayant recours à d'autres éléments tels que les déclarations de la mère sur sa relation avec le requérant, les déclarations de l'enfant lui-même ou encore des photos afin d'établir la paternité du requérant, puisque les juges ont considéré qu'aucun motif légitime ne soutenait le refus de l'enfant de se soumettre à l'expertise. De plus, les juges ont également fondé leur décision sur un élément concret qui est celui d'un test génétique effectué hors procédure en Allemagne et qui affirme une probabilité de paternité à un pourcentage de 99,9999% entre l'enfant et le requérant, une donnée qui, bien qu'étant hors procédure, a néanmoins permis aux juges du fond et à la Cour de cassation de déduire que le mari de la mère n'était pas le père de l'enfant.

**909.** Toutefois, il est à souligner qu'en cas d'absence du test biologique comme élément participatif à la décision, il y a deux volontés qui s'opposent. D'abord celle du requérant qui souhaite établir la filiation à l'égard de son enfant mais également celle de l'enfant capable de discernement, qui exprime une volonté de garder sa filiation actuelle et qui doit être prise en considération dans le cadre du respect de son droit à la participation et à la parole. Une situation qui relève un débat profond relatif au rapport entre la volonté de l'enfant et son intérêt supérieur autrement dit, à quel point la volonté de l'enfant peut correspondre à son intérêt supérieur. C'est encore ici que le pouvoir du juge s'impose par rapport à l'idée qu'il se fait de l'intérêt supérieur de l'enfant et à son interprétation en dehors même de la règle de droit. Cette affaire démontre clairement un autre angle de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant mais affirme l'importance de ce dernier et sa prise en considération comme référence en matière de filiation<sup>786</sup>.

**910.** Dans le même sens, une autre affaire témoigne également de cette prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, dans un arrêt du 17 mars 2010<sup>787</sup>, il s'agissait d'une affaire relative à la conservation d'un enfant mineur de son nom de filiation établie par une reconnaissance mais qui a été annulée par défaut de véracité. Ainsi, dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par « *la cour d'appel qui n'a pas refusé de le faire prévaloir sur toute autre considération, et qui a et souverainement estimé qu'en l'espèce l'intérêt de l'enfant ne justifiait en aucun cas le maintien du nom de l'auteur dont la reconnaissance de filiation a été annulée* » et donc « *la Cour de cassation vient affirmer*

---

<sup>786</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 oct. 2012, n° 11-22-202, inédit, JCP G, 2013, p. 38, obs. Adeline. GOUTTENOIRE.

<sup>787</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 8-14.619, D.2010.892, et 1442, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS ; AJ famille 2010, p. 239, obs. S. MILLEVILLE Document InterRevue.

*explicitement que la supériorité et la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une règle d'application dans les actions relatives à la filiation, en affirmant »<sup>788</sup>.*

**911.** Cette décision n'est pas unique puisqu'il y a d'autres décisions qui ont été rendues dans ce sens, et qui ont reconnu la supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant sur tout autre élément. C'est ainsi qu'une autre décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 3 novembre 2011, en l'espèce le tribunal a permis la fixation de la résidence d'une enfant chez un parent dont la filiation a été annulée. En effet, le tribunal a fondé sa décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant et de sa stabilité psychologique en considérant qu'il y a lieu de fixer les modalités des relations entre l'enfant né en 2005 et le M. dont la filiation est annulée, puisque ce dernier a participé à l'éducation de l'enfant depuis sa naissance tout en prenant compte de la présence du deuxième parent, dans une organisation d'un droit de visite et d'hébergement, étant observé que celui-ci a reconnu l'enfant le 12 septembre 2011 »<sup>789</sup>. Ainsi, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant est aujourd'hui avérée puisqu'elle représente un outil révélateur de la philosophie contemporaine adoptée par le législateur en droit de la famille d'une manière générale, et en matière de filiation en particulier, en étant un outil d'appréciation au service du juge non pas dans un objectif classique de déterminer la filiation selon la règle de droit, mais de désigner le lien qui va garantir le bien-être de l'enfant.

**912.** Dans ce sens il semble évident que la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant devient de plus en plus le critère suprême sur toutes les questions relatives aux fondements de filiation. Les juges s'y réfèrent et s'appuient sur cette notion qui à travers son caractère « mou », permet une certaine flexibilité avantageuse en la matière qui autorise au juge de varier son interprétation de cet intérêt selon les circonstances de chaque espèce. Toutefois, et dans une autre vision, Mme DEKEUWER-DEFOSSEZ estime que l'intérêt supérieur de l'enfant est plus utilisé dans son sens abstrait puisqu'il n'existe pas une règle spécifique et précise vu que le recours à cet intérêt est de caractère général, ce qui rend complexe de traiter les affaires au cas par cas<sup>790</sup>. A notre sens, les deux visions sont possibles dans la mesure où l'une peut être complémentaire de l'autre, autrement dit même si le recours à l'intérêt supérieur de l'enfant peut apparaître d'ordre général, il est néanmoins un outil qui permet de régler des conflits précis en matière de filiation et consiste principalement à viser la spécificité de l'intérêt de l'enfant remis en question.

**913.** La concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de filiation paraît évidente de nos jours puisqu'elle représente un critère de règlement de conflits mais qui se base sur la détermination de ce qui est bon pour l'enfant et de la garantie de son bien-être. La jurisprudence et le droit français n'ont pas hésité à intégrer, adopter et généraliser ce principe d'une façon à conserver ce lien intime qui est la filiation qui conserve des

---

<sup>788</sup> Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, Droits des mineurs, Recueil Dalloz. Paris 2010 p. 1904.

<sup>789</sup> Valérie GEORGET, Contestation de paternité, AJ Famille 2012 p. 21, cité par, Hanane EL QOTNI, Les droits de l'enfant : Etude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman, thèse, Lyon, 2016, p. 300.

<sup>790</sup> Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'évolution des modes de filiation, in Les nouvelles formes de parentalité et le droit, Rapport d'information n° 392 (2005-2006) de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 juin 2006. Disponible sur : [https://www.senat.fr/rap/r05-392/r05-392\\_mono.html](https://www.senat.fr/rap/r05-392/r05-392_mono.html).

finalités autre que celles relatives à l'ordre matériel, telles que l'autorité parentale et les droits qui en découlent ou la succession mais elle est l'élément principale de toute une transmission symbolique qui se traduit par l'attribution d'un nom et d'un prénom, d'une nationalité d'un patrimoine génétique et d'une identité. L'ensemble des mesures adoptées par le législateur français ainsi que par l'évolution de la pratique judiciaire ont permis la concrétisation de l'article 3 de la CIDE en matière de filiation sans pour autant créer de divergences ou de contradictions à cette application, contrairement à sa prise en considération dans d'autres systèmes juridiques tels que celui adopté par le Maroc qui a opté pour une intégration partielle et partielle à l'intégration du principe en matière de filiation.

**Paragraphe 2 : Une intégration très limitée de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de filiation en droit marocain.**

914. Le droit d'avoir une filiation est fondamental pour le développement d'un enfant et la garantie de son bien-être et constitue une des références principales de l'ensemble de ses droits. C'est ainsi que tous les pays qui s'engagent dans la protection des droits de l'enfant, se trouvent devant l'obligation de réformer leur droit relatif à la filiation. Toutefois, réformer ne rime pas toujours avec faciliter en la matière, puisque la sensibilité de la question remet en cause les réformes profondes qui peuvent être menées dans certains pays, cette sensibilité évoquée est principalement relative à de nombreux éléments dont le traditionalisme de l'institution familiale et le caractère religieux et culturel de cette dernière. Ce caractère spécifique de la question de la filiation a permis l'adoption de divers modèles parmi lesquels ceux qui ont opté pour des réformes profondes méprisant le caractère traditionnel, et mettant en avance la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant comme référence primordiale, ce qui est le cas de la France.

915. Puis pour d'autres pays, comme le Maroc où le caractère composite du droit de la famille entre traditionalisme et modernisme n'a pas permis de révolutionner le droit de la filiation, ce dernier ayant conservé tout son caractère traditionnel basé sur les principes du droit musulman. En effet, c'est dans ce sens que la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est reconnu dans les instruments internationaux peut être remise en question dans le sens où son application se trouve confrontée à une conception spécifique d'abord de la filiation puis de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de cette filiation. De ce constat, nombreuses sont les problématiques qui en découlent. Il est d'abord question de savoir si le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant peut s'adapter à une conception différente de l'intérêt supérieur de l'enfant appelé « *Almaslaha* » en matière de filiation.

Est-ce que la conception musulmane de cette dernière prend-elle en considération l'intérêt supérieur de l'enfant ? Lui accorde-t-elle la priorité ? Comment le législateur marocain s'est-il adapté à une double conception de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant ? Comment le code de la famille de 2004 approuve-t-il d'une part la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant et reconnaît la place des instruments internationaux en droit de la famille, et d'autre part, il reste fidèle à la conception traditionnelle et religieuse de la filiation ? Existe-t-il une réelle protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en limitant le droit de la filiation aux enfants nés en dehors du mariage ?

**916.** Pour répondre à ces questions, il importe de comprendre le cadre réglementaire du droit de la filiation dans le Code de la famille marocain et de l'évolution qu'il a subi grâce à la réforme menée en 2004, et à travers lequel le législateur défend le caractère protecteur des droits de l'enfant en intégrant pour la première fois quelques références de la CIDE dont le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui figure dans son préambule, qui précise que le texte vise à « *préserver les droits de l'enfant en insérant dans le code les dispositions pertinentes des conventions internationales ratifiées par le Maroc, et ce, en ayant constamment à l'esprit l'intérêt de l'enfant* ». Toutefois, bien que cette référence figure explicitement dans un nombre de dispositions, la lecture approfondie de cette dernière permet d'établir un bilan plutôt pessimiste en matière de prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans de nombreuses questions dont celle de la filiation.

**917.** En effet, cette dernière est restée prisonnière de la tradition juridique islamique, qui établit une réglementation stricte et rigoureuse en la matière qui s'explique principalement « *par le lien intime qu'entretient le droit de la filiation avec l'éthique sexuelle en islam* »<sup>791</sup>. Ainsi cette réglementation renvoie à la légitimité juridique et morale de ce lien qui représente une fin supérieure à laquelle chaque croyant doit aspirer afin de préserver la procréation<sup>792</sup>, ne peut être établi que dans le cadre légal du mariage des parents, qui permettent l'établissement de la filiation à l'égard de leurs enfants. Cette règle de légitimité est le seul moyen par lequel l'enfant peut accéder au '*Nasab*', cette notion qui en droit musulman se traduit par la parenté au sens généalogique plutôt qu'à la '*Bounoua*' qui se traduit par la filiation au sens strict. Le choix du *nasab* n'est pas anodin, il est en effet le reflet de l'importance des généalogies en islam et qui « *témoignent de la filiation patrilinéaire, remontant parfois jusqu'au premier Homme créé, tout en passant par les représentant religieux voire même les références ou les figures islamiques les plus importantes comme le prophète* »<sup>793</sup>. Le *nasab* est donc avant tout une représentation sociale sur laquelle se fondent les principes sociaux et religieux.

---

<sup>791</sup> Mariam MOUNJID, L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, *op. cit.*, p. 115.

<sup>792</sup> François PAUL-BLANC, Introduction à l'étude de droit musulman, *op. cit.*, p. 402

<sup>793</sup> Corinne FORTIER, Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique, Droit et cultures, Revue internationale interdisciplinaire, 59/2010

En islam, la filiation peut être définie par le fait de porter le nom de son père et de pouvoir hériter de lui, d'où l'importance du mariage et de l'héritage en droit musulman.

**918.** Ainsi, c'est en se référant à ces principes que le droit marocain a réglementé la question de la filiation depuis la codification du droit de la famille en 1958 passant par la réforme de 1993 et enfin celle de 2004. En effet, l'ensemble des réformes n'a pas permis une réelle transformation des règles adoptées depuis la codification, et donc le droit marocain ne reconnaît que la filiation légitime à travers laquelle le législateur a intégré un ensemble de dispositions qui permettent l'encadrement des rapports juridiques entre l'enfant et ses parents, et donc de lui permettre de jouir de ses droits fondamentaux dont celui de la filiation.

**919.** Toutefois, malgré le cadre restrictif des règles référentielles du droit de la filiation en droit musulman, le législateur marocain a essayé d'adopter de nouvelles dispositions œuvrant à intégrer la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant et d'accorder à ce dernier une place fondée sur les principes internationaux et de moderniser la place qu'il occupe au sein de la famille tout en conservant l'exclusivité du cadre légitime. Ainsi, c'est cette conservation du cadre légitime qui révèle clairement les disparités entre la CIDE et ses principes fondamentaux notamment ceux relatifs à la question de la filiation à travers la référence à l'article 2<sup>794</sup> qui engage les Etats à respecter le principe de la non-discrimination entre les enfants par rapport à leur naissance et au statut juridique de leur parents, et entre le code de la famille qui affirme d'abord son attachement aux règles du droit musulman basées sur le mariage, puis l'adoption d'un nombre de règles plus modernes permettant l'élargissement du champ de l'établissement de la filiation.

**920.** Autrement dit, le code de la famille a subi un modelage dû à de nombreux éléments qui relèvent tant de la prise en considération des transformations socioculturelles, des revendications de la société civile, des principes religieux et enfin du respect des engagements internationaux dont la CIDE ou encore la convention de la Haye de 1993 relative à la protection des enfants. C'est dans cette perspective qu'il semble logique d'aborder dans un premier temps la filiation légitime et les modes de son établissement dans le code de la famille, puis les modifications apportées par le législateur afin de comprendre à quel point, le Code est une réussite en matière de la prise en considération des principes de la CIDE en matière de filiation.

---

<sup>794</sup> '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 (...) 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'.

#### ***A- La filiation, la conservation d'un mode classique.***

**921.** Alors que les instruments internationaux adoptent une conception très large quant aux modes de preuve admis afin d'établir une filiation paternelle dans l'objectif de concrétiser les droits de l'enfant, d'établir sa filiation et d'avoir une identité, le législateur marocain quant à lui les a limités aux règles classiques du droit musulman avec quelques modifications. En effet, différemment à l'article 83 de l'ancien code de la famille qui définissait la filiation légitime comme étant le lien par lequel l'enfant accède à la parenté de son père et suit la religion de ce dernier, la réforme de 2004 a établi quant à elle une nouvelle définition à travers l'article 142 qui définit la filiation par '*le lien qui se réalise par la procréation de l'enfant par ses parents. Elle est légitime ou illégitime*', la particularité et l'originalité de cette nouvelle définition étant d'abord le rattachement de l'enfant à ses deux parents sans aucune distinction entre le père et la mère, contrairement à l'ancien texte qui accorde l'exclusivité de cette filiation au père. Puis dans un second temps, l'évocation des deux types de filiation à savoir la légitime et l'illégitime ; concernant cette dernière la réglementation reste fidèle à l'ancien texte et reprend dans l'article 148 la même disposition que celle de l'article 142 de l'ancien texte en précisant que « *la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père* ». La filiation ne peut donc produire des effets de protection des droits de l'enfant que lorsqu'elle est légitime, et cette légitimité est limitée dans l'article 152 à trois moyens à savoir la cohabitation conjugale c'est-à-dire le mariage, la reconnaissance du père ou encore le témoignage.

**922.** Selon l'article 143 du Code de la famille : « La filiation est légitime à l'égard du père et de la mère jusqu'à preuve contraire », cet article considère que tout enfant né dans le cadre du mariage est légitimement rattaché à la mère et au père jusqu'à preuve du contraire, et donc la règle établie que tout embryon doit être considéré comme conçu légitimement en appliquant le principe de préemption de paternité et que toute personne qui prétende le nier devrait produire la preuve. Cette règle tient son origine explicitement du droit musulman qui considère que l'enfant né d'une femme mariée a pour père son mari en vertu du précepte de 'l'enfant appartient au lit' (*Al waladou lil firach*). Cette simple présomption permet d'attribuer le caractère légitime à l'enfant né pendant le mariage, et lui permet de bénéficier du cadre protecteur de la loi, même si la vérité biologique pourrait être contraire à cette réalité. Toutefois, la légitimité de '*al-waladou lil firach*' est également réglementée et établie par les mêmes moyens que le mariage et elle est soit valable ou viciée. Ainsi, pour que la légitimité de l'enfant soit déclarée, il est appelé à respecter un nombre de conditions même lorsqu'il y a eu établissement du mariage. En effet, il existe trois conditions principales à remplir.

Premièrement que le mariage soit établi et qu'il y ait le respect du délai de grossesse. La deuxième condition est celle relative à la possibilité de rapports sexuels entre les époux à même d'être à l'origine de la grossesse. Et enfin la possibilité d'établissement de filiation après la dissolution du mariage mais lorsque sa conception a pu être située pendant le mariage<sup>795</sup>.

**923.** Concernant la première condition, elle est relative au délai fixé par le législateur et qui se réfère explicitement de la règle religieuse qui traite le délai minimum pendant lequel l'enfant doit naître afin qu'il soit rattaché au mari. Ce délai minimal de la grossesse qui est fixé à six mois à compter de la conclusion de l'acte du mariage, est unanimement fixé par les jurisconsultes des différentes écoles doctrinales<sup>796</sup>.

Ainsi, dès que le mariage est conclu, la filiation est systématiquement établie à l'égard de la mère et de son époux, une présomption de paternité qui vise à protéger l'intérêt de l'enfant dans l'objectif de lui garantir une filiation et une stabilité familiale. C'est ce que rappelle une décision rendue le 1<sup>er</sup> Avril 2009 par la Cour suprême qui a déclaré que l'application de l'article 153 du Code de la famille accorde au conjoint la possibilité de contester la filiation de l'enfant né lors du mariage par le biais d'une expertise. Toutefois, le tribunal a considéré qu'il ne peut faire du résultat de l'expertise un droit que lorsqu'il y a des preuves suffisantes, ce qui n'est pas le cas puisque l'enfant est né pendant le délai légitime fixé par le code et référencié dans le droit musulman. Ainsi, la haute juridiction affirme la supériorité de la règle classique basée sur la présomption de paternité sur le recours à l'expertise, une décision justifiée par la prise en considération de la situation de l'enfant et de sa stabilité relative à l'établissement de cette filiation afin d'éviter à l'enfant de se retrouver sans filiation<sup>797</sup>.

**924.** Dans le même sens, le Code de la famille met en place cette exigence du respect des six mois afin d'affirmer la règle imposée par la référence du droit musulman et qui vise à garantir que l'enfant né durant cette période n'est pas un enfant procréé d'une relation antérieure à celle établie par le mariage et ainsi garantir et instaurer une présomption sans doute<sup>798</sup>.

**925.** Dans ce sens, la jurisprudence a également affirmé l'adoption de cette règle, dans une affaire relative à l'établissement de filiation d'un enfant né seulement après trois mois suivant la conclusion de l'acte de mariage. Dans cette décision du 25 mars 2009, la cour refuse l'établissement de cette filiation en se basant sur la règle principale du délai de grossesse qui se limite à un minimum de six mois, ainsi l'application de cette condition ne figurait pas dans cette situation et jugeant le délai de quatre mois

---

<sup>795</sup> Rajaâ NAJI EL MEKKAOUI, La moudawana, le référentiel et le conventionnel en harmonie t. I ; ED. Bouregreg, Rabat, 3<sup>ème</sup> éd. 2009 p. 241.

<sup>796</sup> Sur ce point l'école Malékite exige que pour que le rattachement de l'enfant au mari soit légitime, il faut que ce dernier soit capable de procréer, ce qui représente une condition difficile à prouver que le législateur marocain n'a pas adopté.

<sup>797</sup> Cr. Sup. le 1<sup>er</sup> avril 2009, Arrêts de la cour suprême, Chambre du statut personnel et successoral, n° 25.

<sup>798</sup> Cette règle est adoptée voire même renforcée par le législateur marocain à travers l'article 154 qui dispose que : « la filiation paternelle de l'enfant est établie par les rapports conjugaux (Al firach) : si cet enfant est né au moins dans les six mois qui suivent la date de conclusion du mariage et à condition que la possibilité de rapports conjugaux entre les époux soit plausible, que l'acte du mariage soit valide... ».

d'insuffisant pour l'établissement de cette filiation et affirme qu'au-delà de la règle, la naissance de l'enfant à partir du délai établi de six mois ne puisse qu'affirmer l'existence des rapports conjugaux que le législateur a mis en place comme étant une preuve irréfutable de cet établissement.

**926.** De plus, la même juridiction va encore plus loin en considérant que même le consentement au mariage peut être considéré comme un élément de preuve permettant l'établissement de la filiation à condition qu'il y ait le respect du délai des six mois. Ainsi, dans une affaire visant l'établissement de paternité, la mère s'est basée sur une preuve écrite du consentement du mari au mariage, une preuve sur laquelle la cour a fondé son jugement en considérant que la filiation s'établie à l'égard du père au regard du consentement mutuel exprimé par les deux parties « même si l'enfant a été conçu six mois avant la conclusion de l'acte du mariage sans que le tribunal ne soit tenu d'ordonner une expertise »<sup>799</sup>.

En se basant sur le texte adopté par le législateur et les décisions rendues, la condition du respect du délai de grossesse comme étant une règle fondamentale de la légitimité de filiation en droit musulman semble être reprise explicitement par le législateur marocain, qui considère que si l'enfant est né dans les six mois suivant la conclusion du mariage, il est systématiquement rattaché au père. Si ces deux conditions ne sont pas respectées, la légitimité de l'enfant peut être contestée, puis par les juridictions qui malgré qu'elles soient dans une perspective d'évolution, priorise la règle fixe établie malgré la possibilité d'accorder le recours à l'expertise.

**927.** La seconde condition relative à la légitimité de la filiation adoptée par le texte de 2004 et qui a également pour référence le droit musulman, est celle de la possibilité d'établissement des rapports conjugaux ou sexuels qui représentent à la base l'origine de grossesse et donc une présomption de paternité. Sur cette règle qui a également pour référence le droit musulman, le législateur marocain est resté prudent puisqu'il a précisé à travers l'article 154 que « la paternité s'établit par le lit conjugal : les rapports conjugaux (...) qu'il y a eu possibilité de rapports sexuels entre les époux(...) ». En se basant sur cette disposition, l'enfant acquiert systématiquement le droit de sa filiation jusqu'à preuve du contraire.

**928.** Toutefois, l'adoption de cette disposition reflète une difficulté d'application et d'appréciation puisque le législateur ne définit pas le sens d'appréciation exact de l'existence de rapports sexuels entre les époux', puisqu'il devient question de savoir ce que le législateur entend par l'existence de ces rapports et de savoir si c'est une question d'une communauté de vie effective et continue sans laquelle le couple peut être suspecté de ne pas répondre à cette obligation, ou bien s'agit-il de l'impuissance ou du refus d'établissement de rapport sexuel pour l'un des époux. Devant cette problématique qui remet en question l'établissement de la filiation, une décision rendue par le tribunal de première de Marrakech instance qui date du 6 mai 2004<sup>800</sup> a apporté une réponse claire en

---

<sup>799</sup> Cr. Sup. le 15 avril 2009, A. CHOUKRI, *op. cit.*, n° IDGL, p. 43.

<sup>800</sup> TPI Marrakech, 6 mai 2004, n° 1307, dossier n° 04/8/192, cité par, Dyaa SFENDLA, thèse, *op. cit.*, p. 428.

considérant que la filiation ne peut être établie faute d'existence de rapports sexuels entre les époux.

En effet, l'absence des rapports sexuels entre les époux suite à l'abandon de la femme du domicile conjugal depuis 1998 et la naissance de l'enfant le 20 mai 2003, le juge a considéré qu'au sens de l'application de l'article 154 qui fait des rapports conjugaux une condition en disposant « si cet enfant est né au moins dans les six mois qui suivent la date de conclusion du mariage et à condition que la possibilité de rapport conjugaux entre les époux soit plausibles, que l'acte de mariage soit valide ou vicié (...) ». Ainsi, suite à cette décision le tribunal affirme que l'interprétation de cette disposition consiste à souligner que le législateur entend principalement par les rapports conjugaux la possibilité d'établir des rapports sexuels entre les époux.

**929.** La troisième et dernière condition que le législateur marocain a adoptée est celle relative à l'établissement de la filiation de l'enfant né après la dissolution du mariage. En effet, pour cette situation le texte adopte également la condition du respect du délai maximum de la naissance d'un enfant après la dissolution du mariage dans l'article 154 al. 2 qui dispose que « la filiation paternelle de l'enfant est établie par les rapports conjugaux ... si l'enfant est né durant l'année qui suit la date de séparation », se basant sur cette disposition le texte réaffirme encore la condition du délai et accorde une certaine liberté d'interprétation et de choix au juge entre un jugement basé uniquement sur ce délai ou bien la possibilité du recours à l'expertise.

Dans ce sens, nombreuses sont les décisions rendues qui priorisent la condition du délai notamment dans une décision rendue le 17 juin 2009<sup>801</sup> où la cour suprême a refusé la demande d'un homme qui souhaitait désavouer sa paternité à l'égard de son enfant qu'il a eu avec son ex-épouse et dont la naissance a eu lieu six mois après que le divorce soit prononcé, la demande du père étant basée sur sa volonté d'entamer une expertise. Cependant, la cour a rejeté sa demande puisqu'elle a considéré d'abord qu'au sens de l'article 154, la naissance de l'enfant respecte bien le délai établi par la loi qui est fixé à un an et permet systématiquement la présomption de paternité, puis l'absence de preuves justifiant sa demande, et donc la cour juge que l'établissement de la filiation ne peut être remis en question.

**930.** La réglementation adoptée par le droit marocain permet d'établir un constat mitigé entre la volonté de protéger le droit de l'enfant à une filiation et celui de protéger l'institution du mariage. Ces deux conceptions défendues d'abord par le droit musulman puis reprises par le droit marocain, peuvent s'opposer puisqu'il est vrai que le législateur adopte ces procédés en ayant à l'esprit la protection de la filiation ; mais le fait d'encadrer et de limiter cette possibilité par l'existence du mariage des parents remet en question la protection de l'intérêt de l'enfant d'établir une filiation, puisqu'il y a un nombre d'enfants qui se retrouvent privés de l'établissement de leur filiation et des droits suivant ces deux règles qui s'entrecroisent.

---

<sup>801</sup> Cr. sup. le 17 juin 2009, A. CHOUKRI, Les principaux arrêts de la cour suprême en application du livre III du code de la famille, n° IDGL, p. 83.

De plus, un autre élément reflète également la restriction et la supériorité du modèle familial légitime et de la branche paternelle sur l'intérêt de l'enfant à avoir une filiation, cette dernière qui peut être établie par le seul aveu du père qui se conditionne par son propre bon gré.

**931.** En effet, cette règle qui tire son origine du droit musulman est un moyen qui permet à un homme de reconnaître pour sien un enfant dont la filiation est inconnue (*Iqrar*). Le législateur marocain a adopté cette règle dans de nombreuses dispositions, en précisant dans l'article 152 que 'la filiation paternelle découle de l'aveu de paternité', dans l'art 161 qui dispose que seul le père peut établir la filiation d'un enfant par aveu de paternité à l'exclusion de toute autre personne' ou encore à travers l'article 160 qui affirme l'originalité du texte en précisant que l'aveu de paternité peut être fait lors de la dernière maladie qui représente un moment de vérité et de remords, cette particularité est toutefois conditionnée par le fait que le père doit jouir de ses facultés mentales ; que la filiation paternelle de l'enfant reconnu ne soit pas établie ou reconnue par quelqu'un d'autre. Malgré que l'idée fondatrice de ces dispositions soit celle de garantir à l'enfant le droit à une filiation, il est toutefois primordial de rappeler que cette reconnaissance ne peut être établie lorsqu'il s'agit d'un enfant né en dehors du cadre légal.

**932.** Ainsi, cette situation peut donner lieu à deux lectures, d'abord une première qui considère que cette règle peut dissimuler une adoption notamment M. DE BELLEFONDS qui la considère comme une adoption déguisée en précisant « *qu'un enfant naturel, au sens que l'on donne à cette expression dans la législation occidentale, peut très bien faire l'objet d'une reconnaissance en droit musulman* »<sup>802</sup>, puis il y'a une deuxième lecture telle que celle adoptée par Mme PRUVOST qui considère « *qu'en dépit de ses sources religieuses austères ou en raison de l'idée de miséricorde divine dont la révélation coranique se fait des héraut privilégié, le droit musulman cherche à sauver la légitimité de l'enfant conçu hors mariage, il le fait en permettant au mari de reconnaître l'enfant* ». Cependant, malgré le fait que cette seconde lecture puisse être adoptée dans la mesure d'une adoption des droits de l'enfant et de la protection de son intérêt à l'établissement d'une filiation, le législateur marocain a fait le choix de paralyser cette possibilité et a veillé dans toutes les dispositions qui concernent ce moyen de reconnaissance à ce que cette dernière ne soit pas de nature à accorder ce droit à l'enfant né d'une rapport établi illégalement.

**933.** Dans ce sens, le législateur marocain est resté fidèle à la conception traditionnelle de ce moyen de reconnaissance qui pourrait faire l'objet d'un effort de réflexion '*Ijtihad*' afin de répondre au droit fondamental de l'enfant d'établir sa filiation et ainsi réserver un accueil plus favorable aux pères voulant reconnaître leurs enfants que ces derniers soient nés d'une relation légitime ou illégitime. De plus, la loi pouvait faire de l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant la priorité en adoptant une lecture plus souple de ce moyen puisque même le droit musulman n'évoque pas la condition de la légitimité de la relation établie entre les parents.

---

<sup>802</sup> Linant DE BELLEFONDS, Le droit musulman comparé T. 3, n° 1160, p. 53 et s.

Ainsi, Mme MOUNJID le souligne en précisant que : « *cette condition qui n'est citée expressément ni par le code de la famille ni par le droit musulman est simplement sous-entendue et déductible des conditions de l'aveu. Il va sans dire qu'elle est fortement paradoxale et énigmatique voire dissimulant une certaine hypocrisie* »<sup>803</sup>. De plus, cette interprétation rigoriste de cette règle est explicitement adoptée par la justice, notamment dans une décision rendue par la Cour suprême le 10 Mai 2006<sup>804</sup>, qui déclare l'impossibilité de reconnaître la filiation d'un enfant né d'un rapport sexuel illégitime malgré la reconnaissance (Iqrar) du géniteur, en considérant la relation entre les parents de l'enfant de fornication, et donc la Cour a jugé que la filiation de l'enfant ne s'établit que dans le cadre légal du mariage en employant les termes suivants : « la filiation s'établit dans le cadre légal et lorsque l'enfant appartient au lit conjugal ou dans les conditions établies par la loi, et ne s'établit pas par la fornication ce qui aboutit au refus de la demande d'établissement de la filiation de l'enfant ».

**934.** Le conservatisme adopté par le législateur marocain qui permet de constater la priorité de ce dernier de protéger le cadre légal du mariage et d'une limitation de la protection de l'intérêt de l'enfant s'expose également par le maintien renforcé des moyens traditionnels tels que la preuve du témoignage. En effet, la preuve par témoins est un des modes d'établissement de la filiation en droit musulman, elle est ainsi reprise en droit marocain d'abord dans le Code de la procédure civile à travers les articles (74 à 84), puis dans l'ancienne Moudawana dans son article 89<sup>805</sup>. Cette disposition dont la référence explicite est abandonnée est pourtant adoptée d'une manière laconique à travers le pouvoir d'appréciation du juge qui sauvegarde sa référence principale des prescriptions du rite Malékite accordée par l'article 400. Ce moyen qui semble être dépassé par la société actuelle est pourtant adoptée par les juges et aboutit à une adoption de deux orientations opposées. D'abord il y a celle qui considère que l'action d'établissement de la filiation ne peut pas être entamée séparément de celle visant la reconnaissance du mariage, et dans ce sens une décision rendue par la Cour de cassation le 22 novembre 2006, a fait de ce mode de preuve un moyen de filiation puisqu'elle a permis l'établissement de la filiation d'un enfant en se basant sur la commune renommée et sur la connaissance du rattachement de l'enfant à son père et de la possibilité d'une vraisemblance du mariage. D'un autre côté on retrouve celle qui considère que l'action en établissement de filiation par aveu peut être une action indépendante de celle visant l'établissement du mariage, dont une décision a été rendue par la Cour suprême le 8 juin 2005<sup>806</sup>, qui a jugé que la filiation s'établit par l'aveu sans qu'il y ait la nécessité d'établir le mariage à condition que « le père ne précise pas que l'enfant est le fruit d'une fornication », cette condition profite directement de l'imprécision du droit musulman à l'égard de ce mode de preuve.

---

<sup>803</sup> Meriem MOUNJID, *op. cit.*, p. 133.

<sup>804</sup> Cr. Sup., le 10 mai 2006, dossier n° 289/2/1/2006.

<sup>805</sup> Art 89 de l'ancienne Moudawana disposait que parmi : « les modes de preuve admis pour l'établissement de la filiation...le témoignage de deux adouls ou de commune renommée établissant que l'enfant est bien le fils du mari et qu'il est né des rapports conjugaux des époux ».

<sup>806</sup> Cour suprême, 8 juin 2005, dossier n° 713/2/1/2003, et n° 439 du 28 sept 2005, cité par Dyaa SFENDLA, thèse, Toulon, p. 430.

935. Ce traditionalisme qui marque la question de la filiation et qui l'emprisonne par la légitimité de l'enfant entraîne de nombreuses contradictions avec les principes de la CIDE ; d'abord à l'égard de la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant qui consiste à accorder et à garantir à l'enfant un droit de la filiation ensuite à l'égard du principe de la non-discrimination qui subit une atteinte manifeste entre l'enfant légitime né dans le cadre du mariage et celui illégitime né en dehors de cette institution malgré les efforts fournis par le législateur pour atténuer ces disparités à travers l'élargissement du champ de la reconnaissance pour la période des fiançailles qui précède le mariage, jugeant cette période comme étant une preuve de légitimité de la relation entre les deux parents permettant donc la possibilité du recours aux moyens de preuves ce qui rend la question des moyens de preuves assez spécifique en droit marocain.

### **B – La spécificité des moyens de preuve, une prise en considération de l'intérêt de l'enfant.**

936. En se référant au droit musulman, le droit marocain de la famille a toujours adopté le concept principal de la filiation où cette dernière n'est reconnue que dans le cadre légal du mariage. Toutefois, à travers la dernière réforme, le législateur a prévu une certaine modification qu'il juge comme un élément introduit dans l'objectif d'une prise en compte de l'intérêt de l'enfant. En effet, le Code de la famille a enregistré une grande avancée en la matière en élargissant le champ de la reconnaissance et de l'établissement de la filiation dans la période des fiançailles qui précède le mariage. Autrement dit la période qui précède le dressement de l'acte du mariage, qui été considérée dans l'ancien texte du statut personnel comme une simple promesse au mariage et qui ne permettait l'établissement d'aucun droit à l'égard des enfants nés pendant cette période, en se basant sur la simple règle de l'enfant légitime.

937. L'innovation du Code de la famille de 2004 se fait à travers l'article 156 qui dispose que : *« Si les fiançailles ont eu lieu et qu'il y ait eu consentement mutuel, mais que des circonstances impérieuses ont empêché de dresser l'acte de mariage et que des signes de grossesse apparaissent chez la fiancée, cette grossesse est imputée au fiancé pour rapports sexuels par erreur... si le fiancé nie que la grossesse est de son fait, il peut être fait recours à tous moyens légaux de preuve pour établir la filiation paternelle »*. L'adoption de cette disposition est qualifiée d'avantageuse par une grande majorité de juristes marocains, à l'égard de l'intérêt de l'enfant dans la mesure où elle est considérée comme un établissement de filiation et d'une reconnaissance de l'enfant né hors mariage.

938. Cependant, la lecture approfondie du texte démontre qu'il s'agit uniquement d'une période qui précède l'établissement de l'acte du mariage. Ainsi il est question d'un mariage informel, puisque les conditions adoptées par le texte limitent une lecture favorable à la garantie de l'intérêt de l'enfant dans l'établissement de sa filiation. En effet, le législateur conditionne la possibilité de reconnaissance de l'enfant en période des fiançailles notamment par l'obligation d'une célébration avec la présence des deux familles, l'existence du consentement mutuel des fiancés ainsi que toutes les preuves relatives à l'établissement des fiançailles et du début de la grossesse durant cette période

et la reconnaissance de l'enfant par les deux fiancés. De plus, le législateur ajoute la condition 'd'une force majeure' qui a empêché la conclusion de l'acte. Bien que ces conditions établies reflètent le passage d'une simple période à durée déterminée qui n'ouvrait aucun droit à l'enfant à une période qui reconnaît la possibilité d'accorder à l'enfant des droits. Toutefois, elle représente une importante évidence des conditions constituant un contrat de mariage, ce qui prive à cette mesure de sa pertinence à l'égard de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant.

**939.** C'est ce qu'a rappelé la cour suprême dans un arrêt qui date du 3 décembre 2008<sup>807</sup> ; dans cette affaire relative à une grossesse intervenue lors des fiançailles, le fiancé a désavoué qu'il soit le père de l'enfant alors que la mère affirmait que l'enfant est celui de son fiancé et qu'elle est tombée enceinte durant la période des fiançailles. La cour a rappelé les dispositions de l'article 156 du Code marocain de la famille en imposant le recours à tous les moyens de preuves légitimes cités par le texte et que la responsabilité du fiancé à l'égard de cette grossesse ne peut être établie qu'à condition que toutes les conditions établies par l'article 156 soient réunies et sans exception en précisant la preuve que : la grossesse soit intervenue durant les fiançailles, que les fiançailles soient connues des deux familles, qu'il y a eu consentement, que la grossesse soit reconnue des deux fiancés et enfin que le tribunal garde la possibilité du recours à tous les moyens de preuves en cas de désaveu de paternité. Ainsi, si l'ensemble des conditions sont réunies, la filiation à l'égard du fiancé est établie même en absence d'acte du mariage, alors que la difficulté qui peut être avancée est de la réunion des preuves ; d'un autre côté, dans cette décision le recours à la preuve génétique ne représente pas la priorité malgré qu'elle soit l'élément principal qui peut garantir l'intérêt de l'enfant à avoir une filiation.

**940.** Dans une autre décision du 17 mai 2016, la Cour suprême a rappelé que la grossesse intervenue durant la période des fiançailles ne peut pas être attribuée au fiancé s'il y a absence d'une des conditions établies par la loi à travers l'article 156 dont la preuve génétique. Dans l'affaire, un fiancé désavoue qu'il soit le père de l'enfant de sa fiancée qui affirme que sa grossesse soit survenue durant la période des fiançailles et demande une expertise. Le fiancé nie même l'existence de fiançailles et évoque une simple rencontre entre les familles et refuse de subir l'expertise en affirmant n'avoir jamais reçu la demande d'expertise et que certains témoins affirment que la rencontre des familles ne constituaient pas des fiançailles. Dans ce sens la Cour rappelle et réaffirme qu'en se basant sur les conditions établies par le législateur, la demande de la fiancée ne peut aboutir à un établissement de filiation puisqu'il y a absence de l'une des conditions fondamentale de cet établissement et qui est celle de la preuve des fiançailles et que la divergence des avis des témoins sur leur existence ainsi que l'absence de l'expertise fortifient les déclarations du fiancé et donc la cour juge la demande de la fiancée d'infondée et donc que l'enfant ne peut pas être imputable au défendeur<sup>808</sup>.

---

<sup>807</sup> Cr. Sup. 18 mars 2009, A. CHOUKRI, *op. cit.*, n° IDGL, p. 89.

<sup>808</sup> Cr., sup. 17 mai 2016, dossier n° 18/2/1/2016, décision n° 425.

**941.** L'innovation du législateur en matière de fiançailles qui a pour fondement la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à travers l'affirmation d'une possibilité de reconnaissance de ce dernier en dehors du mariage reflète la volonté du législateur à faire une avancée dans l'intégration de la CIDE dans une société où l'enfant né hors mariage fait encore l'objet de toutes les stigmatisation et les discriminations. Il a ainsi prouvé une démarche humaniste à l'égard de l'enfant. Toutefois, le conditionnement de cette possibilité dans l'article 156 et son application stricte par les juridictions renvoient à une limite avérée à travers laquelle le législateur affirme ne pas vouloir ouvrir aucune brèche d'espoir ou une volonté manifeste à l'égard de toute tentative visant à reconnaître l'enfant né de relations illégitimes. Ainsi, il devient question de savoir si cet élargissement du champ de reconnaissance de filiation répond dans le fond à l'intérêt de l'enfant, et s'il n'y est pas urgence de modifier le texte et d'intégrer explicitement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant afin de permettre l'assouplissement de l'application des règles par les juges et de leur accorder une liberté d'interprétation qui peut permettre une meilleure prise en compte de cet intérêt.

**942.** Dans le même sens, d'autres dispositions du texte visent l'intérêt de l'enfant mais jugées de très timides, ainsi, une des règles adoptées par le législateur marocain s'agit de la filiation en cas de force majeure. En effet, cette règle permet de garantir à l'enfant le droit d'accès à la paternité lorsque l'acte de mariage n'a pas été établi pour des raisons de force majeure et donc le mariage qui n'a pas été authentifié. Toutefois, malgré que cette mesure soit présentée comme une avancée qui vise les droits de l'enfant, elle est néanmoins un reflet évident de la protection du cadre légal du mariage, puisque le législateur a fixé un délai de cinq ans et reconduite jusqu'à 2014<sup>809</sup> puis reconduite jusqu'à 2019<sup>810</sup> pour authentifier les mariages en visant 'Mariage Al-Fatiha', autrement dit les mariages religieux. Cette disposition est adoptée principalement pour des raisons sociales qui ne permettent pas l'établissement de l'acte du mariage notamment dans les zones rurales. Cette règle adoptée par l'article 16 du Code qui dispose que « *si, pour des raisons de force majeure, l'acte n'a pas pu être enregistré en son compte, le tribunal s'appuie, dans la reconnaissance du mariage, sur tous les moyens de preuve légale et l'expertise ; le tribunal prend en considération, lors de l'instruction, l'existence d'enfants ou de grossesse due à la relation conjugale, et si l'action a été engagée du vivant des*

---

<sup>809</sup> Il est à noter que la proposition de loi permettant la modification de l'article 16 a été présentée à la chambre des conseillers, afin de prolonger la période transitoire permettant l'authentification des mariages d'une durée de cinq ans et elle a été rejetée dans un premier temps puisqu'elle constituait également une demande d'abrogation des alinéas 2 qui dispose que « si des raisons impérieuses ont empêché l'établissement du document de l'acte de mariage en temps opportun, le tribunal admet lors d'une reconnaissance de mariage tous les moyens de preuve ainsi que l'expertise » puis l'alinéa 3 « le tribunal prend en considération, lorsqu'il connaît d'une action en reconnaissance de mariage, l'existence d'enfants ou de grossesse issus de la relation conjugale et si l'action a été introduite du vivant des époux ». Cette demande est fondée sur le fait que ces deux alinéas sont instrumentalisés dans l'objectif d'un contournement des législations qui encadrent la polygamie et le mariage des mineurs, dans la mesure où un homme peut se marier avec une deuxième femme et ou une mineure, et attend que son épouse accouche afin d'évoquer 'des raisons impérieuses. De plus, les défenseurs de cette modification notamment 'le collectif des associations œuvrant pour les droits des femmes et de l'enfant' évoquent également la question des droits de l'enfant et la privation de ce dernier de son droit à la filiation.

<sup>810</sup> Il importe de souligner que depuis le 5 février 2019, aucun renouvellement ou de prolongation de la période accordée pour régulariser les mariages coutumiers. Ainsi, le phénomène de ces mariages persiste encore dans l'ensemble de la société mais encore plus dans les zones rurales et dont les chiffres officiels font état de plus de 185.000 demandes entre 2004 et 2013 ; une situation de laquelle la femme et l'enfant sont victimes, puisqu'à l'heure actuelle les juridictions familiales rejettent toutes les demandes.

*deux époux. Cela implique qu'un traitement spécifique doit être réservé aux situations délicates : celles des unions non authentifiées ayant donné naissance à des enfants ».*

Toutefois, il est à souligner que même lorsqu'il s'agit de l'application de cette disposition et de l'établissement de la filiation à l'égard de l'enfant, cette reconnaissance ne peut être établie que par le père qui doit entamer une procédure soit judiciaire soit *adoulaire* et donc le sort de l'enfant demeure conditionné par la volonté du père et prive la mère de l'enfant, d'agir et de demander une action de reconnaissance de paternité; autrement dit, la loi n'oblige pas le père de reconnaître l'enfant.

**943.** C'est ce qu'a rappelé la Cour suprême dans un arrêt du 09 février 2016<sup>811</sup> dans une affaire d'action de reconnaissance de mariage dans l'objectif d'établir une filiation. En l'espèce, une femme affirmait être mariée sans acte de mariage avec un homme pendant dix-huit-ans et qu'elle prétendait être le père de son fils de onze ans que l'homme refusait de reconnaître. Dans sa demande, elle avance l'argument d'une raison de force majeure qui n'a pas permis l'établissement de la filiation, toutefois elle apporte quelques preuves telles que les témoins. Ces derniers ont confirmé leur connaissance du couple, de leur habitation, de leur enfant sans pour autant être témoins des fiançailles, d'un mariage de Fatiha 'religieux' ou d'une cérémonie. La Cour a donc pris en compte la disposition de l'article 16 en rejetant la demande de la mère d'une reconnaissance de mariage puis d'un établissement de filiation.

**944.** Ainsi, dans le même objectif d'élargissement du champ d'établissement de la filiation pour l'enfant, le législateur conserve une institution instaurée par le droit musulman classique et il s'agit de la filiation en cas de doute, autrement dit des rapports sexuels par erreur. Cette institution est adoptée dans l'article 155 qui dispose que *« lorsqu'une femme mariée a eu avec un homme des rapports sexuels par erreur et a donné naissance à un enfant dans les périodes comprises entre la durée minima et maxima de grossesse, la filiation de cet enfant est rattachée à l'auteur desdits rapports. En cas de doute, la filiation est établie par tous les moyens consacrés légalement »*. À la lecture de cet article, l'ambiguïté semble prendre le dessus dans la mesure où il est possible de comprendre que l'objectif principal de cet article est celui d'attribuer la filiation à son auteur et de responsabiliser son auteur puisque le législateur a manqué de définir ce que c'est le doute ni la procédure qui peut être entreprise afin que l'enfant soit rattaché à son géniteur, sans même avoir la certification ou la reconnaissance du père. Par ailleurs, l'application de cette disposition demeure rattachée au respect d'abord des délais fixés et du cadre légal du mariage, ce qui renvoie à une certaine impossibilité d'application et d'une prise en compte de l'intérêt de l'enfant très limitée.

**945.** Analysant les éléments précédents, il semble évident que le législateur marocain a souhaité diversifier les moyens de reconnaissance de paternité afin de permettre la concrétisation la plus large de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière. Toutefois, les limites avérées semblent être plus fermes dans la mesure où ils ne permettent aucun établissement de filiation indépendamment de la volonté

---

<sup>811</sup> Cr., sup., 09 février 2016, dossier n° 446/2/1/2015, décision n°134.

exclusive du père ou d'une rare prise en compte des délais prescrits dans le texte, ce qui rend la réforme de 2004 en la matière assez classique et traditionnelle, Ainsi la jurisprudence reprend et suit cette orientation. Cependant, pour répondre au besoin de modernisation et au progrès social et scientifique qui touche directement la matière de filiation, le législateur n'a pas hésité à prévoir l'expertise médicale comme moyen de preuve, sauf que ce moyen moderne, logique et précis se trouve affronté à la conception générale du cadre légal ce qui limite sa concrétisation.

## **Section 2 : Une protection imparfaite de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**946.** De nos jours, il est devenu difficile d'évoquer une réelle prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sans la concrétisation de l'ensemble de ses droits fondamentaux. En effet, comme nous l'avons développé précédemment, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est une tâche passible d'interprétation selon le système juridique adopté dans chaque pays. Sa concrétisation peut répondre à l'esprit de la CIDE comme elle peut être influencée, voire imprégnée d'autres éléments qui affaiblissent sa conception dans la société contemporaine. Ainsi, c'est dans ce sens que le texte international a taché de mettre un encadrement qui permette d'englober les principes et les droits qui peuvent répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant que ce soit d'une manière directe ou indirecte.

**947.** Par ailleurs, dans la majorité des pays où l'adoption de cette convention est jugée de partielle à cause des réserves émises par ces pays ou à une interprétation de certains principes suite à l'influence de la culture ou de la religion, la concrétisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son intégration dans le droit interne semble être difficile à réaliser, dans la mesure où sa réalisation est liée d'une manière directe à la capacité de ces pays d'abord à lever les réserves à l'égard des textes internationaux mais également à réformer des textes qualifiés d'hybrides et de modifier des questions profondes qui peuvent bouleverser le fondement d'une législation. Pour le droit marocain, la question d'une prise en considération de l'intérêt de l'enfant en matière de filiation semble être assez complexe puisqu'elle doit intégrer la modification de nombreuses notions de droit musulman qui sont adoptées par ce système juridique dont la difficulté se manifeste dans la force que détiennent ces notions au sein du Code de la famille.

**948.** Toutefois, si le Maroc qualifie l'évolution des droits de l'enfant et de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans l'ensemble de sa législation de considérable, il importe de s'interroger sur les limites de cette prise en considération et d'intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de filiation. Est-il légitime d'évoquer une réelle prise en considération de cet intérêt malgré l'absence d'une reconnaissance juridique de la filiation paternelle illégitime malgré son existence au sein de la société ? Est-il possible d'évoquer l'intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un système qui ne reconnaît pas de droit de filiation à l'enfant né hors mariage malgré l'évolution de la science qui permet d'apporter la preuve du lien biologique ? N'est-il pas plus adéquat de remettre en question un système qui ne permet pas de garantir l'égalité des droits entre un enfant né hors le cadre du mariage et un enfant né dans le cadre d'une relation légale ?

Est-il possible d'évoquer l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'absence d'égalité des droits de filiation, d'entretien et de succession ? N'est-il pas plus judicieux d'établir un arsenal juridique plus moderne qui réponde à l'évolution sociale du pays et qui permette l'intégration et la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Est-il possible d'intégrer l'intérêt spécifique de l'enfant dans un système qui considère de supérieur et de prioritaire la protection de l'intérêt général basé sur le dogme religieux ? Les réponses de ces questions se trouvent confrontées à la fidélité et l'adoption complète du modèle de la filiation traditionnelle musulmane qui se heurte à la conception de l'intérêt de l'enfant.

**Paragraphe 1 : L'inexistence de la filiation naturelle en droit marocain, une atteinte à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

949. Evoquer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est permettre la concrétisation de l'article 3-1 de la CIDE, qui représente une forme générale qui incite à faire de ce principe « une considération primordiale ». En effet, vu le caractère flou du principe, sa concrétisation exige une certaine adaptation et interprétation selon les besoins de l'enfant dans chaque situation et suivant ses besoins psychologiques ou matériels. L'exigence de cette interprétation permet d'intégrer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans tous les domaines notamment celui de la famille. En effet, en matière familiale, la question de l'intérêt supérieur de l'enfant est soumise à la garantie de nombreux droits qui permettent la protection et l'épanouissement de l'enfant à tous les niveaux. Toutefois, la concrétisation de ce principe en matière familiale n'est pas évidente notamment lorsqu'il y a des éléments autres que ceux à caractère juridique qui influencent la conception même de l'intérêt de l'enfant.

950. En matière familiale, un des premiers droits qui permettent la protection de l'intérêt de l'enfant est son droit à l'établissement d'une filiation. En effet, l'article 7 de la CIDE stipule 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* » et incite les Etats parties à veiller « *à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride* ».

La lecture de cet article permet d'indiquer d'abord que la place de chaque enfant est au sein de sa famille, c'est-à-dire que chaque enfant doit avoir droit à une filiation établie qui lui garantisse tous ses droits et que l'Etat doive œuvrer d'abord pour que l'enfant soit reconnu, élevé au sein de sa famille biologique (ou adoptive) ou à lui garantir une protection à travers un autre mode de protection familiale conformément aux directives de l'ONU de 2009 relatives à la protection de remplacement pour les enfants<sup>812</sup>.

---

<sup>812</sup> A/RES/64/142.

Cependant, pour réaliser ces objectifs, il est avant tout question de reconnaître à tout enfant le droit d'établir sa filiation sans aucune discrimination qu'elle soit basée sur des principes sociaux ou religieux.

**950.** En effet, dans des systèmes juridiques imprégnés de traditionalisme tel que le droit de la famille marocain, le statut de l'enfant en matière de filiation dépend toujours de la nature du cadre de la relation des parents, si elle ressort du cadre légal ce qui permet de garantir à l'enfant tous ses droits ou si elle ressort du cadre illégal où aucune reconnaissance n'est permise. Ce principe de base qui établit la différence entre la filiation légale et celle illégale influence profondément l'adoption des lois plus évolutives et empêche également l'application d'un nombre de dispositions des textes internationaux notamment celles de la CIDE que le MAROC a ratifié en 1993.

**951.** Par ailleurs, le choix du Maroc en la matière met en place de nombreuses contradictions qui se manifestent à travers la ratification d'un texte dont l'intérêt de l'enfant et la non-discrimination sont des principes fondamentaux et de sauvegarder un droit interne qui mette en évidence un principe traditionnel représentant une injustice sociale et une atteinte psychologique et matérielle à l'égard de tout enfant né hors mariage. Toutefois, nombreux sont les juristes conservateurs marocains qui affirment que la protection de l'intérêt de l'enfant est garantie à travers la conservation et la protection du cadre légal de la filiation, puisqu'ils considèrent que la question de la filiation n'est pas et ne pourra jamais être une affaire purement personnelle et privée qui dépend de la protection de l'intérêt d'un seul individu ou de la petite famille mais qu'elle dépend de l'ensemble de la société et de l'esprit communautaire adopté par la majorité de la population et dont le cadre légal est le fondement principal. De ceci ressort une question fondamentale qui consiste à savoir s'il est possible pour le législateur marocain d'évoluer dans sa perception de l'intérêt de l'enfant jusqu'à remettre en question le fondement religieux de la filiation traditionnelle qui peut être passible d'interprétation (A) notamment suite aux conséquences du refus de l'établissement de la filiation hors mariage (B).

#### ***A- La filiation naturelle, La fragilité du fondement.***

**952.** En droit marocain l'interdiction de la filiation naturelle paternelle a toujours représenté une règle fondamentale en matière familiale. En effet, cette interdiction est fondée sur la conception générale de la religion musulmane à l'égard des rapports sexuels qui doivent s'accomplir uniquement dans le cadre légal. Nombreux sont les versets qui interdisent explicitement la fornication et qui représentent un appui solide pour le législateur marocain notamment lorsque Dieu dit : « *ceux qui ne trouvent pas à se marier rechercheront la continence jusqu'à ce que dieu les enrichisse par sa faveur* »<sup>813</sup> ; « *Et n'approchez point la fornication : En vérité, c'est une turpitude et quel mauvais chemin !* »<sup>814</sup> Ou encore « *Frappez la débauchée et le débauché de cent coups de fouet chacun* »<sup>815</sup>. Ainsi, de ces versets, il semble évident que la question de la sexualité ne peut être revendiquée ou perçue comme une liberté individuelle, car cette dernière est conditionnée par le texte coranique et par la morale sociale comme étant un principe qui ne doit pas être remis en question ce qui voudrait dire la remise en cause de l'ordre social fondé sur la famille et adopté par l'islam.

**935.** Le contraste est flagrant avec le système adopté par les pays occidentaux où la liberté des relations sexuelles hors mariage ne figure pas parmi les interdits au contraire elle représente un droit à caractère privé et qui ressort de l'ordre de la vie privée, et qui permet une totale séparation entre le droit et la morale<sup>816</sup>. Alors que dans la religion musulmane dans son ensemble, le droit et la morale sont consubstantiels ce qui explique la sévérité des sanctions à tout acte sexuel qualifié de *zina*. Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir comment les conséquences de l'interdiction des relations sexuelles hors mariage se manifestent en matière de filiation.

**954.** La réponse à cette question peut remettre en question la lecture classique de ces versets, en effet il importe de souligner qu'il n'y a pas un verset explicite qui traite la question de l'enfant naturel, toutes les conséquences qui s'appliquent sur ce dernier faisant matière d'interprétation et de conclusions suite à l'interdiction des relations sexuelles hors mariage, d'ailleurs ces mêmes versets n'indiquent en aucun cas qu'ils doivent être liés à l'établissement de la filiation paternelle. De plus, nombreux sont les avis sur la lecture de ces versets qui affirment que si l'interdiction des relations sexuelles hors mariage ne permettait pas l'établissement de la filiation paternelle, elle ne doit pas l'établir à l'égard de la mère, tandis que l'enfant naturel est systématiquement affilié à la mère.

**955.** Suivant la logique d'interdiction des relations sexuelles hors mariage, l'homme comme la femme doit subir la même punition et donc les conséquences qui en résultent doivent être identiques pour le couple, et donc la filiation de l'enfant né de cette 'fornication' ne doit être établie ni à l'égard du père ni à l'égard de la mère.

---

<sup>813</sup> Coran, Sourate 24 An-nur (La lumière), Verset, 32.

<sup>814</sup> Coran, Sourate 17 Al-israa (Le voyage nocturne), Verset 32.

<sup>815</sup> Coran, Sourate 24 An-nur (La lumière), Verset, 2.

<sup>816</sup> Jean Noël FERRIE, Gilles BOITSCH, Amina OUAFIK, Vécu juridique, norme et sens de la justice à propos de l'avortement au Maroc, Droit et société, n°28-1994, p. 683.

Cependant, l'établissement de la filiation à l'égard de la mère permet de s'interroger sur l'interprétation que peuvent avoir les conséquences de l'interdiction de la fornication, et ainsi affirmer que le texte coranique ne peut pas représenter un fondement solide pour le refus de l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage<sup>817</sup>.

**956.** De plus, cette lecture peut également être renforcée par l'absence de la référence dans la sunna qui n'aborde pas abondamment la situation de l'enfant né hors mariage. Autrement dit, ils ne sont pas nombreux les hadiths qui traitent la question de l'établissement de la filiation paternelle hors mariage, les plus connus étant au nombre de deux :

Un premier qui se réfère à une situation précise et dont le prophète devait trancher dans un litige relatif à l'établissement de filiation d'un enfant né au sein d'un couple et dont la mère avait une relation sexuelle avec un autre homme, après la naissance de l'enfant, l'amant a revendiqué la filiation de l'enfant puisqu'il a considéré qu'il y avait une ressemblance entre lui et l'enfant et le mari a fondé son argumentation sur le fait que l'enfant est né dans la période du mariage.

Face à cette situation, le prophète a tranché en affirmant que « l'enfant doit être rattaché au lit et que l'amant doit être lapidé ». Cette décision a posé une forme d'adage qui favorise la filiation légitime et en refusant la filiation adultérine malgré l'existence de la pratique de Al-qyafa qui permettait d'établir également la filiation sur la ressemblance entre le père et l'enfant.

Concernant le second, il s'agit du hadith apporté par MUSLIM et BOUKHARI où le prophète dit : « Le garçon au lit et au salace les pierres ». L'extension de ces références de l'établissement de la filiation naturelle peut être contestable dans la mesure où aucun des deux hadiths qui représentent aujourd'hui un adage, ne statue sur l'enfant et sur le refus de l'établissement de sa filiation mais plutôt sur la gravité de l'acte commis par le père et la mère qui est celui de la fornication. D'ailleurs, même « le comité permanent des recherches islamiques et de la délivrance des fatwas » affirme qu'il n'y a pas d'autres appuis en la matière notamment dans le Coran.

**957.** La réglementation de la question de l'établissement de la filiation naturelle est donc une interprétation de la lecture des conséquences que peut engendrer une relation sexuelle hors mariage. Ainsi, si l'autorisation de l'établissement de la filiation naturelle était explicite, elle remettrait en cause l'interdiction de la législation à l'égard de l'acte de fornication. Ainsi, l'interdiction de l'établissement de la filiation hors mariage ressort de la prise en considération de la cause et la conséquence, c'est-à-dire que le lien entre la relation de fornication et de la naissance de l'enfant hors mariage est établie. Toutefois, l'insuffisance ou le manque du fondement en la matière a permis le passage de la question d'un simple cadre religieux à un cadre social qui réprime et refuse l'enfant né hors mariage.

---

<sup>817</sup> De nombreux savants dont Hassan AL-BASRI considèrent qu'il y a d'autres versets qui permettent à l'enfant son droit à la filiation, et il réfère à la Sourate 6 Verset 164 où Dieu dit qu'aucune « âme ne portera le fardeau d'autrui », et donc ce qui résulte qu'aucun enfant ne doit se voir privé de sa filiation notamment paternelle pour la faute de ses parents, in Youssef Ali Robleh, thèse, *op. cit.*, p. 50.

Cependant, si on se réfère à la législation musulmane dans son ensemble, il en ressort d'une valeur fondamentale qui oblige chaque musulman de réparer et d'assumer les conséquences de ses erreurs et donc assumer la conséquence de la fornication en établissant la filiation de l'enfant né de cette relation.

**958.** La fragilité de la référence qui fonde le refus de tout établissement de filiation paternelle à l'égard de l'enfant né hors mariage semble être un sujet de discussion qui permet d'élaborer une lecture plus souple et plus favorable à l'égard de l'enfant et de son intérêt qui se trouve prisonnier des conséquences d'un acte interdit qu'il n'a pas commis. Cependant, cette possibilité d'interprétation ou de lecture n'a malheureusement pas été adoptée dans l'ensemble des pays musulmans, notamment ceux qui ont émis des réformes au droit de la famille en adoptant des textes réputés de modernes, dont la Maroc à travers le Code de la famille de 2004. En effet, ce dernier a permis la modernisation de nombreuses règles relatives à la protection des droits de l'enfant en matière familiale et qui a fait du principe de l'intérêt de l'enfant un élément fondamental dans l'ensemble du texte à travers son préambule. Il a cependant, conservé une lecture stricte et fidèle aux règles et aux adages adoptés en droit musulman malgré la possibilité d'adoption d'une lecture plus souple. Parmi ces questions, il y a les règles de la filiation paternelle illégitime.

**959.** En effet, en matière de filiation, le texte de 2004 permet tout d'abord l'établissement de la filiation à l'égard de la mère dans toutes les circonstances, c'est-à-dire la filiation de l'enfant légitime ne diffère en rien à la filiation de l'enfant illégitime puisque le droit musulman juge que la filiation s'établit à l'égard de la mère gestatrice<sup>818</sup>, ce qui conserve à l'enfant les mêmes effets à l'égard de la mère. Cependant, malgré le fait que le lien puisse être établi à l'égard de la mère dans toutes les circonstances même en cas de fornication, la filiation de l'enfant illégitime ne peut pas être établie ni à l'égard du père ni à celui de sa famille à partir du moment où la relation est dotée du caractère (d'adultère, de fornication (Zina) qu'elle soit déclarée par le père lui-même ou résultant selon les circonstances de la relation. Cette règle est explicitement adoptée par le législateur marocain à travers l'article 148 du Code de la famille qui dispose que : « La filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père ».

**960.** Cette position prise par le législateur marocain a en effet conduit à une absence totale d'une reconnaissance ou de l'existence d'un 'statut' social légal relatif à l'enfant né hors mariage. Notamment lorsqu'il s'agit d'un texte qui dans son préambule affirme que « *la préservation des droits de l'enfant passe par l'insertion des dispositifs, pertinents des conventions internationales ratifiées par le pays, et ce, en ayant constamment à l'esprit l'intérêt de l'enfant et en tenant compte de ce principe dans toutes les situations* ».

---

<sup>818</sup> Le législateur marocain adopte cette règle d'une manière explicite à travers l'article 146 qui dispose que : « La filiation, qu'elle résulte d'une relation légitime ou illégitime, est la même par rapport à la mère, en ce qui concerne les effets qu'elle produit ».

L'application de ce principe ne doit pas être soumise à la qualification de l'enfant légitime ou illégitime ; mais bien au contraire, elle doit fonder des règles qui permettent de se défaire de telles normes dépassées même par la réalité sociale. Cependant, la réforme de 2004 n'a fait que réaffirmer l'indifférence du législateur quant à la protection de l'intérêt de l'enfant né hors mariage et consolider l'inégalité existante à l'égard de ce dernier, en ignorant les effets néfastes de l'impossibilité d'établissement de la filiation paternelle.

**961.** Protéger l'intérêt de l'enfant en matière de filiation rime avec sa protection psychologique, sociale et juridique. Cependant, l'interdiction de l'action en recherche de paternité adoptée par le législateur engendre des conséquences défavorables à la concrétisation de cette protection. En effet, au Maroc l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie est systématiquement exclus que ce soit sur le plan social, rationnel ou encore institutionnel. Psychologiquement, ces enfants sont privés d'une filiation qui représente « *une sorte de mi-parcours entre le besoin inné d'attachement et le besoin acquis d'appartenance à un groupe. Il exprime le besoin humain d'appartenir et d'être contenu par un contexte intime, familial, qui renforce le sens d'identité et prépare la personne à sa participation dans le groupe* »<sup>819</sup>, notamment dans le contexte socioculturel de la société marocaine où l'enfant né hors mariage est appelé et considéré par la société comme le 'fils du haram et de la débauche *zina*' lui attribuant ainsi une étiquette de stigmatisation durant toute sa vie. Autrement dit, la privation de l'enfant de sa filiation le prive d'un équilibre et d'un bien-être psychologique qui est fondé sur son sentiment d'appartenance à une famille et à son désir de connaître son père biologique c'est-à-dire le priver d'un de ses droits fondamentaux ce qui se contredit avec l'esprit revendiqué par le texte.

Ainsi, comment peut-on garantir à la société un enfant équilibré qui participera au développement du pays en le privant de cet élément psychologique de protection et de son droit de connaître et d'établir la filiation à l'égard de son géniteur ? Cette question se pose surtout avec l'évolution de la science qui permet d'apporter une preuve sur ce lien biologique qui n'est pas une preuve d'affection mais plutôt une assurance à l'enfant qu'il n'est pas un objet d'abandon et si autrefois, le refus de reconnaissance était le mystère qui entoure cette paternité aujourd'hui la levée de ce mystère est possible.

**962.** De plus, sur le niveau social, cette privation est égale à une discrimination au sein de la société puisqu'elle génère une discrimination entre l'enfant né dans le cadre du mariage et celui né hors mariage qui demeure un enfant né sous X ou presque, puisque le droit marocain a permis une avancée en permettant aux enfants nés hors mariage de donner à leur enfant leur matronyme, si elles le souhaitent ou un nom fictif de leur choix<sup>820</sup>. Toutefois, cette solution n'est pas aussi efficace puisque dans une société masculine c'est le nom du père qui l'importe et lorsque l'enfant a le même nom que celui de la mère l'étiquette de l'enfant né hors mariage demeure établie.

---

<sup>819</sup> John HILL, Filiation et affiliation : exploration des dynamiques de dépendance et d'autonomie », Revue de psychologie Analytique 2013/1 (n° 1).

<sup>820</sup> Code civil, Article 16 de la loi 37-99, Dahir 1-02-239 Novembre 2002.

De plus l'importance qu'acquiert la généalogie dans les sociétés musulmanes, expose une problématique à l'établissement de la filiation maternelle qui divise souvent les auteurs, puisqu'il y a ceux qui soutiennent l'établissement du lien généalogique avec la famille de la mère et d'autres qui le refusent. Le Code de la famille est resté muet à l'égard de cette question, puisque le seul objectif des autorités est d'attribuer un nom sur le plan formel qui laisse croire l'existence d'une filiation paternelle malgré l'absence de tout effet réel de cette filiation maternelle notamment sur le plan matrimonial en refusant d'intégrer l'enfant né hors mariage dans l'héritage de sa mère.

**963.** Cette situation crée une certaine catégorisation des enfants, c'est-à-dire des enfants qui peuvent acquérir tous leurs droits notamment celui d'avoir un nom, d'obliger les deux parents d'assumer leurs devoirs à l'égard de l'enfant ce qui offre à ce dernier un bien-être psychologique mais surtout matériel, tel que le droit aux successions. Tandis que, l'enfant né hors mariage se trouve à la charge de la mère qui doit assumer seule toute la responsabilité, d'abord sociale puisqu'elle sauvegarde 'le statut social' de la mère célibataire qui a eu un enfant hors cadre légal puis matérielle<sup>821</sup>. Le législateur de 2004 avait adopté une orientation classique qui défend la protection de la paix de la famille et de la stabilité de cette institution, sans se préoccuper de l'enfant né hors mariage.

Or il y a lieu de s'interroger sur cette sanction qui vise principalement l'enfant ne concerne pas 'le fornicateur et la fornicatrice', et sur la question de savoir si l'abandon total d'un enfant né hors mariage ne représente pas non plus un danger pour la société en entier et n'atteint pas l'intérêt général '*Al-Maslaha al'aama*'. En effet, suivant la logique des choses, l'interdiction de tout acte sexuel hors mariage, doit être sanctionnée selon les règles du droit musulman puisque l'acte lui-même est qualifié de péché ; ainsi la sanction qui doit être appliquée est la lapidation. Or dans la majorité des pays musulmans dont le Maroc, cette sanction n'est pas appliquée telle qu'elle est édictée dans le Coran c'est-à-dire « la fornicatrice et le fornicateur, fouettez-les chacun de cent coups de fouet ». En effet, le droit marocain a adopté une autre sanction en droit pénal et qui est l'« *emprisonnement d'un mois à un an à toutes personnes de sexe différent qui n'étant pas unies par les liens du mariage, ont eu entre elles des relations sexuelles* »<sup>822</sup>.

**964.** Cette sanction adoptée par le droit pénal, ne présente pas une traduction conforme de la règle du droit musulman, puisque cette dernière trouve son origine dans le Code pénal qui a été imposé par le protectorat français, puisque la pénalisation de cet acte n'adopte pas les conditions qui doivent être réunies pour affirmer l'acte de fornication dont : « le témoignage de quatre témoins d'une pénétration, ou un aveu du couple à quatre reprises » ce qui était difficile à réaliser à l'époque du prophète et encore plus dans nos sociétés modernes. Ainsi, l'article 490 du Code pénal ne représente qu'une image parmi d'autres qui témoigne que certaines règles du droit actuel peuvent être plus rigoristes que certaines

---

<sup>821</sup> Il est à noter que les structures qui œuvrent pour les mères célibataires sont souvent des associations et que l'Etat ne s'investit pas suffisamment dans ce cadre.

<sup>822</sup> Article 490, Code pénal.

dispositions religieuses auxquelles se greffent des interprétations analogiques et dont l'application est encore plus stricte<sup>823</sup>.

**965.** Le paradoxe existant entre l'application rigoureuse de la règle du droit musulman en matière de fornication et celle de ses conséquences n'est pas adopté par le législateur marocain. Autrement dit, si le législateur n'applique pas spécialement la sanction édictée par le texte coranique, pourquoi adopterait-il une règle qui n'a pas un fondement solide afin de sanctionner l'enfant ? Logiquement, la réforme de 2004 devait prendre en considération l'absence de textes qui évoque les conséquences de la fornication à l'égard de l'enfant. La faiblesse des deux hadiths peut permettre l'intégration de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant qui représente un élément de référence dans l'ensemble du texte.

Ainsi, l'attachement du législateur marocain aux conséquences civiles de la règle pénale, qui prive l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle est assez surprenant. Notamment dans le contexte de la réforme de 2004, qui permet l'adoption d'une règle qui sanctionne plus lourdement les conséquences de la fornication que l'acte lui-même, ce qui est totalement injuste à l'égard de l'enfant qui se trouve sanctionné pour une erreur pénale qu'il n'a pas commise. De plus, les effets de la privation de la filiation paternelle ne sanctionnent pas uniquement l'enfant mais également la mère et l'ensemble de la société qui risque de supporter le résultat désastreux de cette interdiction notamment dans un pays où les structures dédiées à la protection de l'enfance sont rares.

### ***B - Maintien de la doctrine religieuse et ses conséquences.***

**966.** La prise en considération de l'intérêt de l'enfant en droit marocain exige l'établissement d'un modèle idéal de famille qui repose sur le mariage. Cette perception empêche et rend très difficile tout débat sur l'opportunité de réformer le droit afin de permettre à l'enfant une quelconque reconnaissance légale. Suivant le raisonnement avancé par les détracteurs du droit de l'enfant à établir sa filiation, figure l'argument du risque que peut engendrer la possibilité de mener des actions en recherche de paternité hors mariage, qui peut menacer la stabilité et l'ordre social de l'ensemble de la société. Or, la réalité sociale et l'existence des enfants nés hors mariage au Maroc, doit normalement permettre le développement de cette orientation adoptée par le législateur puisqu'il est évident que l'intérêt que ce soit 'l'intérêt général' de la société ou l'intérêt de l'enfant ne peut pas être en opposition dans la mesure où il est obligatoire de protéger l'intérêt de l'enfant dans une société qui évolue - en plus, l'existence de l'enfant né hors mariage fait partie de la protection de cet intérêt général. De plus, si l'intérêt de l'enfant est d'être reconnu et élevé par ses parents, l'intérêt de la société est de garantir un bien-être physique et psychologique comme étant un investissement d'avenir.

---

<sup>823</sup> Khadija ROUGANI, Avocate au barreau de Casablanca.

**967.** En effet, si le droit marocain refuse toute action en recherche de paternité pour l'enfant né hors mariage, en ayant pour objectif la lutte contre tout ce qui est néfaste dans la société, il ne semble pas vouloir empêcher la multiplication et le développement des associations et des structures qui visent à prendre en charge les mères célibataires ainsi que leurs enfants ; une situation controversée qui témoigne principalement du refus de la politique menée par l'Etat d'abandonner un dogme religieux en faveur de l'intérêt de l'enfant. Cette concurrence entre l'intérêt général fondé sur le cadre légal et l'intérêt spécifique de la personne de l'enfant semble créer d'autres situations qui permettent de contourner d'autres cadres légaux. Ainsi, au nom même de la protection de l'intérêt général et du cadre légal, nombreuses sont les conséquences de l'absence de la possibilité d'action en recherche de paternité pour les enfants nés hors mariage. En effet, si le législateur marocain a souhaité éviter une situation de désordre social en ignorant les enfants nés hors mariage afin de sauvegarder le cadre légitime. Néanmoins, il a permis d'une manière indirecte de renforcer d'autres pratiques et de développer d'autres situations juridiques et socio-économiques encore plus complexes qui mettent en péril la stabilité de l'ensemble de la société.

**968.** La question de l'avortement clandestin figure parmi les pratiques déclenchées par l'interdiction de la filiation paternelle illégitime. En effet, les relations sexuelles hors mariage sont interdites par la loi et la morale, ainsi que l'enfant né de cette relation. C'est dans ce sens que la majorité des mères célibataires qui ont eu des relations sexuelles hors du cadre du mariage sont obligées à trouver des solutions alternatives afin d'éviter le jugement d'abord juridique mais également social qui les déshonore pendant toute leur vie. Le code pénal interdit l'avortement d'une manière générale et l'autorise sous quelques conditions.

**969.** En effet, l'article 449<sup>824</sup> interdit le recours à l'avortement pour toutes les femmes notamment celles qui sont mariées et pénalise tous les intervenants qui le pratique en dehors de ce cadre. Toutefois, l'article 453 émet l'exception au recours à l'avortement pour les femmes mariées en précisant 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 (...)* A défaut de conjoint ou lorsque le conjoint refuse de donner son consentement ou qu'il en est empêché, le médecin ou le chirurgien ne peut procéder à l'intervention (...) ». Ainsi, le texte ignore d'une manière explicite la possibilité du recours à l'avortement par les femmes qui ne sont pas mariées<sup>825</sup>.

---

<sup>824</sup> « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, a procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, est puni de l'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 200 à 500 dirhams. Si la mort en est résulté, la peine est la réclusion de dix à vingt ans ».

<sup>825</sup> Dans ce sens, il est également question des femmes victimes de viol, d'inceste et d'agression sexuelle, qui se trouvent doublement victimes lorsque la législation leur interdit le recours à l'avortement et leur impose une grossesse non désirée et qui se trouvent dans l'obligation d'agir seules et de chercher discrètement des solutions clandestines dont l'avortement.

Cette pénalisation crée une situation assez complexe devant la réalité du nombre croissant des relations sexuelles hors mariage, et oblige toutes les femmes qui tombent enceinte en dehors de ce cadre d'avoir recours à l'avortement clandestin qui se pratique dans des conditions à risque sans aucune protection pour elles.

970. Cette situation déplorable est souvent critiquée par les défenseurs des droits de l'Homme et les organes de surveillance de l'application des traités des Nations-Unies relatifs aux droits humains au Maroc qui jugent la pénalisation de l'avortement comme une atteinte directe à la liberté individuelle des femmes qui met en risque la vie de ces dernières avec des taux de mortalité très élevés notamment lorsqu'il est pratiqué dans des conditions professionnelles et hygiéniques non adéquates. Dans ce sens le comité de la CEDAW a jugé d'inquiétant « *que le taux élevé de mortalité infantile et maternelle dans les Etats parties dont le MAROC, de l'accès limité aux services de santé et de planification familiale et de la fréquence des avortements clandestins qui mettent en danger la santé des femmes* »<sup>826</sup> et qu'il est discriminatoire à l'égard des femmes qu'un Etat partie refuse la légalisation de certains actes concernant la reproduction ; ces derniers « *ne devraient pas empêcher les femmes d'avoir accès à certains services de santé notamment lorsqu'elles n'ont pas l'autorisation de leur mari, de leur partenaire, de leurs parents ou des autorités sanitaires, ou parce qu'elles ne sont pas mariées* »<sup>827</sup>.

971. De plus, le comité des droits de l'Homme avait recommandé l'abolition des dispositions adoptées en droit pénal qui sont contraires aux articles 6 et 7 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques (PIDCP), qui garantissent à toute personne le droit à la vie, à ne pas être soumise à la torture ou aux autres formes de mauvais traitements, alors que la pratique de l'avortement dans des conditions de clandestinité met en risque la vie de la mère.

S'ajoute à cela, les recommandations du comité des droits de l'enfant qui tire la sonnette d'alarme quant à l'âge des femmes ayant recours à l'avortement clandestin qui concerne de plus en plus les jeunes femmes en bas âge en appelant à « *l'obligation de revoir la législation marocaine en la matière afin de garantir l'intérêt supérieur des adolescentes enceintes, et de faire en sorte que, par la loi et dans la pratique, les opinions de l'enfant soient toujours entendues et respectées dans les décisions relatives à l'avortement* » et « *de mener des campagnes de sensibilisation sur la santé sexuelle chez les adolescents afin de prévenir les conséquences des grossesses précoces* »<sup>828</sup>.

972. L'ensemble de ces recommandations est fondé sur la réalité des situations auxquelles sont confrontées les femmes enceintes hors le cadre légal. En effet, la difficulté de ces dernières se manifeste dans le cadre juridique mais également socioculturel qui oblige la femme dans la majorité des cas de fuir sa propre famille qui considère que cette grossesse la déshonore.

---

<sup>826</sup> Comité de la CEDAW, Observations finales : Maroc, UN Doc. CEDAW/C/MAR/4, par. 30, 2008.

<sup>827</sup> Comité de la CEDAW, Recommandation générale 25 : Les femmes et la santé (ART. 12), 1999, par. 14, in Rapport « MAROC Soumission d'Amnesty international dans le cadre du débat national sur l'avortement », publié en 2015, par Amnesty international p. 10 et s.

<sup>828</sup> *Ibid.*

Vient ensuite la difficulté psychologique et la pression des professionnels dans les hôpitaux publics sur ces femmes en faisant appel aux policiers qui mènent une enquête sur elles ainsi que sur le type de relations qu'elles ont mené avec le père biologique de l'enfant, en prenant en considération le risque d'emprisonnement<sup>829</sup> ; une situation qui pousse également ces femmes à faire le choix d'avorter clandestinement. Toutefois, ce choix n'est pas aussi facile qu'il peut apparaître, puisqu'il engendre de graves conséquences ; même l'avortement ou l'IVG clandestin dépend du niveau socio-économique des femmes et divise ces dernières en deux catégories : d'abord les femmes aisées et qui peuvent avoir accès à une intervention médicale clandestine qui coûte entre 3000 et 15000 dirhams sachant que le prix dépend également de l'âge du fœtus (le prix est plus cher lorsque ce dernier dépasse les 3 mois) et celles en situation de pauvreté qui font appel à l'usage des méthodes traditionnelles<sup>830</sup> pour provoquer l'expulsion du fœtus ou encore l'infanticide pour cacher l'erreur commise. Cette situation provoque chaque année la mort de 78 bébés suite à un avortement clandestin dans une pratique qui compte entre 600 et 800 interventions par jour c'est-à-dire une estimation de 219 000 et 262 800 avortements par jour<sup>831</sup>, des chiffres qui démontrent l'ampleur des conséquences de la législation marocaine interdisant l'avortement.

**973.** C'est dans ce contexte qu'en 2015, le Roi Mohamed VI intervient afin d'apporter une réforme en la matière. Le Roi avait convoqué d'abord le ministre de la justice et des libertés Mustapha RAMEL, le ministre des habous et des affaires islamiques Ahmed TOUFIQ et Driss EL YAZAMI, Président du conseil national des droits de l'Homme (CNDH), afin d'élaborer un rapport qui prend en considération trois éléments : le juridique, le religieux et le respect des droits de l'Homme. Ce rapport qui intègre des propositions et des recommandations pour réformer le droit d'avortement. En effet, le projet de loi a été adopté en Conseil du gouvernement le 9 juin 2016, amendement l'article 453 du Code pénal<sup>832</sup>.

**974.** Cependant, cet amendement va permettre uniquement un élargissement de l'intervention volontaire de la grossesse au-delà de celles mettent en danger la santé de la mère et d'intégrer les cas de viols, d'incestes, de troubles psychiatriques graves de la femme, sans pour autant intégrer le droit des femmes enceintes en dehors du cadre du mariage. Cette réforme qui a permis une avancée très limitée a été vivement critiquée par de nombreuses associations qui ont contesté les limites de cette réforme et sa non-adéquation avec l'évolution et les changements sociétaux. Après un blocage qui a duré quelques années au sein des deux chambres du parlement suite aux désaccords qui concernent les conditions permettant l'accès à l'avortement, c'est finalement les conditions proposées dès la première proposition qui ont été adoptées, laissant les

---

<sup>829</sup> Il est à noter que l'enquête menée par les policiers ressort du cadre formel.

<sup>830</sup> Les femmes souhaitant interrompre leur grossesse d'une manière traditionnelle ont souvent recours à l'utilisation des produits abortifs 'naturels' qui se vendent dans les marchés chez les herboristes ; ces derniers préparent des mélanges de plantes dédiés à ces pratiques qui permettent d'empoisonner le fœtus.

<sup>831</sup> Ces chiffres sont relayés par de nombreux professionnels et médias dont le professeur CHRAIBI, chef de maternité des Orangers à Rabat et fondateur de l'association marocaine contre l'avortement clandestin, France 24.

<sup>832</sup> Marc-Eric GRUÉNAIS, La publication du débat sur l'avortement au Maroc. L'Etat marocain en action, L'année du Maghreb, 17/2017, pp. 219-234.

militants et les praticiens à leur fin d'un texte moderne qui répond au besoin et à la réalité sociale<sup>833</sup>.

**975.** En parallèle certaines femmes choisissent de garder leurs enfants malgré les difficultés ; ces dernières prennent le risque d'emprunter le chemin d'une expérience qui ne leur garantit aucun droit ni pour elles ni pour leurs enfants. Par ailleurs, il semble important de souligner le portrait de ces femmes qui font ce choix soit par liberté soit par obligation ; de nombreuses études démontrent qu'elles ont en moyenne 24 ans avec un niveau de scolarité assez bas, alors que celles qui ont recours à l'avortement ont souvent un niveau d'instruction moyen ou supérieur à la moyenne. Puis, il y a la situation socioéconomique qui reflète également l'importance de cet élément qui démontre que le nombre de femmes actives ayant subi l'avortement est presque le double que celui de celles qui sont sans activités et qui ont gardé leurs enfants<sup>834</sup>.

**976.** En outre, la situation des conditions des mères célibataires au Maroc est très critique, elle est considérée par l'ensemble de la société et de la législation comme étant un dysfonctionnement social et une menace qui transgresse les normes religieuses, sociales et juridiques qui garantissent le maintien de l'ordre public<sup>835</sup>. En ce qui concerne l'atteinte des normes sociales et religieuses, il est question d'une femme qui commet un fait de débauche 'zina' 'fahicha' refusé par la religion et par la société dont résulte la naissance d'un enfant rejeté par la société et non reconnu par la religion. En effet, ces enfants sont des bâtards, des 'Harami' malhonnêtes, des enfants du péché ou du bandit et dont on prévoit les comportements futurs dans la société.

**977.** Juridiquement, et selon le code pénal marocain, la femme doit être sanctionnée pour la relation sexuelle qu'elle a établie hors le cadre légal du mariage comme le précise l'article 490, puisque la conception de l'enfant affirme et prouve les relations sexuelles antérieures. Suivant la logique du législateur marocain, la mère célibataire doit être condamnée ; toutefois, dans la pratique et en absence des deux conditions 'l'aveu et le flagrant délit sur l'acte sexuel' la difficulté de preuve empêche cette application. Par ailleurs, c'est également la raison pour laquelle, les mères célibataires ne se dirigent pas vers les tribunaux familiaux afin de porter une action en recherche de paternité puisqu'elles seront poursuivies pour un aveu de relations sexuelles hors mariage<sup>836</sup>.

De plus, l'application de cette disposition est contraire à l'article 2-g de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, que le Maroc a

---

<sup>833</sup> Le docteur Chafik CHRAIBI se dit 'scandalisé que le Maroc applique une loi qui date des années 60 et qui n'a plus rien à voir avec la société actuelle. La répression se durcit : en 2018, il y a eu 73 personnes poursuivies pour le délit d'avortement », *in* Dounia HADNI, Ou en est le droit de l'avortement au Maroc, libération, 01 février 2020. Disponible sur [www.liberation.fr](http://www.liberation.fr)

<sup>834</sup> Iris SECHTER-FUNK, La maternité célibataire au Maroc, entre normes et pratiques, Centre Jacques-Berque, 2015, Disponible sur : <https://books.openedition.org/cjb/990>.

<sup>835</sup> Amal BOUSBAA, Abderrahim ANBI, Les conditions des mères célibataires face aux défaillances des politiques sociales au Maroc, *Revue des politiques sociales et familiales*, 2017, 124, p. 53.

<sup>836</sup> L'article 493 du Code pénal dispose que : « La preuve des infractions réprimées par les articles 490 et 491 s'établit soit par procès-verbal de constat de flagrant délit dressé par un officier de police judiciaire, soit par l'aveu relaté dans des lettres ou documents émanés du prévenu ou par l'aveu judiciaire ».

ratifié<sup>837</sup> et qui dispose que « *les Etats parties doivent abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes* ».

Il est vrai qu'à la lecture de cette disposition il ne semble pas évident d'évoquer la discrimination entre les femmes et les hommes mais dans la pratique, la discrimination s'avère possible dans la mesure où lorsque les relations sexuelles entraînent la conception d'un enfant, le géniteur peut toujours nier cette relation afin d'échapper à cette condamnation pénale et dans l'absence de l'obligation de recourir à la preuve biologique (ADN), la femme se trouve toujours devant le risque d'être condamnée<sup>838</sup>. En outre, les conséquences de l'application de l'article 490 ne se limitent pas uniquement à la mère mais s'étendent également à l'enfant qui se trouve prisonnier des normes et des règles jugeant l'acte de sa mère et le met avec cette dernière dans une situation discriminatoire qui ne favorise pas la protection de son intérêt supérieur au sein de la société.

**978.** Les conséquences de l'interdiction des relations sexuelles hors mariage semblent être encore plus lourdes dans la mesure où elles remettent en cause les arguments avancés par les traditionalistes et aboutissent à l'ignorance d'autres effets qui ne se limitent pas uniquement au couple et à leur relation intime ou à leur acte sexuel, mais à une situation qui englobe la personne de l'enfant et qui le prive de toute protection, ainsi la stabilité sociale recherchée au nom de la règle religieuse peut être rediscutée afin de permettre à cette dernière de s'adapter à la société d'aujourd'hui.

**979.** De plus, la question du recours à l'avortement et la croissance du nombre des mères célibataires mettent en évidence la défaillance du système unitaire de la filiation adopté encore aujourd'hui dans le système juridique marocain, et qui laisse des femmes et des enfants en détresse et sans aucune protection de leurs droits. Autrement dit, l'argument de la préservation du cadre légal est faible quant aux conséquences d'interdiction de la filiation d'un enfant né hors mariage, puisqu'il produit des effets encore plus néfastes à l'égard de l'élément principal et fondamental de la société qui est l'enfant, en précarisant son sort suite à la privation de toute possibilité de recherche de paternité par voie judiciaire<sup>839</sup>. Cette situation tragique de l'enfant né hors mariage impose une prise en considération par le législateur marocain de cet enfant dans l'ensemble des textes où les lacunes et les ambiguïtés semblent être très flagrantes, dans l'objectif d'harmoniser le droit interne avec les engagements internationaux, sans pour autant adopter un mimétisme juridique brutal des règles occidentales qui sera en l'occurrence inefficace dans la mesure où leur application sera refusée par la société qui est encore imprégnée par le caractère religieux en la matière.

**980.** De plus, l'existence de ces situations et le débat qui continue d'exister autour des questions des enfants nés hors mariage et des mères célibataires accusées d'adultère malgré les quelques réformes menées que ce soit en droit de la famille ou en droit pénal,

---

<sup>837</sup> Le Maroc a ratifié la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes le 21 juin 1993, et l'a publiée au bulletin officiel du 18 janvier 2001, p. 167.

<sup>838</sup> Le Maroc des mères célibataires, ampleur, réalité, actions, représentations, itinéraires et vécus, Avril-décembre 2010, p. 72 et s.

amène à se demander si ces réformes ont réellement adopté une vision à long terme prévoyant l'évolution continue de la société dans son ensemble, afin de protéger les plus vulnérables notamment les enfants nés hors mariage et les mères célibataires.

## **Paragraphe 2 : L'enfant abandonné.**

**981.** La prise en considération de l'intérêt de l'enfant intègre un ensemble de mesures que les Etats doivent intégrer au sein de leurs législations afin de garantir à l'enfant un ensemble de droits, lui permettant une protection dans toutes les situations auxquelles il peut être confronté, dont celle de l'abandon. L'article 19 de la CIDE appelle les Etats parties à « *prendre toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre (...) l'abandon ou la négligence* ». Dans ce sens les deux systèmes juridiques que nous étudions adoptent chacun à son rythme et selon sa perception des droits de l'enfant et de son intérêt, un système évolutif qui permet d'abord de lutter contre l'abandon mais également de garantir à l'enfant abandonné un ensemble de droits qui lui permettent le respect des principes fondamentaux de sa protection dont l'intérêt de l'enfant, la non-discrimination, le droit de vivre et de se développer et enfin le respect de ses opinions.

**982.** Comme de nombreuses questions relatives à la protection des droits de l'enfant, la concrétisation des principes énoncés ne peut être identique dans les deux systèmes juridiques français et marocain, puisque l'évolution de la perception des droits de l'enfant elle-même n'est pas similaire, et elle dépend des contextes historiques, sociaux, culturels et religieux qui influencent d'une manière directe la transformation et le progrès des principes fondamentaux des droits de l'enfant. En effet, en France, la recherche à la concrétisation des droits de l'enfant a permis l'adoption d'un arsenal juridique qui vise à protéger tout enfant né sans filiation, puisque le contexte historique et l'évolution des droits humains d'une manière générale, aidés par la révolution et les siècles des lumières, ont accordé à la protection de l'enfant abandonné une accélération permettant l'engagement tôt de l'Etat en la matière.

**983.** En France la question des enfants abandonnés a connu trois étapes d'évolution; d'abord celle influencées par la dominance de l'église, celle de la révolution et des idées protectrice des droits de l'enfant, et enfin celle de la période moderne et contemporaine. Durant chacune des étapes, les droits des enfants faisaient l'objet d'une évolution et d'une prise en considération progressive, elle a permis le passage d'une dissimulation de l'enfant né hors mariage suite aux restrictions de l'église ou ceux abandonnés suite à des raisons économiques ou sociales et dont l'église a mené toutes les initiatives visant à protéger ces enfants, à une période plus lumineuse qui reconnaît les droits des enfants et qui fait de l'aide de ces derniers une obligation en se basant sur les idées révolutionnaires, en arrivant à une période contemporaine qui reconnaît des droits fondamentaux à tous les enfants dont ceux abandonnés. En intégrant un rôle de l'Etat, ceci va permettre une meilleure protection à travers tous les engagements de ce dernier et les mesures prises dans l'objectif de protéger les enfants abandonnés de toutes les catégories.

**984.** Si en France les principes révolutionnaires et la séparation de l'église avec l'Etat ont permis une meilleure prise en considération de l'intérêt de l'enfant et un meilleur rayonnement à travers l'engagement de l'Etat dans la concrétisation que ce soit des principes du droit interne ou ceux des engagements internationaux.

**985.** Au Maroc, l'origine de la perception spécifique des droits de l'enfant et de la place de ce dernier a suivi un autre schéma d'évolution puisque l'absence de la séparation de la religion et de l'Etat ainsi que la caractérisation des droits individuels par la limite religieuse n'ont pas permis l'individualisation des droits notamment ceux des enfants qui ont sauvegardé très longtemps la liaison à la famille et à l'existence de cette dernière, dans le respect de son cadre légal au sein de la communauté et dans la prise en considération de 'l'intérêt général' fondé sur les valeurs de la religion musulmane.

De plus, malgré l'engagement du pays dans la modernisation des droits de l'enfant, l'attachement au cadre religieux a mis en place un modèle juridique doté de la spécificité religieuse qui limite l'évolution de nombreux droits au niveau interne, notamment lorsqu'il s'agit des enfants abandonnés qui sont considérés comme le résultat de l'éclatement des structures sociales traditionnelles qui sont jusqu'ici le fondement de la famille et de la société, et dont l'écroulement est le résultat d'une influence extérieure que ce soit de la mondialisation ou des sociétés occidentales qui ont abouti à l'effondrement des valeurs morales. Ce phénomène refusé par les sociétés musulmanes qui n'est pourtant pas nouveau a obligé des pays musulmans comme le Maroc de rechercher un équilibre entre la norme religieuse et la règle juridique afin de garantir la protection de l'intérêt de l'enfant. Toutefois, la recherche de cet équilibre a abouti à l'adoption d'un système discriminatoire à l'égard de l'enfant abandonné.

#### ***A-Les catégories des enfants abandonnés.***

**986.** En France, l'éclatement de la cellule familiale traditionnelle et l'individualisation des droits ont permis une prise en considération de l'intérêt de l'enfant, en adoptant des principes tel que la non-discrimination ou le droit à la vie et au développement dans les bonnes conditions. Leur adoption a en effet, abouti à une intervention étatique et juridique importante et favorable à l'égard des enfants abandonnés, rendant ainsi, leur protection systématique à partir du moment de leur abandon que ce dernier soit le résultat d'une filiation inconnue ou d'une filiation connue.

En effet, en France la majorité des enfants abandonnés sont ceux confiés à la naissance après un accouchement sous secret et plus rarement ceux nés d'une filiation connue dont les parents ont tardivement consenti leur adoption en les confiant aux services de l'aide sociale à l'enfance du conseil départemental. Il y a aussi les enfants déclarés abandonnés après une décision de justice et qui sont souvent adoptés par des familles d'accueil. Sont considérés comme des enfants abandonnés ceux dont les parents se sont vu retirer l'autorité parentale et des orphelins qui sont pris en charge par leur famille.

Au Maroc, la question connaît quelques différences ; certes, il est également question des enfants abandonnés de filiation inconnue et ceux de filiation connue, toutefois, l'absence de la possibilité de l'accouchement sous X ou encore la non-reconnaissance de la filiation hors mariage rendent encore plus complexe la prise en charge et la réglementation de la situation des enfants abandonnés qui sont nés de filiation inconnue en adoptant un système juridique qui conserve principalement l'orientation du droit musulman qui ne permet pas une égalité de droits à l'égard de ces enfants. Puis ceux issus de filiation connue et dont la réglementation connaît de nombreuses lacunes que ce soit dans les textes adoptés ou dans la pratique.

*a - Enfants abandonnés issus de filiation inconnue.*

**987.** Entre le système juridique français et le système marocain, il existe une grande différence quant à la protection de l'enfant issu d'une filiation inconnue. En effet, la France est l'un des rares pays à disposer d'une législation encadrant l'accouchement sous le secret en accordant une protection à l'enfant abandonné. Cette pratique est considérée comme une lutte contre l'abandon sauvage des enfants ou contre l'infanticide. Elle n'est pas récente et a été pratiquée sous diverses formes permettant à toutes les femmes qui le souhaitent d'accoucher sans mentionner leurs noms dans la déclaration de l'état civil.

Cette pratique existait déjà dans le Code civil de 1804 qui a repris une pratique courante dans l'ancien régime puis tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle elle a été affirmée par l'adoption de nombreuses lois dont celle du 22 juillet de 1922 puis celle du 7 février 1924 qui sera introduite dans le code civil à travers l'article 57. Cet article affirme que « *...Si le père et la mère ne sont pas désignés à l'officier d'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à cet effet* ». De plus, la question de l'accouchement anonyme se base sur un principe assez traditionnel pratiqué par l'assistance publique qui consiste à accueillir les enfants abandonnés dans le secret « Abandon/accueil » qui a été introduit dans le Code de la famille de 1939 et dont l'article 98 précisait que « *les femmes enceintes qui réclameront le régime du secret seront admises dès que la grossesse aura été constatée par le médecin de l'établissement* ». Cette réglementation va ensuite faire l'objet d'une introduction d'abord dans la réglementation à caractère sanitaire et social à travers plusieurs textes : on en cite d'abord le décret-loi du 2 septembre 1941 qui organisait la gratuité des frais d'hébergement des femmes accouchant anonymement qui constitue le fondement actuel de l'accouchement sous X et dont le premier article dispose que « *toute femme enceinte devra sur demande être reçue gratuitement et sans qu'elle ait besoin de justifier de son identité, dans tout établissement hospitalier public susceptible de lui donner les soins que comporte son état* ».

**988.** D'autres décrets viennent s'ajouter à ça tels que ceux du 29 novembre 1953 pupille de l'Etat<sup>840</sup> ainsi que celui du 7 Janvier 1959<sup>841</sup> modifiant et complétant le Code de la famille et de l'aide sociale en ce qui concerne la protection de l'enfance, l'article 47 du Code de la famille et de l'aide sociale qui seront introduit dans la loi du 6 janvier 1986

---

<sup>840</sup> Décret n° 53-1186.

<sup>841</sup> Décret n° 59-101.

protégeant l'anonymat de la mère et garantissant la gratuité et la prise en charge des frais occasionnés par l'accouchement et enfin la loi du 5 juillet 1996 'Mattei' relative à l'adoption qui prévoit l'accompagnement psychologique des femmes qui accouchent sous X<sup>842</sup>. Ce n'est qu'en 1993, que l'accouchement sous X sera inscrit dans le Code civil à travers l'article 326 qui dispose que : « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* » ; la rupture du lien de filiation est ainsi légalisée ainsi que le droit au secret indépendant du type de l'établissement dans lequel s'est effectué l'accouchement. Ce secret est réaffirmé par l'article 341 du Code civil qui interdit la recherche de maternité en cas d'accouchement sous X.

**989.** Ainsi, la philosophie de l'adoption de cette réglementation s'est principalement fondée sur l'objectif de protéger les enfants de l'abandon et d'éviter l'infanticide. Cependant, cette spécificité malgré le fait qu'elle puisse paraître dans l'intérêt de l'enfant, elle est néanmoins contraire à l'un des principes qui constitue son intérêt supérieur. En effet, cette pratique trouve sa limite dans l'obstacle qu'elle présente contre le droit et l'intérêt de l'enfant de connaître ses origines et dont l'article 7 de la CIDE est garant.

**990.** Toutefois, dans l'objectif d'alléger et de répondre à ce besoin, le législateur français a réformé cette question à travers la loi du 22 Janvier 2002 relative à l'accès aux origines<sup>843</sup>, qui permet à l'enfant mineur ou majeur et qui soit doué de discernement et disposant d'un accord de ses représentants légaux de déposer une demande d'accès aux origines personnelles auprès du Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP)<sup>844</sup>. Cependant, l'allègement apporté par la loi 2002 n'a pas rendu le droit de l'enfant à connaître son origine dans le cas de l'accouchement sous X un droit absolu puisqu'il demeure dépendant de la volonté de la femme qui souhaitait accoucher sous X en ayant la garantie au respect de son choix. De plus, l'enfant se trouve devant l'impossibilité de connaître l'identité de sa génitrice que si cette dernière décide de lever l'anonymat quant à son identité ou lorsqu'elle décède sans avoir exprimé sa volonté contraire.

**991.** Par ailleurs, l'effort fourni par le législateur n'a pas abouti à une prise en considération totale de l'intérêt de l'enfant de connaître ses origine et ainsi de répondre à l'article 7-1 de la CIDE qui dispose que : « *l'enfant est enregistré aussitôt à sa naissance et a dès celle-ci 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 qui pose en contradiction les deux principes, d'abord celui de la mère de dissimuler son identité et

---

<sup>842</sup> Francisco. MUNOZ-PEREZ, Les enfants nés sans filiation en France 1965-1994, *in* : population, 2000, n° 55-4-5, p. 663 et S.

<sup>843</sup> Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat est une loi constituée par le Conseil national d'accès aux origines personnelles, qui a été composé de 17 personnes, magistrats, personnalités qualifiées et représentants des administrations centrales ainsi que des associations concernées et des conseils généraux.

<sup>844</sup> Marie-Christine LE BOURSICOT, Accéder à ses origines personnelles, le rôle du conseil national pour l'accès aux origines personnelles, Informations sociales, 2008/2, n° 146, p. 2.

celui de l'enfant de connaître ses parents<sup>845</sup>. Dans le même sens d'évolution des règles d'accouchement sous X, la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance de 2005 qui a supprimé la fin du non-recevoir de l'action en recherche de maternité dans le souci d'une mise en place d'une égalité avec l'action en recherche de paternité.

**992.** L'évolution des textes modifiant la question de l'accouchement sous X progresse timidement malgré les revendications des défenseurs des droits de l'enfant qui appellent à la levée totale de l'anonymat de l'accouchement. Ainsi le rapport de Brigitte BAREGES avait élaboré des propositions qui mettent en avant la suppression de l'accouchement dans l'anonymat, le maintien de l'accouchement secret, proposant également une ouverture d'accès aux origines personnelles aux demandeurs majeurs, ainsi qu'une ouverture de possibilité aux mères de rechercher leurs enfants, la levée du secret au décès de la mère et enfin l'amélioration des possibilités de reconnaissance anténatale des pères.

Cependant, ce rapport n'a pas encore abouti à une concrétisation, d'autant plus que la jurisprudence n'adopte un nouveau raisonnement quant à l'application que ce soit de l'article 7-1 ou de l'article 3-1 de la CIDE en la matière. D'ailleurs, dans un arrêt du 6 avril 2004, la haute juridiction n'a pas hésité à casser une décision de la cour d'appel d'Angers qui avait cherché à accorder raison à une mère qui avait accouché sous le secret et qui a renoncé à sa décision après que son enfant soit admis en tant que pupille de l'Etat alors que son admission était atteinte d'un vice de consentement affectant la validité du procès-verbal<sup>846</sup>.

Cette décision reflète une incohérence quant à la pratique de l'accouchement sous X, qui est sensé répondre à un droit accordé à la mère et fondé sur son consentement alors que lorsque cette dernière change d'avis, son consentement doit également faire l'objet d'une remise en question. C'est dans ce sens que la Cour d'appel d'Angers avait pris en considération ce consentement dans une décision rendu le 26 janvier 2011<sup>847</sup> en annulant un arrêté comme pupille de l'Etat d'une enfant née sous X et dont la mère avait souhaité de lever elle-même l'anonymat vis-à-vis de ses proches. La Cour d'appel a fondé sa décision sur l'article 3-1 de la CIDE considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant lui accorde le droit « *d'avoir un nom... de connaître ses parents et d'être élevé par eux (...)* », en affirmant que « *le droit de connaître son histoire et ses racines s'intègre donc dans les droits fondamentaux reconnus à l'enfant, auquel ne fait plus obstacle à l'accouchement sous X depuis la loi du 16 janvier 2009... qui autorise tout enfant, sans restriction, à engager une action en recherche de maternité* », pour enfin conclure que « l'intérêt de l'enfant prime donc sur la faculté pour la mère de conserver l'anonymat et

---

<sup>845</sup> Il est à noter que le comité des droits de l'enfant considère que les efforts fournis par la France ne sont pas suffisants et que « le droit pour la mère de dissimuler son identité si elle le souhaite n'est pas conforme aux dispositions de la convention ».

<sup>846</sup> Cass. civ. 1ère, 6 avril 2004, n° 03-19.026 : Frédéric BICHERON, Accouchement sous X : irrecevabilité d'une rétractation tardive, *AJ Famille* 2004 p. 241 ; Jean HAUSER, Accouchement sous X et rétractation : de mieux en mieux... *RTD Civ.* 2004, p. 496

<sup>847</sup> C. A. Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339 : D. 2011.442, obs. Inès GALLMEISTER, et 1053, note T. GERE ; *AJ famille* 2011. 156, obs. François CHENEDE, et 63, édito Valérie AVENA-ROBARDET ; *Droit de la famille* 2011. Comm. 37, note Claire NEIRINCK, et Focus 17, obs. M. LAMARCHE ; *JCP* 2011. 298, note Adeline GOUTTENOIRE.

par voie de conséquence sur son choix de couper l'enfant de sa famille » et ainsi elle a décidé de confier l'enfant aux parents de sa mère biologique.

**993.** Cependant, si cette décision peut paraître comme révolutionnaire ou favorable à la fin de l'accouchement sous X, puisqu'elle ressort d'une espèce spécifique et dont la particularité permet facilement son adoption dans la mesure où dans l'affaire, il ne s'agit pas de conflit d'anonymat d'accouchement mais plutôt un conflit qui oppose la mère et les grands-parents de l'enfant. Toutefois, malgré la spécificité de l'espèce, cette décision a démontré qu'il y a une certaine réticence à l'égard de la question de l'accouchement sous X, qui fait ressortir la complexité du changement de cette institution. Autrement dit la complexité de la spécificité française en matière de l'accouchement sous X et de l'enfant issue de filiation inconnue demeure assez complexe pour qu'elle fasse l'objet de profonde réforme, visant à garantir un équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de la femme d'accoucher anonymement, cette situation permet de démontrer les limites de la solution adoptée par le législateur afin de contrôler et de maîtriser l'abandon des enfants.

**994.** Ne suivant pas le modèle français en la matière, la situation des enfants abandonnés issue de filiation inconnue au Maroc est considérée comme délicate puisqu'elle ne dispose pas de réglementation permettant leur recueil dans de bonnes conditions. En effet, au Maroc suite à l'interdiction des relations sexuelles hors mariage les femmes enceintes ne disposent pas de la faculté d'accoucher dans le secret dans les hôpitaux. Ainsi, si la mère souhaite abandonner son enfant issu de cette relation, elle se trouve devant l'obligation de l'abandonner ou de le délaisser dans les voies publiques ou dans les milieux hospitaliers où elle transmet une fausse identité. La délicatesse de cette situation et l'absence de toute réglementation en matière d'abandon n'est pas récente. En effet, l'enfant abandonné dans les sociétés musulmanes subit une discrimination suite à l'absence de sa filiation. On l'appelle donc cet enfant 'al-laqit'<sup>848</sup> ou 'al-manbudh' qui signifie, l'enfant rejeté par la mère et par la communauté, c'est donc l'enfant en bas âge qui vient de naître et dont la filiation est inconnue<sup>849</sup>.

**995.** Les juristes musulmans ne se sont pas penchés profondément sur la question de l'enfant abandonné issue de filiation inconnue ; partant du principe que la répression de la fornication permettra d'éviter toute naissance hors cadre du mariage. Toutefois, certaines normes ont été consacrées à l'égard de l'enfant abandonné, et il s'agit d'abord d'une règle morale qui se base sur l'aide de l'autrui puis d'un devoir religieux qui est de prendre soin d'un enfant que le hasard a mis sur votre chemin.

**996.** Ce devoir concerne l'ensemble de la communauté musulmane et donc il est considéré comme un « fard kifaya » qui devient une obligation pour tout musulman. Donc, un 'fard ayn' à l'égard de la personne qui l'aperçoit en premier, sans pour autant en faire une obligation de nature juridique.

---

<sup>848</sup> Laqit a pour racine le verbe lakia qui signifie trouvé, rencontrer.

<sup>849</sup> Salah BEY Mohammed Chérif, ouvr., p.10 : MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, ouvr., *op. cit.*

Ensuite, la deuxième norme concerne la religion de l'enfant abandonné sur laquelle les juristes musulmans se sont mis d'accord sur l'attribution de la religion musulmane à l'enfant abandonné partant du principe que ce dernier a été abandonné en terre d'islam et donc il ne pourrait être qu'un fils de musulman. Ainsi la transmission de la religion se fait par le père malgré qu'il soit inconnu, sauf si le nouveau-né est retrouvé au milieu d'une autre communauté. De plus, l'importance que requiert la question de la détermination de la religion semble être capitale puisque le statut personnel islamique attribué au musulman le suit toute sa vie, et la précision de l'appartenance à la religion musulmane définit également toutes les conséquences majeures notamment celles relatives à la filiation et à l'héritage. Ainsi, c'est en attribuant la religion musulmane à cet enfant abandonné qu'une autre obligation relative à la prise en charge de l'enfant se fonde ; en effet, l'ensemble des juristes musulmans s'est mis d'accord sur l'obligation du trésor public « *Bayt al-mal* » à prendre en charge l'enfant abandonné et à défaut, c'est la personne qui l'a recueilli.

**997.** Contrairement à cette considération très limitée des l'enfants abandonnés en droit musulman, le Maroc d'aujourd'hui a élaboré un arsenal juridique relatif au droit de ces enfants pour faire face à une réalité de progression du nombre d'enfants abandonnés ainsi que pour répondre à l'engagement du pays à l'égard des instruments internationaux. En effet, Au Maroc, le nombre d'enfants abandonnés s'élevait en 2008 à 4554 soit 1.3% du total des naissances, puis dans une réévaluation à 6480 soit 2% pour la même année<sup>850</sup>. Puis une progression a été notée en 2009 notant 8760 enfants abandonnés à la naissance dont 38% issue d'une filiation inconnue.

Selon une autre étude menée en 2010 par l'association INSAF<sup>851</sup>, le nombre des enfants abandonnés entre 1996-2002 a nettement augmenté notamment pour les grossesses hors mariage puisqu'on identifie dans les 5040 grossesses 36% d'enfants abandonnés et uniquement 12% ont été placés en institution. Cela veut dire que la situation des 36% d'enfants abandonnés est inconnu puisqu'on ignore si ces enfants ont été donnés à des tiers en échange économique puisque ces femmes sont fortement sollicitées par des intermédiaires ou des réseaux légaux ou illégaux qui souhaitent les adopter. De plus, le haut-commissariat au plan avait affirmé dans son rapport qui date de 2011 « *que plus de la moitié des enfants abandonnés suite à une naissance hors mariage sont nés dans les hôpitaux, et près de 30% dans les lieux publics* »<sup>852</sup>. Face à cette situation et à ces taux qui ne cessent de progresser, l'UNICEF affirme qu'il y a uniquement 49 établissements dans l'ensemble du royaume qui permettent l'accueil des enfants abandonnés, ce qui est inadéquat avec leur nombre.

**998.** Face à cette réalité le législateur marocain a adopté de nombreuses règles permettant de renforcer l'arsenal juridique à travers la mise en place d'une définition du statut juridique mais également les obligations à l'égard de ces enfants en intégrant des principes internationaux visant à protéger leurs intérêts à travers l'intégration de

<sup>850</sup> Etude menée par L'UNICEF et la ligue marocaine de protection de l'enfance, 2008. Sur : [www.unicef.org](http://www.unicef.org)

<sup>851</sup> Rapport, INSAF, *op. cit.*, p. 24.

<sup>852</sup> HCP, 2011, Etude sur la « population infantile au Maroc : caractéristiques sociodémographiques et protection de l'enfance ».

nombreux principes de la CIDE en droit interne, à travers de nombreuses dispositions notamment celles de l'article 20 relatif à la protection et à la prise en charge des enfants abandonnés<sup>853</sup> et l'article 7 relatif à l'attribution du nom et de la nationalité à cette catégorie d'enfant ou encore la pénalisation de tout abandon.

En effet, le droit marocain pénalise tout abandon d'enfant à travers l'article 459 du code pénal marocain qui dispose que « *quiconque expose ou délaisse en lieu solitaire, un enfant de moins de quinze ans ou un incapable, hors d'état de se protéger lui-même à raison de son état physique ou mental, est, pour ce seul fait, puni de l'emprisonnement d'un à trois ans...* ». Cette disposition désigne l'enfant abandonné qu'il soit de filiation connue ou inconnue.

**999.** Par ailleurs, c'est à travers la loi n° 15-01 du 13 juin 2002 relative à la *kafala* que le législateur marocain définit l'enfant abandonné en disposant que : « 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 :

- Etre né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère inconnue qui l'a abandonné de son plein gré ;
- Etre orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ;
- Avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant ».

En ce qui concerne l'Etat civil, la loi n° 37-99 relative à l'état civil, promulguée en 2002 consacre l'article 16 à l'enfant de filiation inconnue ou abandonné suite à l'accouchement en prévoyant que : « *Le procureur du Roi agissant de sa propre initiative ou à la demande de l'autorité locale ou de toute partie intéressée procède à la déclaration de naissance, appuyée par un procès verbal dressé à cet effet et d'un certificat médical déterminant approximativement l'âge du nouveau-né. Un nom et un prénom lui sont choisis ainsi que des prénoms de parents ou un prénom de père si la mère est connue. L'officier de l'état civil indique en marge de l'acte de naissance que les noms et prénoms des parents ou du père selon le cas, lui ont été choisis conformément aux dispositions de la présente loi* ».

---

<sup>853</sup> L'article 20 de la CIDE dispose que : « *Toute 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. Les Etats parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale. Ainsi, cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la Kafala de 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 nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique* »

**1000.** Concernant l'attribution de la nationalité marocaine, l'article 7-6 du Code de la nationalité qui reconnaît l'attribution de la nationalité marocaine à l'enfant abandonné et ce en disposant qu'il « *est marocain, l'enfant né au Maroc de parents inconnus (...) l'enfant de parents inconnus trouvé au Maroc est présumé, jusqu'à preuve du contraire, né au Maroc* »<sup>854</sup>.

**1001.** Face à cette situation, la loi du 13 juin 2002 relative à la *Kafala* régleme la question d'accueil de ces enfants comme suit : il est d'abord question d'une déclaration judiciaire d'abandon, cette dernière se fait auprès du procureur du Roi du tribunal de première instance du lieu de la découverte de l'enfant ; ainsi le procureur procède à une enquête au sujet de l'enfant afin de présenter une déclaration d'abandon au tribunal. Ce dernier s'engage également à procéder aux enquêtes nécessaires afin de s'assurer que l'enfant est de filiation inconnue et de prononcer à la suite un jugement qui sera affiché dans les bureaux de la collectivité avec toutes les informations qui concerne la découverte de l'enfant notamment le lieu de la découverte ou encore la date présumée de la naissance. Si le délai des trois mois s'achève sans la présentation de personnes réclamant la filiation de l'enfant, ce dernier sera déclaré abandonné par un jugement prononcé du tribunal. Ce jugement permet au juge des tutelles d'assurer cette dernière sur l'enfant abandonné conformément aux dispositions du Code de la famille et du Code de procédure civile, permettant que la prise en charge de l'enfant soit conforme aux dispositions de la loi du 13 juin 2002 relative à la *kafala*.

**1002.** Ainsi, la législation marocaine semble être évoluée et répond à la majorité des éléments permettant l'harmonisation et l'intégration des principes internationaux dans le droit interne. Cependant, ces lois se trouvent limitées dans leur application dans la mesure où la situation de ces enfants demeure critiquée que ce soit par rapport aux discriminations qu'ils subissent au sein d'une société imprégnée par le refus religieux de l'enfant né hors mariage ou encore par rapport au manque de moyens mis en place par l'Etat afin de leur garantir une meilleure prise en charge. En effet, nombreuses sont les lacunes à dégager dans ce sens, notamment celles relatives aux institutions et aux maisons d'accueil qui sont souvent surchargées et leur salariés mal payés ainsi que dans la difficulté des règles de la *Kafala* qui ne garantissent pas à l'enfant tous ses droits. De plus, de nombreux médias marocains et étrangers relayent et publient souvent la situation délicate des enfants accueillis qui subissent les violences physiques, sexuelles et moraux au sein de ces centres.

**1003.** En effet, malgré que l'effort associatif national et international visant la petite enfance abandonné ait débuté assez tôt dans le pays<sup>855</sup>, nombreux sont les rapports qui soulignent l'insuffisance du travail associatif et le manque d'implication politique sur la situation des enfants abandonnés d'une manière générale.

---

<sup>854</sup> Le droit marocain reconnaît le droit de l'enfant né de filiation inconnue à la nationalité marocaine, depuis la promulgation du premier code de la nationalité en 1958.

<sup>855</sup> A partir des années 50, nombreuses sont les associations qui ont œuvré pour les enfants abandonné notamment celle menée par des religieuses nord-américaines qui ont pris l'initiative d'ouvrir deux orphelinats installés dans la ville d'Azrou, ou l'association internationale 'SOS Villages d'enfants' installée à Marrakech en 1985, qui se sont développés dans d'autres villes à travers le pays

Ainsi, en juin 2014, une table ronde a été organisée par L'UNICEF en collaboration avec les associations marocaines œuvrant pour la protection des enfants abandonnés afin d'élaborer et de présenter un rapport alternatif au rapport alternatif présenté par l'Etat au comité des droit de l'enfant. Dans le rapport rendu suite à cette réunion, nombreuses sont les remarques adressées à l'Etat marocain suite à sa politique menée en ce qui concerne les enfants abandonnés<sup>856</sup>. Ce rapport propose d'abord à « *retirer de toute urgence les enfants abandonnés qui continuent de vivre dans les hôpitaux, ce qui veut dire qu'en manque de place dans les institutions et les associations dédiées à l'accueil de ces enfants oblige que certains enfants restent de longues durées dans les hôpitaux, le rapport évoque un nombre de 163 enfants* ». Ce même rapport évoque l'obligation d'intégrer le recours aux tests ADN dans la législation afin de permettre aux femmes la possibilité d'établir la paternité de leur enfant et ainsi lutter contre l'abandon. Aussi, l'UNICEF déplore la situation de ces enfants, notamment celui publié par l'UNICEF en 2015 et qui souligne la discrimination subie par un enfant abandonné à la naissance suite à la situation matrimoniale de ses parents (non mariés), qui le prive de l'enregistrement dans les registres civils<sup>857</sup>.

L'ensemble de la situation de l'enfant abandonné issue de filiation inconnue est principalement due à la limite imposée à la preuve génétique, à la pénalisation des relations sexuelles hors mariage ou encore à la stigmatisation et aux difficultés de ces enfants à s'intégrer dans la société. Ainsi, des réformes doivent être menées dans ce sens afin de protéger ces enfants de ces discrimination et de permettre de mener une politique d'inclusion sociale et juridique.

*b - Enfants abandonnés issus de filiation connue.*

**1004.** L'article 20 de la CIDE prévoit que pour tout enfant privé de son milieu familial, il doit y avoir une solution adaptée à sa situation afin d'assurer une meilleure prise en considération de son intérêt à travers une protection spéciale. Cette dernière se traduit dans l'adoption des différentes lois internes permettant l'harmonisation de ces dernières avec les conventions internationales. En effet, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles l'enfant peut acquérir le statut de l'enfant abandonné malgré que sa filiation soit reconnue.

**1005.** En France comme au Maroc, les enfants abandonnés issus de filiation connue sont ceux dont les parents sont dans l'impossibilité de s'occuper de leurs enfants pour diverses raisons, et qui se catégorise selon les situations qui peuvent être soit suite au décès des parents, en cas de retrait de l'autorité parentale, lorsque les parents se trouvent dans l'incapacité de s'occuper de leurs enfants, ou encore lorsqu'une décision d'éloignement est rendue par la justice dans l'intérêt de l'enfant, en confiant ce dernier à un tiers.

---

<sup>856</sup> Iris SECHTER FUNK, Le traitement social des mères célibataires par des associations en Tunisie et au Maroc : mobilisation, comparaison et défense de l'ordre moral, thèse, 2019, institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux, p. 194 et s.

<sup>857</sup> Un ensemble de rapports peuvent être consulté dans ce sens notamment : « La violence à l'égard des enfants au Maroc » (UNICEF, 2006) ; « Etude : La traite des femmes et des enfants au Maroc » (ONU-FEMMES, 2015) ; « Etude sur la violence sexuelle à l'encontre des enfants au Maroc » (Ayoubi IDRISSE, UNICEF, 2014) ; « Analyse de situation des enfants au Maroc » (UNICEF, 2015).

**1006.** Une des premières situations dans laquelle l'intérêt de l'enfant doit faire l'objet d'une prise en considération, est celle dans laquelle l'enfant se trouve privé de l'un ou des deux de ses parents à cause d'un décès. Cette situation qui bouleverse et impacte la personnalité et l'existence de l'enfant qui se trouve face au risque d'un déséquilibre personnel qui menace la stabilité psychologique et matérielle de l'enfant et donc remet en question la protection de son intérêt.

**1007.** En France, en 2015, le nombre d'orphelins a été estimé à 215000 de moins de 18 ans, c'est-à-dire 1.8% de cette tranche d'âge, dont 1.3 % d'orphelins de mère, 0.5% orphelins de père et 0.04% orphelins du père et de la mère à la fois. En effet, la difficulté liée à cette estimation est principalement celle que procure la prise en charge de ces enfants, puisqu'il est difficile d'inclure les enfants qui ont fait l'objet d'une adoption. En effet, pour l'ensemble des orphelins, l'Etat français assure une prise en charge et accorde diverses aides à leur égard selon la spécificité de la situation de chacun afin d'assurer une prise en charge matérielle ou psychologique. C'est ainsi que le Code civil réserve aux enfants orphelins qui ont perdu uniquement un parent,<sup>858</sup> l'article 373-1 qui prévoit que « *si l'un des parents, père ou mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité* »<sup>859</sup>, l'Etat leur assure l'allocation de soutien familial (ASF) qui est versée par la caisse d'allocations familiales (CAF) ou la mutualité sociale agricole (MSA) à la personne qui élève seule l'enfant dont l'autre parent est décédé.

**1008.** D'autre part, par rapport aux enfants privés de leurs deux parents, l'Etat s'engage à établir deux solutions. La première est celle qui selon le Code civil, permet de placer l'enfant dans sa famille<sup>860</sup>. Une possibilité qui s'applique sous le contrôle du juge des tutelles qui convoque un conseil de famille afin de désigner un tuteur qui assure l'entretien de l'enfant et représente ce dernier dans les actes administratifs<sup>861</sup>. En cas d'impossibilité de placer l'enfant dans sa famille, ce dernier est confié à l'aide sociale de l'enfant et admis en qualité de pupille de l'Etat pour faire l'objet d'adoption, toutefois, suite à la difficulté d'adoption de ces enfants, ils sont alors placés dans d'autres établissements sociaux ou spécialisés ou encore dans des associations.

**1009.** En droit marocain, l'article 1 al. 3 du Dahir du 13 juin 2002 considère comme enfant abandonné de filiation connue, l'orphelin qui a perdu l'un de ses parents ou les deux. Dans le premier cas, il est souvent question du recueil ou d'une attribution de la tutelle à l'égard de l'autre parent encore vivant, alors que dans l'hypothèse où l'orphelin ait perdu ses deux parents, il devient objet de recueil.

---

<sup>859</sup> Cette situation peut faire l'objet d'exception puisque l'application de l'article 373-3 al. 2 accorde aux grands-parents le droit d'obtenir la garde de cet enfant en se référant à son intérêt supérieur ; toutefois, les grands-parents doivent prouver les éléments constituant cet intérêt. Par ailleurs, il importe de souligner que cette prise en charge des enfants demeure provisoire et dont la révision peut être faite à n'importe quel moment, puisque le parent survivant conserve son droit d'autorité parentale.

<sup>860</sup> Cécile FLAMMANT, Sophie PENNEC, Laurent TOULEMON, Combien d'orphelins en France ? Dans quelle famille ?, Recherches familiales 2020.1 (n° 17) p. 3.

<sup>861</sup> Malgré la responsabilité déléguée au tuteur, la question de l'héritage demeure une exception et reste soumise au juge des tutelles, en ayant en référence le Décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

En effet, en principe ce recueil ne doit pas se limiter uniquement à l'accueil matériel mais il doit également faire l'objet d'une prise en charge entière surtout l'élément psychologique de l'enfant. Cependant, la situation de cette prise en charge est très délicate notamment suite au manque des moyens accordés par l'Etat aux institutions spécialisées, l'interdiction de l'adoption et la difficulté et les restrictions de l'institution de la *kafala*.

Par ailleurs, il existe d'autres catégories d'enfants abandonnés et qui sont d'abord les enfants dont les parents manifestent eux-mêmes tardivement leur abandon en les confiant aux institutions étatiques notamment l'aide sociale à l'enfance (ASE) en France. Puis il y a ceux dont les parents ont fait l'objet d'une déchéance de l'autorité parentale à travers une intervention du juge. Ces décisions sont souvent rendues suite à l'impossibilité des parents d'éduquer ou de répondre correctement aux besoins de leurs enfants que ce soit sur le plan moral ou encore matériel et socio-économique. Ainsi, nombreuses sont les raisons qui mènent le juge à déchoir les parents de leur autorité parentale et à considérer l'enfant comme abandonné.

**1010.** Le droit marocain à titre exemple considère dans l'article 1<sup>er</sup> al. 3 de la loi relative à la *kafala* que l'enfant abandonné est celui dont les parents sont de mauvaise conduite et n'assument pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de garantir à l'enfant un bien-être physique et moral. Ainsi, c'est dans l'objectif de la concrétisation de ce bien-être de l'enfant que le juge prend en considération les difficultés des parents, qu'elles soient d'ordre personnel résultant de l'état de santé de l'un ou des deux parents ou celles relatives à leur insuffisance de ressources. Toutefois, dans ces cas de figure où l'abandon est considéré comme involontaire, c'est-à-dire lorsque le désintérêt involontaire est prouvé par les parents, le juge conserve uniquement la compétence de fixer et de déterminer les modalités de placement de l'enfant et considère que c'est un couple en situation de détresse.

**1011.** Ainsi, les orphelins et les enfants abandonnés par leurs parents, que ce soit d'une manière volontaire ou involontaire, se retrouvent dans le besoin d'une prise en charge, qui se fait dans un premier temps par l'Etat en appliquant l'article 20 de la CIDE qui dispose que « *tout enfant abandonné doit avoir le droit à une protection et une aide spéciale de l'Etat* ». En effet, cette aide se manifeste tout d'abord par la prise en charge de l'enfant avant qu'il soit adopté ou placé dans une famille d'accueil ou par une *kafala* en droit marocain. En France, cette première prise en charge n'a pas attendu l'avènement de la CIDE afin de garantir à cette catégorie d'enfants une première protection. En effet, le statut de pupille de la nation a été instauré en France avec la loi du 27 juillet 1917 en instaurant l'office national des pupilles de la nation qui est un établissement public rattaché au Ministère de l'instruction publique, un statut qui vise à l'origine les enfants « orphelins de guerre » qui se retrouvaient sans famille ou dont le père ou la mère étaient blessés, un statut qui va comprendre un grand nombre d'enfants qui sera de 1.8% de la population française en 1929.

Ainsi, ces enfants seront d'abord pris en charge par l'office national des pupilles de la Nation, puis à partir de 1946 par l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre (ONACVG). Cette prise en charge va en effet connaître une évolution remarquable au cours des années, d'abord en s'élargissant à d'autres catégories d'enfants mais également en établissant des lois qui soulignent la nécessité du suivi<sup>862</sup>.

L'article 224-4 du Code de l'action sociale et des familles dispose que « *sont admis en qualité de pupille* :

- 1- *Les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois.*
- 2- *Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupilles de l'Etat par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, depuis plus de deux mois.*
- 3- *Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'Etat et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intervention d'en assumer la charge ; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent.*
- 4- *Les enfants orphelins de père et de mère(...)*
- 5- *Les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du code civil(...)*
- 6- *Les enfants recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application des articles 381-1 et 381-2 du Code civil (déclaration judiciaire de délaissement parental).*

**1012.** Ces cas d'admission peuvent être catégorisés en trois situations qui sont : l'absence de parents, sur décision des parents ou encore par décision judiciaire. En effet, pour répondre au mieux à cette prise en charge en ayant en référence la particularité et la spécificité de la situation de chaque enfant, l'Etat français a mis en place des procédures qui visent à respecter l'intérêt de l'enfant.

**1013.** En ce qui concerne l'admission en pupille de l'Etat en cas d'absence des parents de l'enfant, notamment le cas de la naissance sous X ou l'orphelin, la procédure est similaire. Pour l'orphelin ainsi que pour l'enfant né sous X, il est d'abord question de l'établissement d'un procès-verbal de recueil par le service de l'ASE, qui vise à déclarer l'enfant à titre provisoire comme étant un enfant pupille pour une durée de 2 mois. A la fin des 2 mois, il est question de l'établissement d'un arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat par le président du conseil départemental notamment en l'absence d'établissement du lien de filiation à l'égard d'un ou des deux parents.

---

<sup>862</sup> L'article 34 de la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

Ainsi, l'ASE est tenue de notifier l'arrêté auprès des personnes ayant qualité de contester l'arrêté d'admission visée à l'article L.224-8 II du Code de l'action sociale et des familles (CASF) qui ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès de ce service et qui peuvent agir dans un délai de trente jours à partir de la date de réception de la notification de l'arrêté devant le tribunal de grande instance. Les titulaires de l'action en contestation de l'arrêté d'admission forment un recours devant le tribunal, suite à ce recours le tribunal d'appel prononce soit l'annulation de l'admission et confie l'enfant au demandeur, soit il rejette le recours et valide l'arrêté d'admission et donc là, une possibilité de former un projet d'adoption de l'enfant s'ouvre à partir de l'extension des voies et délais de recours. Toutefois, si le titulaire de l'action en contestation de l'arrêté d'admission ne forme pas de recours, la possibilité de former un projet d'adoption pour l'enfant est directe après l'extension des voies et des délais de recours<sup>863</sup>.

**1014.** En ce qui concerne l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat sur la décision des parents, elle recouvre deux cas : d'abord celui d'une remise de l'enfant aux services sociaux l'ASE par ses parents ou par l'un des parents alors que la filiation est établie à l'égard des deux parents. Face à cette situation la première étape est celle de l'établissement du procès verbal par le service départemental de l'ASE qui permet de déclarer l'enfant accueilli pupille de l'Etat à titre provisoire en organisant sa tutelle à partir de cette date, tout en accordant aux parents le délai de deux mois afin de pouvoir reprendre l'enfant sans aucune formalité. Le procès verbal doit mentionner la transmission de toutes les informations nécessaires concernant cet abandon dont :

- Celles relatives aux mesures prise par l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale qui visent à aider les parents à élever leurs enfants afin d'éviter l'abandon.
- Les dispositions des lois visant le régime de la tutelle et des pupilles de l'Etat.
- Les informer de tous les délais et les conditions selon lesquels l'enfant peut être repris.
- La possibilité des parents de laisser tout renseignement concernant la santé et l'origine des parents ainsi que les raisons et les circonstances qui ont abouti à cet abandon.

Suite à ces étapes, une seconde étape est entamée qui s'agit de l'étape d'admission en qualité de pupille de l'Etat. En effet, cette étape débute suite à la fin du délai accordé aux parents de reprendre l'enfant. Le président du conseil départemental prend un arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, ainsi dès lors que les personnes ayant qualité pour agir en contestation de l'arrêté d'admission visé à l'article L.224-8 III du CASF aient manifesté un intérêt pour l'enfant à l'ASE, ces personnes doivent obligatoirement être avisées par la notification de l'arrêté, pour qu'ensuite le tribunal apprécie la qualité de cet intérêt et sa conformité avec l'intérêt de l'enfant.

La dernière situation est celle de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat suite à une décision de justice, et elle peut être soit sous forme d'un retrait total de l'autorité parentale, soit d'une déclaration de délaissement.

---

<sup>863</sup> Les enfants pupilles de l'Etat, Ministère des solidarités et de la santé, éd. 2018, p. 16.

Dans les deux situations, l'enfant n'est déclaré pupille de l'Etat que lorsque la décision de justice est définitivement rendue. Ainsi, lorsqu'il s'agit du retrait de l'autorité parentale, la décision doit avoir pour effet le retrait total de l'autorité parentale soit à l'égard des deux parents soit à l'égard de celui par rapport auquel la filiation est établie afin de confier l'enfant au service de l'aide sociale. Ce jugement rendu en première instance devient définitif en cas d'absence d'appel à l'expiration du délai de recours qui est de quinze jours. A l'expiration de ce délai, le service de l'aide sociale à l'enfance sollicite un certificat de non-appel ou de non-opposition.

**1015.** En outre, l'ensemble de ce processus est consolidé par des missions assurées par l'Etat à travers les organes de tutelles et le service gardien dans l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant. En effet, la tutelle des pupilles de l'Etat est exercée conjointement par le préfet de département, qui exerce la fonction de tuteur dont la mission est définie dans l'article 408 du Code civil et le conseil de famille dont la mission est définie dans l'article 401 du Code civil.

Dans le même ordre d'idées, il importe de souligner que le rôle de l'Etat ne cesse de se consolider suite aux réformes menées en la matière afin de permettre une meilleure protection à travers l'adoption de nombreuses mesures qui visent à améliorer la prise en compte et la garantie des besoins de l'enfant tout au long de son parcours de protection. Parmi les textes adoptés permettant cette amélioration, il y a d'abord la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, puis la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

En effet, cette dernière place l'enfant au centre de toute intervention visant à sécuriser le parcours de l'enfant et lui assurer une stabilité de vie à travers l'harmonisation des textes avec la réalité, notamment à travers son article 34 (L225-1) du Code de l'action sociale et des familles qui dispose que : « *les enfants admis en qualité de pupille de l'Etat (...) doivent faire l'objet, dans les meilleurs délais, d'un projet de vie, défini par le tuteur avec l'accord du conseil de famille, qui peut être une adoption, si tel est l'intérêt de l'enfant (...)* ». De plus, l'ensemble des mesures adoptées par la dernière réforme visent à établir un cadre général qui permette plus de précision par rapport à l'ancien texte de 2007 en apportant plus de précision en ce qui concerne l'intervention de l'Etat en la focalisant sur des actions de prévention en faveur de l'enfant et de ses parents, à une organisation qui permette le repérage des situations de danger et de risque pour l'enfant, l'organisation quant aux décisions administratives et judiciaires prises dans l'objectif de protéger l'enfant<sup>864</sup>. Dans l'ensemble, il paraît évident que les réformes menées par le législateur français visant les enfants abandonnés font du principe de l'intérêt de l'enfant un fondement et une ligne directrice afin d'améliorer la situation de cette catégorie d'enfant.

---

<sup>864</sup> Protection de l'enfant : Les nouvelles dispositions issues de la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, Observatoire national de la protection de l'enfance. Disponible sur : <https://onpe.gouv.fr/loi-2016>.

**1016.** En droit marocain, la question de la prise en charge des enfants abandonnés et déclarés pupilles de l'Etat connaît encore aujourd'hui de nombreuses limites qui se manifestent sur deux plans, législatif et pratique. En effet, c'est sur la demande du procureur du Roi que le tribunal de première instance déclare par jugement qu'un enfant abandonné acquiert le statut pupille de l'Etat.

Ainsi, cet enfant peut être placé provisoirement par le ministère public dans l'une des institutions ou des organismes dédiés à l'accueil de ces enfants. Contrairement au droit français qui attribue l'exercice du tuteur au préfet de département, le droit marocain quant à lui l'attribue au juge des tutelles qui l'exerce conformément aux dispositions du Code de la famille qui dispose dans son article 54 qu' « *il appartient à l'Etat de prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection des enfants, de garantir et préserver leurs droits conformément à la loi* », du Code de la procédure civile et de la loi du 13 juin 2002 relative à la prise en charge des enfants abandonnés par la *kafala*.

**1017.** Cependant, ces textes font face à une réalité plus complexe que ce soit du nombre important des enfants abandonnés ou encore du manque d'organisme et d'institutions d'accueil. En effet, malgré que le Maroc ait marqué une évolution en matière de politique publique visant à multiplier les organismes et leur organisation notamment à travers l'adoption de la loi n°14-05 du 22 novembre 2006 relative à la gestion des établissements de protection sociale, cette loi a été saluée par le comité des droits de l'enfant par rapport aux nouvelles dispositions qui permettent d'élargir le champ d'accueil des enfants, mais également d'améliorer leurs conditions de vie.

**1018.** Par ailleurs, malgré que les textes semblent être plus évolutifs, la problématique majeure au Maroc est celle relative à l'application de ces dispositions à l'égard des enfants abandonnés issus de filiation connue et qui sont principalement victimes des conditions socio-économiques de leurs familles, puisque l'Etat n'accorde pas d'aides financières aux familles se trouvant dans difficulté.

D'ailleurs, ce sont les principales reproches élaborées par le comité des droits de l'enfant à l'Etat marocain, notamment lorsqu'il évoque le nombre d'enfants abandonnés suite aux difficultés financières, en précisant que deux tiers des enfants placés dans les établissements le sont uniquement pour une raison de pauvreté ; l'insuffisance des ressources accordées aux associations et aux établissements de protection sociale ainsi que le manque de personnel qualifié qui peut participer à élaborer des projets de vie pour chaque enfant et de prendre en considération la spécificité de sa situation.

**1019.** En outre, face à cette réalité, le comité a appelé l'Etat marocain à travers de nombreuses recommandations à faire en sorte que l'élément de la pauvreté financière et matérielle ne soit jamais la seule référence pour accepter l'abandon d'un enfant et de le priver de sa famille, l'Etat devant en effet doubler d'effort afin d'accompagner la famille dans l'objectif de protéger l'enfant et de garantir son bien-être au sein de sa propre famille.

Ou encore d'adopter d'autres solutions permettant de prévenir des mécanismes de détection précoce des enfants vivant dans des conditions difficiles et de soutenir les parents notamment les mères célibataires, afin de limiter l'abandon des enfants et de favoriser un meilleur placement qui évite à l'enfant le placement dans les institutions, et de lui garantir le placement auprès de l'un des parents ou encore d'un membre de sa propre famille<sup>865</sup>. Par ailleurs, la question de placement de l'enfant représente également une limite pour le système marocain qui, contrairement à son homologue français, interdit l'adoption et permet uniquement *la kafala* qui offre une prise en charge de l'enfant, ce qui limite encore plus le placement d'enfants.

### ***B- Le suivi des enfants abandonnés.***

**1020.** Garantir à un enfant le bien-être physique et psychologique se manifeste dans la possibilité de lui offrir des conditions d'une vie familiale adaptée. En effet, dans les deux systèmes juridiques français et marocain, la prise en considération de l'article 20 de la CIDE semble être évidente, puisque dans les deux systèmes, l'exigence de l'intérêt de l'enfant d'avoir une famille semble être une priorité malgré la difficulté d'application. Ainsi, l'enfant abandonné doit dans les meilleurs des cas faire l'objet soit d'une réintégration dans sa famille lorsque sa filiation est établie et lorsque son intérêt le permet ou être adopté par une famille afin de lui garantir une stabilité et un meilleur développement.

**1021.** Cependant, la divergence entre les deux systèmes est de taille, puisque l'application de l'article 20 de la CIDE permet l'adaptation à la spécificité de chaque système juridique en offrant le choix soit d'une adoption soit d'un recueil légal (*kafala*). En effet, en France le processus d'abandon de l'enfant issu de filiation connu ou inconnue aboutit à la possibilité directe de l'adoption, une orientation qui a fait l'objet de renforcement dans la loi du 14 mars 2016 suite aux recommandations du rapport Gouttenoire qui soulignait la nécessité d'une réforme visant les textes du CASF relatifs à l'adoption afin que ces derniers soient adaptés et adéquats avec la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la loi de 2016 a apporté quelques modifications notamment à travers :

- l'article 32 du texte qui réforme les conditions de révocation de l'adoption simple qui doit être consolidé dans l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant en rendant impossible toute demande de révocation pour motifs graves, à l'initiative de l'adopté ou des adoptants sauf lorsque l'adopté atteint sa majorité, et seul le ministère public pouvant la demander lorsque l'adopté est mineur.
- l'article 35 qui oblige le tribunal qui prononce l'adoption, d'accorder à l'enfant le droit de s'exprimer à l'égard de son adoption à travers l'audition de l'enfant capable de discernement selon les modalités adaptées à son âge et à son degré de maturité.
- l'article 42 visant l'amélioration du statut des enfants recueillis dont la loi personnelle interdit l'adoption, en accordant un délai de trois ans au lieu de cinq pour acquérir la nationalité française.

---

<sup>865</sup> Rapport, Observation finales concernant le troisième et quatrième rapports périodiques du Maroc N° CRC/C/MAR/3-4.

- l'article 34 qui illustre la nouvelle dimension d'accompagnement de l'Etat d'un projet de vie dédié à l'enfant qui peut être son adoption dans les meilleurs délais en respectant l'intérêt de l'enfant<sup>866</sup>.

**1022.** Il est à souligner que la reconnaissance du législateur français de deux formes d'adoption distinctes notamment l'adoption simple ou plénière permet d'assouplir et d'adapter la forme d'adoption à la situation de l'enfant. En effet, l'adoption plénière permet la rupture totale des liens entre l'enfant et sa famille biologique et relie l'enfant uniquement à sa famille d'adoption, tandis que l'adoption simple permet de faire coexister les deux liens de filiation notamment le lien biologique et adoptif<sup>867</sup>. Cette flexibilité permet aujourd'hui de définir le projet d'adoption qui est assuré par le tuteur de l'enfant en l'occurrence le préfet avec l'accord du conseil de famille, et qui consiste à choisir le mode d'adoption adapté à l'enfant en fonction de sa particularité et de ses circonstances notamment celles relatives à son âge, son histoire ou encore des liens existants avec sa famille. Des éléments qui permettent d'élaborer ces projets au cas par cas en se basant sur les besoins spécifiques de chaque enfant dans l'objectif de rechercher les candidats adaptés à chacun.

**1023.** Ainsi, la mission du choix des adoptants de chaque enfant est accordée au tuteur qui assure avec l'accord du conseil de famille le profil de la famille adaptée à l'enfant et qui répond au mieux à ses besoins. A cet effet, le président du conseil départemental expose la situation des familles qu'il estime adaptées à offrir les bonnes conditions d'accueil et qu'il juge favorables à l'intérêt de l'enfant. Le tuteur choisi à son tour les dossiers des personnes qu'il juge susceptibles d'accueillir l'enfant et les communique au responsable du service de l'aide sociale à l'enfance, qui seront par la suite présentés au conseil de famille soit par le responsable de l'ASE soit par le tuteur lui-même. Si l'enfant concerné par l'adoption est mineur et capable de discernement, il est entendu par le tuteur ainsi que par le conseil de famille, s'il a plus que treize ans son consentement est obligatoire<sup>868</sup>.

**1024.** Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'un enfant dont les parents n'ont pas consenti son adoption, c'est le conseil de famille qui accorde son consentement avant le placement de l'enfant en vue de son adoption. Lorsque les adoptants acceptent la proposition d'enfant, le tuteur et le conseil de famille s'organisent sur les informations concernant l'enfant qui seront transmis aux adoptants ainsi que sur « *la date de placement en vue d'adoption dans le cas d'une adoption plénière ce qui permet une remise effective de l'enfant aux futurs adoptants, ou la date à laquelle la pupille sera confiée aux futurs adoptants dans le cas d'une adoption simple* »<sup>869</sup>.

**1025.** Suite à ces démarches, l'instauration du lien de filiation entre l'enfant et l'adoptant résulte d'un jugement du tribunal de grande instance, qui à son tour avant de rendre son jugement vérifie dans un délai de six mois toutes les conditions légales de l'adoption prévues par la loi, ces conditions sont liées principalement à la condition d'âge pour

---

<sup>866</sup> Protection de l'enfant : Les nouvelles dispositions issues de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, Observatoire national de la protection de l'enfance. Disponible sur : <https://onpe.gouv.fr/loi-2016>.

<sup>867</sup> Corine RENAUT-BRAHINSKY, Droit de la famille, éd, Gualino, coll Mementos, 6<sup>ème</sup> éd, 2006.

<sup>868</sup> Articles 345 et 360 du Code civil.

<sup>869</sup> Article R.224-15 du Code de l'action sociale et des familles.

l'adopté, l'âge de l'adoptant et la durée du mariage du couple qui doit être au minimum de deux ans, les conditions de consentements liées à l'adoption, la titularité de l'agrément en vue d'adoption ou encore la vérification du cadre familial qui accueillera l'enfant notamment lorsqu'il s'agit d'une famille où il y a d'autres descendants.

**1026** De plus, le tribunal effectue une vérification de la conformité de l'intérêt de l'enfant à cette adoption. Les deux formes d'adoption créent des droits et des devoirs réciproques entre l'adopté et l'adoptant afin de cerner l'intérêt de l'enfant et de permettre la concrétisation de nombreux principes tels que la sécurité et la protection de l'enfant contre tout abus. En effet, ces conséquences connaissent néanmoins une différenciation entre l'adoption plénière qui permet à l'enfant de prendre le nom de l'adoptant et d'acquérir automatiquement la nationalité française lorsqu'au moins un des parents est français.

Dans ce cas, l'adopté est héritier réservataire des parents et de leurs ascendants, il bénéficie du même régime fiscal que les enfants biologiques de l'adoptant. Quant à l'adoption simple, elle permet d'adjoindre le nom de l'adoptant à celui de l'adopté, qui peut faire la demande d'acquérir la nationalité française par déclaration ; l'adopté est héritier réservataire des adoptants mais également de sa famille d'origine et il bénéficie du même régime fiscal que les enfants biologiques (*s'il est mineur au moment du décès de l'adoptant ou au moment de la donation consentie par l'adoptant au moins cinq ans ; s'il est majeur au moment du décès de l'adoptant ou au moment de la donation consentie par l'adoptant et que ce dernier l'a élevé pendant au moins cinq ans durant sa minorité et sa majorité*<sup>870</sup>).

**1027.** Par ailleurs, malgré le fait que l'ensemble de cette réglementation puisse paraître évoluée, elle a néanmoins fait l'objet d'un rapport plutôt critique à l'égard de nombreuses dispositions jugées dépassées ou insuffisantes à l'égard de la protection des droits de l'enfant. En effet, le rapport élaboré par Monique LIMON et Corine IMBERT intitulé « Vers une éthique de l'adoption, donner une famille à un enfant » publié en octobre 2019, soulignait de nombreuses limites au niveau du texte adopté et même à la loi adoptée en 2016.

En effet, cette dernière qui est principalement le résultat des deux rapports publiés en 2014<sup>871</sup> qui ont considérablement influencés les dispositions de cette loi jugée comme une révolution législative qui avait pour objectif d'organiser la question de l'adoption afin qu'elle réponde au mieux à l'intérêt de l'enfant à travers le renforcement de l'action publique et d'infléchir les pratiques professionnelles.

**1028.** Cette loi a permis d'apporter des modifications sur trois axes visant la concrétisation de l'intérêt de l'enfant: la réforme de la révocation de l'adoption simple pour consolider cette dernière dans l'intérêt de l'enfant, elle est concernée par l'article 32 modifiant l'article 370 du Code civil en retirant aux parents naturels la possibilité de demander la révocation de l'adoption.

---

<sup>870</sup> Article 786 du Code général des impôts.

<sup>871</sup> Irène THERY, Anne-Marie LEROYER, Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Avril 2014. Sur : [http://www.justice.gouv.fr/include\\_htm/etat\\_des\\_savoirs/eds\\_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf](http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf) et, Adeline GOUTTENOIRE. 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption, aux réalités d'aujourd'hui, Avril 2014. Sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000303.pdf>

L'article 33 qui concerne la restitution de l'enfant à l'un de ses parents lorsqu'il est né sous le secret ou pupille de l'Etat, l'engagement du président du conseil départemental à la mise en place d'un accompagnement médical, psychologique, éducatif et social du parent et de l'enfant pendant une durée de trois ans. Et enfin l'article 34 qui prévoit l'établissement de projet de vie pour les pupilles de l'Etat définis par le tuteur en accord avec le conseil de famille. Le second axe est celui interprété par l'article 34 du texte qui modifie l'article 353 du Code civil et qui vise à établir l'obligation du juge à auditionner l'enfant lorsque ce dernier est capable de discernement.

Puis le dernier consiste à améliorer le statut des enfants recueillis, à travers l'article 40 qui permet la modification complète des dispositions relatives au délaissement parental qui peut être considéré comme tel lorsque les parents n'entretiennent pas avec l'enfant les relations nécessaires à son développement pendant l'année qui précède toute requête puisque ce délaissement peut ouvrir la voie à la déchéance de l'autorité parentale et donc à une possibilité d'adoption ultérieure, un processus rendu possible avec la création de la commission d'évaluation de la situation et du statut des enfants confiés (CESSEC)<sup>872</sup>.

**1029.** Cependant, le rapport dit Limon va souligner quelques limites de la loi 2016 en soulignant les disparités entre les départements en ce qui concerne l'application de la loi notamment en matière *d'accompagnement des familles adoptantes, les conditions d'agrément en vue de l'adoption d'une enfant, l'élaboration du projet de vie, la mise en place des commissions des statuts, la mise en œuvre de la nouvelle procédure de délaissement*. Le rapport va également souligner le manque de formation des acteurs de l'adoption notamment « *la composition des conseils de famille, le besoin d'un bilan d'adoptabilité, le cas particulier de la kafala, le parrainage* ». En outre, le rapport a permis la mise en place de nombreuses recommandations afin d'améliorer l'équilibre entre la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de la famille. En effet, les recommandations de ce rapport ont abouti à une proposition de loi n° 3161 visant à réformer l'adoption qui a été déposée à la présidence de l'assemblée nationale le 30 juin 2020 et dont l'adoption en première lecture a été affirmée le 4 décembre 2020.

Cette proposition de loi s'articule autour de trois axes successifs : *faciliter et sécuriser l'adoption conformément à l'intérêt de l'enfant ; renforcer le statut de pupille de l'Etat et améliorer le fonctionnement des conseils de famille ; apporter plus de précision, de renforcement et d'amélioration du fonctionnement des conseils de famille et enfin améliorer quelques dispositions relatives au statut de l'enfant*<sup>873</sup>.

**1030.** Dans les faits, cette proposition vise d'abord l'ouverture à l'adoption aux couples non mariés (les couples pacés et concubins) afin de répondre à l'évolution de la famille, de réduire la durée de la vie commune exigée à seulement deux ans, l'abaissement de l'âge minimum requis du ou des parents adoptants de 28 à 26 ans, puis une proposition fixant l'âge maximum de 50 ans entre l'adoptant et l'adopté.

---

<sup>872</sup> Monique LIMON, Corine IMBERT, Rapport sur l'adoption « Vers une éthique de l'adoption, donner une famille à un enfant », octobre 2019, p. 20.

<sup>873</sup> Jérémy HOUSSEIER, Proposition de loi visant à réformer l'adoption : la première lecture est achevée, 2 décembre. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/>.

Le texte propose la valorisation et l'assouplissement des règles de l'adoption simple pour les enfants de plus de 15 ans, ainsi que la reformulation de l'article 364 du Code civil dans l'objectif de préciser expressément la conservation des droits des deux filiations (d'origine et adoptif) pour l'adopté. En ce qui concerne l'adoption plénière pour les enfants de plus de 15 ans, le texte favorise les assistants familiaux qui ont accueillis l'enfant et ce, jusqu'à l'âge de 21 ans.

**1031.** Et enfin, pour le renforcement du statut des pupilles de l'Etat qui se manifeste dans l'amélioration du fonctionnement des conseils de famille pour remédier aux dysfonctionnements relevés et dénoncés notamment ceux liés à l'absence de formation de ses membres, et de l'organe chargé de la tutelle de l'Etat avec le représentant de l'Etat dans chaque département.

Il prévoit également le renforcement du droit de l'enfant à l'information dans toutes les décisions qui le concerne notamment celles prises par le tuteur ; l'exclusivité du recueil des pupilles de l'Etat réservé à l'ASE, en réduisant le rôle des organismes autorisés pour l'adoption (OAA) qui conservent un rôle d'accompagnement ou de recherche de famille pour les enfants à besoins spécifiques<sup>874</sup>.

**1032.** L'ensemble de dispositions proposées répondent principalement à une prise en considération plus stricte de l'intérêt de l'enfant, en intégrant expressément l'adoption comme une mesure de protection d'enfance en droit interne notamment le (CASF) conformément au texte de la CIDE et à la convention de la Haye. Ainsi, il semble évident que la recherche de la concrétisation du principe de l'intérêt de l'enfant ne cesse d'inciter l'évolution de l'ensemble des institutions relatives à l'enfant.

**1033.** En droit marocain la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en matière de prise en charge des enfants abandonnés a également abouti à de remarquables réformes visant à améliorer la prise en charge des enfants abandonnés. Toutefois, comme toutes les questions relatives au droit de la famille, ces réformes sont également imprégnées par le caractère religieux qui se manifeste dans de nombreuses dispositions relatives à la prise en charge de ces enfants, puisque le Maroc comme la majorité des pays musulmans a conservé sa spécificité religieuse.

En effet, autre que le choix du placement dans les institutions jusqu'à leur majorité, le législateur marocain interdit les deux forme d'adoption<sup>875</sup> et reconnaît uniquement le recueil légal (*kafala*) tiré du droit musulman comme solution pour ces enfants<sup>876</sup>. L'institution de *la kafala* se présente comme une pratique ou un mécanisme régulateur qui vise à protéger les enfants abandonnés dans les pays musulmans ; elle est considérée comme une alternative et une solution juridique et sociale qui remplace l'adoption dans l'objectif de protéger ces enfants.

Ainsi, dans le cadre de cet 'accueil légal' l'enfant conserve les liens de sa filiation avec ses parents biologiques s'il est issu de filiation connue et doit conserver le nom

---

<sup>874</sup> Réforme de l'adoption. Disponible sur : <https://www.assemblee-nationale.fr/>.

<sup>875</sup> L'article 149 du Code de la famille dispose que : « l'adoption (ATTABANI) est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime ».

<sup>876</sup> Le refus de l'adoption et le recours au recueil légal (*kafala*) en droit musulman est fondé sur deux principes : d'abord celui de la crainte de la transmission du nom car l'enfant doit conserver son nom initial, puis les conséquences telles que celles relatives à l'héritage ou encore aux mariages incestueux.

patronymique qui lui été attribué lors de son enregistrement à l'état civil s'il est issu de filiation inconnue. En pratique, la *kafala* consiste à un engagement de prendre en charge un enfant d'une manière bénévole, à assurer son entretien et son éducation. Elle produit des effets d'une tutelle ou d'une autorité parentale déléguée au *kafil* (le garant) voire même une remise de l'enfant sans aucune transmission de droit.

Cette définition permet donc de comprendre la différence entre l'accueil légal (*kafala*) et le concept de l'adoption sous ses deux formes.

**1034.** La réglementation de ce recueil légal au Maroc a connu depuis l'adoption de la première loi du 9 juin 1984, une évolution à travers les réformes qui l'ont poursuivi notamment par le Dahir du 10 septembre 1993 et désormais la loi n°15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés qui a été promulguée par le Dahir du 13 juin 2002. Ainsi, c'est cette dernière réforme qui constitue aujourd'hui le seul cadre juridique qui régleme cette institution. De plus, entre la loi de 1993 et celle adoptée en 2002, une réelle prise en considération de l'intérêt de l'enfant s'est manifestée afin de permettre une meilleure harmonisation entre les textes internationaux notamment la CIDE et la convention de la Haye du 29 mai 1993 qui reconnaissent l'institution de la *kafala* et le droit interne.

**1035.** En effet, le chantier mené par le législateur marocain en 2002 a permis la révision d'un nombre de dispositions principales en la matière, en accordant plus de précisions et de prises en considération de l'intérêt de l'enfant en prévoyant les cas précis où l'enfant peut être considéré comme abandonné, son statut légal, les causes de la cessation de la *kafala* mais également l'instauration d'un suivi postérieur à l'égard des enfants sous *kafala* qui permet de contrôler la prise en charge de l'enfant qui doit répondre à ses besoins et son bien-être matériel et psychologique.

Nombreuses sont les dispositions introduites dans le texte de 2002 réformant la *kafala*, ces réformes ont concerné des questions fondamentales relative à la désignation, au droit de l'enfant de s'exprimer sur sa prise en charge lorsqu'il est capable de discernement mais également au renforcement de la procédure judiciaire dans l'objectif de préserver au mieux l'intérêt de l'enfant.

**1036.** Dans ce sens, et en ce qui concerne la désignation de l'enfant abandonné, l'article premier de la loi du 13 juin 2002 désigne les enfants concernés par la *kafala* en précisant qu'elle doit concerner tout enfant abandonné âgé de moins de dix-huit ans « *qu'il soit né de parents inconnus ou d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré ; d'orphelin ou ayant des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ; d'enfant ayant des parents dissolus, dévoyés ou de mauvaise conduite, voire déchus de leur autorité parentale* ». Puis dans le second article elle définit la *kafala* comme étant une « prise en charge d'un enfant (...) et de 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 ».

Toutefois, elle précise que « La *kafala* ne donne pas de droit à la filiation ni à la succession ». L'article 12 quant à lui accorde à l'enfant le droit d'intervenir et de donner son avis dans l'une des décisions qui le concerne et dispose que : « *la kafala d'un enfant âgé de plus de douze années grégoriennes est subordonnée à son consentement personnel* » une orientation très proche du droit français en matière d'adoption qui accorde à l'enfant de plus de treize ans capable de discernement de consentir son adoption.

**1037.** De plus, le texte de 2002 intègre une réforme de taille quant à la procédure de la *kafala* en restreignant la large marge d'appréciation qui été accordée à l'autorité administrative, qui d'ailleurs conservait un rôle principal en matière du choix des candidats à la *kafala* sans aucune enquête anticipée ni un suivi postérieur à la prise en charge de l'enfant. Désormais, c'est l'autorité judiciaire qui conserve la compétence exclusive de l'ensemble de la procédure partant de la désignation de l'enfant qui peut faire l'objet d'une *kafala*, au choix de la famille d'accueil et du suivi du bon exercice de la mesure.

**1038.** C'est dans ce sens que l'adoption de la procédure judiciaire prévoit actuellement un revirement en faveur de l'intérêt de l'enfant qui se manifeste dans la procédure de *kafala*. En effet, la procédure judiciaire débute avec la déclaration de l'enfant comme abandonné. Ce dernier est déclaré comme abandonné suite à une enquête menée par le procureur du Roi qui saisit le tribunal de la famille du lieu de résidence de l'enfant sollicitant un déclaration d'abandon après avoir entamer toutes les mesures d'urgence qui doivent être prises selon la situation de l'enfant dont, l'inscription à l'état civil et le placement provisoire de l'enfant dans un établissement spécialisé adapté à son âge et à sa situation<sup>877</sup>.

**1039.** Suite au constat d'abandon par jugement exécutoire par provision, le juge des tutelles et des mineurs statue sur la demande de la *kafala*. Pendant cette période et avant le jugement définitif, le dossier de l'enfant fait l'objet d'une large publicité pendant au moins trois mois afin de permettre aux parents biologiques de se manifester et de réclamer la restitution de l'enfant qui fait l'objet du jugement. Ainsi, lorsque le jugement d'abandon est définitif et de plein droit, le procureur du Roi place l'enfant provisoirement soit dans un établissement spécialisé, soit dans une association ou dans une famille d'accueil provisoire<sup>878</sup> jusqu'à que la décision de sa prise en charge soit prise et que le choix de la famille d'accueil définitive soit pris en leur accordant le statut du tuteur datif<sup>879</sup>.

---

<sup>877</sup> Articles 4 et 5 de la loi sur *Kafala* des enfants abandonnés.

<sup>878</sup> L'article 232 du Code de la famille dispose que : « dans le cas où un mineur est placé sous protection effective d'une personne ou d'une institution, ladite personne ou institution est considérée comme son représentant légal en ce qui concerne ses affaires personnelles, en attendant que le juge lui désigne un tuteur datif ».

**1040.** En effet, ce choix de la famille d'accueil est devenu aujourd'hui plus encadré par la loi de 2002 qui expose d'une manière explicite les critères que doit remplir l'accueillant de l'enfant. Ils sont catégorisés entre la situation sociale, économique et morale du Kafil. Ainsi, les conditions d'attribution de l'enfant au Kafil sont régies par l'article 9 de cette loi, qui autorise la prise en charge de l'enfant abandonné soit par une personne physique comme un couple marié ou une femme célibataire, ou une personne morale qui peut être un organisme public ou privé.

En ce qui concerne les personnes morales, l'article 9 al-3 désigne les organismes publics spécialisés en matière de protection d'enfance ou des associations à caractère social reconnus d'utilité publique qui disposent suffisamment de ressources et de moyens matériels ainsi que du personnel compétent permettant d'accueillir l'enfant en respectant son bien-être.

**1041.** Pour les couples, la réforme désigne en premier lieu le critère de la religion. En effet, ils doivent être tous les deux majeurs appartenant à la confession musulmane. De plus, ils doivent être aptes moralement en n'ayant jamais fait l'objet d'un contentieux au tribunal, ou commis une infraction portant atteinte à la morale afin qu'ils puissent garantir un bien-être moral et psychologique à l'enfant.

Puis socialement et matériellement, ils doivent être en bonne santé pour assurer la prise en charge de l'enfant, avoir suffisamment les moyens pour assumer le bien-être matériel de l'enfant et répondre à ses besoins. Ainsi, certaines dispositions adoptées par la loi de 2002 ont apporté un assouplissement aux règles de la prise en charge de l'enfant afin de faciliter le placement de l'enfant dans une famille d'accueil. Cet assouplissement se manifeste dans certaines mesures telles que la suppression de la condition de la durée du mariage qui sous le règne de l'ancien texte était fixée à trois ans de mariage pour le couple, la suppression de la condition de la nationalité marocaine pour le couple et enfin la suppression de la condition de résidence permanente sur le territoire marocain pour les couples d'étrangers qui souhaitent qu'une *kafala* leur soit attribuée.

**1042.** Cependant, cet assouplissement a fait l'objet de certaines contradictions au niveau de l'application. En effet, si certaines décisions qui ont suivi l'adoption de la loi n°15-01 relative à la prise en charge (*kafala*) ont conforté le choix du législateur en attribuant la *kafala* à des étrangers en écartant le critère de la nationalité et de la résidence tel que le jugement rendu par le tribunal de première instance de Marrakech du 16 juin 2006 qui a attribué la *kafala* d'un enfant abandonné à un couple dont le mari est de nationalité espagnole et qui réside en Espagne<sup>880</sup>.

**1043.** Cependant, d'autres voies s'élevaient pour interdire cette possibilité en la jugeant contraire à l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où le refus de la réception de la *kafala* telle qu'elle est établie au Maroc et l'absence de contrôle du suivi de l'enfant représentent des éléments contraires aux dispositions de la loi n°15-01 et en l'occurrence la protection de son intérêt au niveau de la protection de son origine, de son identité personnelle, de sa nationalité et par conséquent de son appartenance tel qu'établi dans le statut personnel marocain.

---

<sup>880</sup> Tribunal de première instance de Marrakech,

**1044.** Cette orientation va être consolidée par la circulaire n°40 S/2 du 19 septembre 2012 et destinée à l'ensemble des procureurs des TPI et aux procureurs généraux près des cours d'appels du pays, qui va demander à ces derniers de « mener une enquête à l'égard des demandeurs de la kafala étrangers afin de vérifier que leur résidence habituelle soit sur le territoire marocain et de transmettre la requête aux juges des mineurs afin que ces derniers refusent l'attribution de la kafala aux étrangers non-résidents au Maroc »<sup>881</sup> en précisant également que « l'attribution de la kafala doit protéger l'intérêt supérieur de l'enfant marocain, la préservation de cet intérêt dans le cadre qui est souligné dans la loi 15-01 qui respecte l'esprit et la philosophie du régime de la kafala des enfants abandonnés, que la kafala ne soit accordée qu'aux demandeurs qui résident habituellement sur le territoire marocain »<sup>882</sup>.

**1045.** Par ailleurs, la remise en cause de l'attribution de la kafala aux étrangers et aux résidents à l'étranger a suscité une autre problématique qui est celle de savoir si les personnes de nationalité marocaine résidentes à l'étranger, étaient concernées par cette décision. Pour répondre à cette problématique, le ministre de la justice *RAMED* avait apporté une réponse claire dans une lettre destinée aux parquets généraux en précisant que les étrangers visés par la circulaire n°40/S2 sont, les personnes ne disposant pas de la nationalité marocaine, celles qui n'ont aucune nationalité connue (apatride) ou bien celles dont la nationalité n'a pas pu être déterminée, en précisant que les marocains résidents à l'étranger peuvent être contrôlés dans le cadre d'une attribution de kafala et les enfants peuvent toujours faire l'objet d'un suivi<sup>883</sup>.

De plus, l'une des nouvelles dispositions adoptées par le texte et saluée par les militants des droits des femmes est celle de l'inscription de la possibilité offerte aux femmes célibataires de recueillir un enfant, tout en respectant les conditions émises par l'article 9 notamment qu'elle soit musulmane, apte moralement et matériellement et qu'elle soit de nationalité marocaine.

**1046.** Dans toutes ces situations, la force de la loi 15-01 par rapport à l'ancien texte de 1993, est l'intégration de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à travers la mise en place d'un mécanisme et d'une procédure protectrice à l'égard de l'enfant. Cette procédure se manifeste principalement dans le renforcement du contrôle judiciaire qui exige d'abord le contrôle des conditions prévues dans l'article 9, ensuite l'ouverture d'enquête qui vise le demandeur, menée par un comité composé d'un représentant du ministère public, d'un représentant des autorités religieuses, d'un représentant de

---

<sup>881</sup> Il est à noter que cette question a connu une exception d'un accord émis entre le gouvernement marocain et son homologue espagnol. En effet, ce dernier s'est engagé d'une part de ne pas convertir les kafalas en adoption et d'assurer le suivi des enfants pris en charge sur le territoire espagnol. In : Nuria MARCHAL ESCALONA, Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol, *Revue critique de droit international privé*, 2015/1, n° 1 p. 90 et s.

Il importe également de souligner que cette circulaire ne concernait pas la kafala dite « intrafamiliale/notariale » qui permet au parent biologique de confier son enfant à une personne de sa famille ou une autre n'appartenant pas à la famille afin que cette dernière soit le kafil de l'enfant, et qui s'agit d'un acte privé entre le parent et le kafil.

<sup>882</sup> La précision de la nationalité de l'enfant renvoie également à la spécificité de son intérêt qui doit être respecté dans le cadre de la loi marocaine.

Dans ce sens voir : la circulaire N°15-01, disponible sur : <https://www.kafala.fr/circulaire>.

<sup>883</sup> Dans ce sens le Ministre de la justice et des libertés Mustapha RAMADA s'était également exprimé sur la question de l'attribution de la kafala aux étrangers devant la commission de la justice, de la législation et des droits de l'homme en considérant que la protection des droits de l'enfant marocain exige de ne pas accordé la kafala aux demandeurs étrangers.

l'autorité ainsi que d'un représentant spécialisé en protection de l'enfance<sup>884</sup>. Et c'est en se basant sur cette enquête que le pouvoir d'appréciation de l'intérêt de l'enfant permet soit d'accepter soit de refuser la *kafala* de l'enfant.

Toutefois, lorsque l'enfant est accordé à une famille d'accueil la décision de son attribution n'est pas définitive, et tous les recours que ce soit en appel ou en cassation sont acceptés et réglés selon les dispositions de l'article 17 de la même loi.

**1047.** Le texte exige également un suivi postérieur de l'enfant pris en *kafala* jusqu'à la majorité de l'enfant par le juge des tutelles ; ce dernier confie au parquet, au service social et ses assistantes ou encore à une commission d'enquête spéciale, le suivi de la situation de l'enfant et son développement ainsi que le contrôle du respect du *kafil* de toutes ses obligations.

C'est en effet, cette disposition qui crée problème face à l'attribution de la *kafala* aux étrangers, puisque ce contrôle ne peut pas être assuré lorsque le pays de la personne étrangère qui accueille enfants ne reconnaît pas l'institution de la *kafala*, sauf lorsqu'il y a un accord bilatéral entre le Maroc et le pays de l'accueillant tel qu'est le cas de l'Espagne.

**1048.** La réforme de la loi sur la *kafala* a été adoptée dans l'objectif de moderniser les règles relatives à cette institution ; elle a en effet fait de la prise en charge de l'enfant abandonné une priorité en accordant plus de souplesse aux règles tout en étant contrôlé. En revanche, malgré le fait que cette loi soit plus évoluée que celle qui la précédait, son application n'a pas permis la prise en charge d'un grand nombre d'enfants privés de leur milieu familial qui a atteint selon le parquet 2009 enfants abandonnés soit 5.5 enfants par jour en 2018. Face à cette urgence, de nombreuses voix se sont élevées notamment lors « d'une journée d'étude sur la promotion de la *kafala* » qui été organisée le 25 février 2021 en présence de la ministre de la solidarité du développement social, de l'égalité et de la famille Jamila El-MOUSSALI pour plaider en faveur d'une nouvelle réforme de la loi relative à la *kafala* dans l'objectif de faciliter les procédures et pour réaffirmer que l'intérêt de chaque enfant est d'être dans une famille.

Une vision qui a été également affirmée par le ministre d'Etat chargé des droits de l'Homme et des relations avec le parlement M. Mustapha RAMEL<sup>885</sup>, qui lors de son intervention a souligné « *qu'il est temps de réviser la loi 15-01 relative à la kafala des enfants abandonnés, malgré que cette dernière avait déjà marqué une évolution importante en la matière, le système doit être amélioré et consolidé en faveur d'une meilleure prise en charge de l'enfant* ».

**1049.** En effet, cet appel à l'assouplissement des règles qui vise à faciliter les procédures et à impliquer toutes les parties concernées afin de garantir au mieux l'intérêt de l'enfant a été également rappelé par Madame Giovanna BARBERIS, qui estime que malgré la reconnaissance du système de la *kafala* par le droit international, son application et ses règles ne sont pas en conformité avec les principes des conventions internationales relatives aux droits de l'enfant<sup>886</sup>.

<sup>884</sup> La constitution de ce comité est prévue dans la circulaire du 7 juin 2004.

<sup>885</sup> Il est à souligner que M. Mustapha RAMEL est l'ancien ministre de la justice et des libertés, qui est actuellement remplacé par M. Mohamed BEN ABDELKADER.

<sup>886</sup> Kafala : Appel à activer les lois et faciliter les procédures, Média 24. Disponible sur : [www.media24.com](http://www.media24.com).

Cet appel, reflète d'abord l'urgence de la situation des enfants abandonnés mais également à l'évolution juridique que connaissent toutes les branches de droit qui concernent l'enfant. Une prise en compte qui exige un courage et une volonté politique sérieuse qui ose mettre la limite au critère religieux et de favoriser l'intérêt de l'enfant et son bien-être au détriment de toute spécificité juridique.

Cette dernière devient aujourd'hui l'argument de défense de tous les systèmes juridiques qui refusent d'intégrer toute règle permettant de heurter un traditionalisme juridique privant donc la concrétisation de l'intérêt de l'enfant en matière de filiation. Cette position ne se limite pas uniquement à la question des enfants abandonnés mais s'élargit et se confronte également avec les nouvelles formes de filiation créées par l'évolution et le développement de la science, où le statut juridique de l'enfant et l'établissement de sa filiation deviennent également le déclencheur d'une remise en cause de l'intérêt supérieur de l'enfant.

### **Section 3: L'intérêt de l'enfant confronté à de nouvelles formes de filiation.**

**1050.** La spécificité des systèmes juridiques représente une des barrières principales à la reconnaissance d'une universalité de certains principes fondamentaux adoptés par les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme dont celles de la CIDE. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant est l'un des principes dont la difficulté de sa concrétisation s'avère assez complexe dans la mesure où son universalité qui exige son application à tous les enfants du monde, où qu'ils vivent, qui qu'ils soient et indépendamment de leur statut ou de toute caractéristique particulière.

**1051.** De plus, l'application de tout principe universel exige également la liaison étroite avec d'autres principes fondamentaux qui participent d'une manière directe à la concrétisation de ce principe. Ainsi est le cas de l'intérêt de l'enfant dont la concrétisation est liée à la garantie d'autres droits qui permettent l'établissement du statut juridique de l'enfant. Ce dernier qui se définit selon Madame DEKEUWER-DÉFOSSEZ « *sous deux angles différents : d'abord savoir s'il est considéré comme une personne juridique ; ensuite, déterminer l'étendue de sa capacité juridique* »<sup>887</sup>. En effet, la personnalité juridique permet à une personne d'être titulaire des droits et des obligations, malgré le fait qu'il soit difficile d'adopter une seule thèse en matière du début de cette personnalité juridique<sup>888</sup>. Une fois attribuée, elle lui garantit un ensemble d'attributs qui permet son identification à travers l'attribution de filiation, de nom, de nationalité...etc.

---

<sup>887</sup> Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Les droits de l'enfant, Que sais-je ?, éd. Presse Universitaire de France, 2018, p. 9.

<sup>888</sup> La question du début de la personnalité juridique permet l'adoption de deux théories ; d'abord celle qui avance que l'enfant acquiert sa personnalité juridique dès sa conception, puisqu'il va être considéré comme né à partir de ce moment. Puis, la seconde théorie qui considère que l'enfant qui n'est pas encore né est considéré uniquement comme une partie du corps de la mère. Cependant, en droit français de nombreux auteurs considèrent que ces deux théories ne sont pas contradictoires dans la mesure où elles permettent d'établir une seule théorie qui considère que l'enfant conçu n'est pas considéré comme une personne mais qu'il acquiert dès sa conception une personnalité potentielle ou conditionnelle. Ainsi, l'absence de la personnalité juridique de l'enfant conçu, est principalement le résultat de l'indissociation de l'enfant du corps de la mère et donc son insuffisance de mener une vie indépendamment. Par ailleurs, les droits qui sont accordés à cet enfant conçu ne peuvent être effectifs qu'à partir de la naissance de l'enfant 'Vivant et viable'.

Il importe de souligner que la théorie adoptée par le droit marocain est différente, puisqu'elle est fondée sur la conception musulmane qui attribue à l'enfant conçu une personnalité juridique d'abord en interdisant l'avortement

**1052.**La concrétisation de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant à travers son statut juridique exige d'abord la protection des droits 'potentiels ou conditionnels' que l'enfant acquiert avant sa naissance et de ses droits qui lui sont attribués dès sa naissance. Toutefois, la question du statut juridique de l'enfant et la protection de son intérêt s'est retrouvée face à une transformation consécutive du lien familial qui a influencé d'une manière directe la prise en considération de cet intérêt.

En effet, ce dernier a subi les conséquences de la transformation consécutive du lien de la famille, qui a été pendant le XX<sup>ème</sup> siècle le théâtre d'un ensemble de mutations juridiques dans la constitution des nouvelles approches du lien du mariage et de la famille d'une manière générale. Cette transformation intègre différents niveaux, d'abord celui du passage du mariage comme la seule institution juridique fondatrice de la filiation et de la famille à l'éclatement de ce lien traditionnel et à engendrer la coexistence<sup>889</sup>. Et en l'occurrence la transformation de la constitution du modèle du couple lui-même qui n'est plus fondée sur la décision commune d'engagement pour une durée que les deux partenaires ignorent mais qui a adopté également une sorte de modernité en offrant à cette union un nouveau modèle du couple qui préserve les individualités de ses membres sans pour autant remettre en question son caractère symbolique<sup>890</sup>.

Cette transformation a permis le développement de la volonté humaine de vouloir tout contrôler notamment les rapports humains, en adoptant de nouveaux modes de relations mais également de filiation. Une réalité que Monsieur Bethery DE LA BROSSE décrit comme « *la volonté de l'Homme du XXI<sup>e</sup> siècle de refuser la réalité, il veut pouvoir mettre dans les termes -dans ce terme somme toute assez simple de mariage seulement ce qu'il désire. Ainsi, 'tout duo se veut mariage', c'est 'le mariage pour tous (concupins, homosexuels)* »<sup>891</sup> et donc dans un avenir proche, la filiation pour Tous, en ayant recours au progrès scientifique. En effet, comme nous l'avons déjà précisé, le progrès scientifique a permis d'une manière directe à influencer le droit de la famille dans son ensemble et celui de la filiation en particulier, qui souffre aujourd'hui d'une difficulté à s'adapter avec la réalité sociale qu'il doit régir.

**1053.** Ainsi, si le législateur français a veillé pendant des décennies à protéger et garantir la construction juridique fidèle au modèle de filiation traditionnelle, c'est-à-dire le modèle de la procréation biologique, il est aujourd'hui confronté à de nouvelles formes de possibilité de filiation. Une situation accentuée par l'adoption de la loi du 13 mai 2013 qui affirme la possibilité de rompre avec le modèle classique fondé sur la parenté biologique et la sexualité du couple.

---

(l'autorisant sous quelques conditions), puisque l'islam considère que la vie humaine commence à partir du 120<sup>ème</sup> jour en soulignant le passage de *Nutfâ* (goute de sperme), au *Alaqâ* (Caillot de sang) au *Mudqha* (Morceau de chair), cette dernière étape permet en effet de confirmer que l'âme lui a été insufflée par Dieu.

<sup>889</sup> Abba KOUMDADJI, Islam et parenté, in Revue internationale de droit comparé. Vol. 69 n°2, 2017, p. 308.

<sup>890</sup> Gérard NEYRAND, La conjugalité contemporaine, une nouvelle façon de penser le lien, Enfance familles générations (Online) 25, 2016. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/efg/1204>.

<sup>891</sup> Arnould BETHERY DE LA BROSSE, Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI<sup>ème</sup>-XXI<sup>ème</sup> siècles), Paris, LGDJ, 2011, n° 564, p.376.

Cependant, la possibilité offerte par la science à l'existence d'abord d'une filiation qui dissocie la sexualité et la procréation telles que la PMA<sup>892</sup>, pose la question du statut juridique qu'acquiert l'enfant né de ces pratiques notamment celles interdites dans un système juridique.

**1054.** En droit marocain, la conservation du modèle familial traditionnel et unique fondé uniquement sur le mariage a permis de limiter les dissociations faites entre la sexualité et la procréation ou encore la procréation et la filiation. Ainsi, malgré que l'influence du progrès scientifique en matière de filiation se soit avérée évidente mais limitée, elle a néanmoins contraint le législateur à apporter une réponse législative à l'égard de la PMA et de sa pratique dans le pays. En effet, comme nous l'avons précisé précédemment, la pratique de la PMA connaissait un vide juridique qui permettait aux praticiens un exercice réglementé uniquement par la conscience des médecins et de leur déontologie. Cependant, depuis 2019 une nouvelle phase de prise de conscience de ce progrès a vu le jour à travers le Dahir n°1-19-50<sup>893</sup> portant promulgation de la loi n°47-14 relative à l'assistance médicale à la procréation.

**1055.** Cette loi qui se veut historique puisqu'elle représente le premier cadre juridique qui réglemente la question la PMA au Maroc, définit les principes d'organisation et fixe les conditions d'utilisation et du recours à la PMA dans les établissements de santé exerçant ces pratiques. Toutefois, l'étude de cette loi assez récente permet de soulever ses limites puisqu'elle s'est restreinte à l'encadrement d'une pratique existante sans pour autant se pencher sur la prise en compte de nouvelles pratiques et en restant fidèle à la perception religieuse de chaque pratique scientifique. Ainsi, l'adoption d'une loi assez limitée n'a pas permis l'amélioration de la prise en considération des conséquences de ces pratiques sur le statut juridique de l'enfant né par PMA qui demeure assez flou. C'est la raison pour laquelle de nombreux praticiens manifestent leur souhait d'une nouvelle réforme visant à réglementer au mieux l'accessibilité à la PMA mais également les conséquences de sa pratique.

**1056.** Dans ce contexte la question de protéger l'intérêt de l'enfant peut paraître assez complexe puisqu'elle déclenche d'autres problématiques aussi légitimes que cet intérêt, qui se développent au fur et à mesure avec le développement social et scientifique qui consiste à accorder à l'être humain la possibilité de contrôler. Une situation qui fait élever des voies de revendication d'un droit à l'enfant dans les deux systèmes juridiques. Opposant en France deux courants, d'un côté celui qui défend la famille traditionnelle et ses valeurs considérant qu'un enfant doit être né dans une famille composée d'un homme et d'une femme, et d'un autre côté le courant qui valorise l'accès à la science et aux possibilités offertes au nom du principe de l'égalité également, quel que soit le sexe des parents, proclamant que « le droit à l'enfant doit être accessible »<sup>894</sup>. Quant au droit marocain, la question du droit à l'enfant est encore limitée à quelques pratiques de PMA dont le cadre légal du mariage demeure la condition principale.

---

<sup>892</sup> En ce qui concerne les incidences du détachement entre la sexualité et la procréation ; la dissociation entre la procréation et la filiation, Voir : Jean-Jacques. LEMOULAND, « La filiation déssexuée : nouveau modèle pour la famille de demain ? », in Mélanges en l'honneur du professeur NEIRINCK, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 561-580.

<sup>893</sup> Dahir n°1-19-50 du 4 Rejeb 1440 (11 mars 2019) portant promulgation de la loi n°47-14 relative à l'assistance médicale à la procréation.

<sup>894</sup> Astrid MARAIS, La procréation pour tous ?, coll. Thèmes, commentaires et actes, Dalloz, 2015.

## **Paragraphe 1 : Le statut juridique de l'enfant né par PMA et ses conséquences.**

**1057.** Chaque enfant a droit à un statut juridique<sup>895</sup>, et il ne doit en aucun cas faire l'objet d'un simple projet parental qui le réduit à un élément constituant uniquement un élément de bonheur pour les adultes<sup>896</sup>. Cependant le statut juridique de l'enfant semble être fragile voire parfois inexistant notamment suite à l'évolution scientifique à laquelle il fait face. Ainsi, pour répondre à la question du statut juridique de l'enfant et à l'évolution importante en matière de médecine reproductive, le recours aux méthodes de la PMA ont obligé le législateur marocain de répondre à cette réalité scientifique qui représente aujourd'hui une des différentes formes de filiation afin de garantir à l'enfant son statut juridique. En effet, la nouvelle loi n°47-14 a permis avant tout, une reconnaissance législative de la possibilité de recourir à ces pratiques en imposant un cadre réglementaire. Le silence du législateur marocain avant l'adoption de cette loi ne permettait pas de paralyser le recours à ces pratiques, puisque certaines d'entre elles se pratiquaient en totale absence du cadre juridique que ce soit en ce qui concerne la pratique elle-même ou ses conséquences sur le statut juridique de l'enfant.

### ***A - L'interaction du droit de la filiation classique et les nouvelles formes de filiation.***

**1058.** En droit français nombreuses sont les conséquences de l'intégration progressive du progrès scientifique en matière de filiation. Ainsi, la pratique des méthodes de la PMA a connu une grande évolution depuis l'adoption de la première loi bioéthique en 1994 jusqu'à la dernière réforme de 2021. En effet, tout au long des processus de développement de ces lois bioéthiques, les débats sont restés les mêmes dans le fond, puisqu'ils intègrent la discussion sur les mêmes principes qui divisent deux camps ; d'abord ceux qui sont pour et encouragent l'adoption et le développement de nouvelles pratiques de la PMA et ceux qui sont contre ce développement en revendiquant leurs modalités ainsi que leurs conséquences à court et à long terme que ce soit sur l'ensemble de la société, de la famille et plus précisément des enfants. Ces deux camps ont été témoins du progrès scientifique en matière de procréation qui a permis le passage d'un nombre de pratiques médicales représentant un remède à l'infertilité d'un couple à 'une conception plus libérale' de la procréation ouverte à toute personne souhaitant avoir des enfants<sup>897</sup>. En effet, cette perception établie pousse d'une manière systématique à s'interroger sur « le droit à l'enfant », cette notion qui n'existe pas à la base mais qui a été créée suite à la création des moyens biologiques de reproduction qui accordent à l'être humain le droit au libre accès et au contrôle sur les techniques offertes par l'évolution scientifique qu'elles soient régulées dans le pays ou non, puisqu'elles sont également favorisées par la mondialisation.

---

<sup>895</sup> Le droit à l'enfant, et la filiation en France et dans le monde, LexisNexis, mars 2018.

<sup>896</sup> Clotilde BRUNETTI-PONS, Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde. Présentation de la recherche, in PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?, Actes du colloque organisé le 18 mai 2018 au conseil supérieur du notariat par le CEJESCO, éd. mare & martin, 2018, p. 24 et s.

<sup>897</sup> Catherine LABRUSSE-RIOU, « Le droit à l'enfant » et la filiation propos introductifs, in PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?, *op. cit.*, p. 31.

De plus, cette notion du ‘droit à l’enfant’ porte en elle-même une atteinte au droit de la filiation puisqu’elle aboutit dans certains cas à la perte du droit de l’enfant à rechercher sa filiation que ce soit d’une manière totale ou partielle.

**1059.** Le législateur français avait fait le choix depuis la loi de 1994 d’abord d’autoriser les techniques de PMA pour les couples hétérosexuels, mariés ou non qui rencontrent des difficultés de procréer que ce soit suite à une infertilité ou encore en cas de maladies transmissibles entre partenaires. Autrement dit sur caractère pathologique. Ces pratiques autorisées peuvent être soit endogènes c’est-à-dire avec les gamètes du couple soit exogènes en ayant recours à un tiers donneur de gamètes ; dans ce cas, il devient alors nécessaire de recueillir le consentement du couple sur l’ensemble des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

**1060.** En outre, depuis l’adoption de la première loi passant par la réforme de 2011 de la loi bioéthique, le législateur français a adopté une logique d’équilibre « *entre l’affirmation de règles éthiques visant à garantir le respect de la personne et la nécessité de ne pas faire obstacle aux progrès scientifiques susceptibles de faire reculer la maladie et la souffrance* »<sup>898</sup>. Toutefois, le sens profond de l’équilibre adopté par le législateur en matière de recours à la PMA a provoqué l’interaction de deux champs de droits qui doivent être protégés ; d’abord ceux relatifs au droit au respect de la vie privée et familiale à travers lequel les parents peuvent protéger leur projet parental et celui de la protection de l’intérêt de l’enfant qui intègre un ensemble de droits notamment ceux relatifs à sa filiation tels que le droit de connaître ses origines ou celui de garantir son bien-être psychologique.

De plus, l’influence des textes internationaux et européens participe d’une manière directe à affirmer d’abord le projet parental qui se base sur l’article 8 de la CEDH qui dispose que : « *toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale de son domicile et de sa correspondance* ». Ainsi, c’est en se référant à cette disposition que la Cour européenne a privilégié une approche civiliste au profit du droit au couple d’avoir recours à la PMA, en considérant que les restrictions d’accès à la PMA qu’un Etat peut mettre en place peuvent être considérées comme une violation de l’article 8 de la CEDH. En effet, quelques arrêts ont été rendus par la Cour européenne dans lesquels la Cour européenne reconnaît la protection du projet parental notamment l’arrêt Dickson<sup>899</sup> contre le Royaume-Uni. En l’espèce, une épouse d’un détenu souhaitait être inséminée artificiellement afin de concrétiser leur projet de devenir parents, suite au refus reçu par la justice britannique, la Cour européenne a jugé ce refus contraire à l’application de l’article 8 de la CEDH consacrant au couple le droit de devenir parents.

Dans un autre arrêt Knecht<sup>900</sup> contre la Roumanie en 2012, la Cour européenne réaffirme la même perception qui consiste à garantir le droit de mener une vie familiale, puisque la Cour avait estimé que le fait de refuser à une femme de transférer ses embryons qu’elle avait déposés dans une clinique privée la privait de la possibilité de devenir mère par

---

<sup>898</sup> Hélène GAUMONT-PRAT, les enjeux éthiques et juridiques de l’évolution de l’assistance médicale à la procréation, *in* : Mots de science, Mélanges en l’honneur de Nicole M. Le DOUARIN, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 41.

<sup>899</sup> CEDH, 4 décembre 2007, Dickson contre le Royaume-Uni, n°44362/02. Disponible sur : [https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE\\_2012/AFFAIRE\\_DICKSON\\_c\\_ROYAUME-UNI.pdf](https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2012/AFFAIRE_DICKSON_c_ROYAUME-UNI.pdf).

<sup>900</sup> Knecht c Roumanie, n°10048/10 du 02 octobre 2012.

fécondation in vitro. Toutefois, cette protection du projet parental qui reflète l'accès à l'enfant par PMA n'expose pas de problème lorsque les gamètes appartiennent au couple, mais c'est plutôt lorsqu'il y a recours du couple à un tiers donneur de gamètes. En effet, le maintien de l'anonymat des gamètes pousse une partie de la doctrine à s'interroger sur la légitimité des dons anonymes<sup>901</sup>. Toutefois, cette position exige 'une grande prudence' puisqu'elle concerne des enjeux de taille pour l'ensemble des personnes participant à la procréation de l'enfant. En effet, l'une des situations les plus complexes est celle relative à la volonté de l'enfant de connaître son parent biologique.

**1061.** C'est dans ce sens que la loi du 2 Août 2021 relative à la bioéthique bouleverse la question de l'anonymat et du droit de l'enfant de connaître ses origines, puisqu'il adopte dans sa version votée en deuxième lecture, le droit de l'enfant né par PMA de connaître son ou ses géniteurs à partir de sa majorité, en ayant accès à des informations identifiées ou non identifiées du donneur<sup>902</sup>, elle permet également une avancée dans la mesure où elle permettra même aux enfants nés en PMA d'un tiers donneur avant la promulgation de cette loi d'avoir recours aux informations. En effet, la nouvelle proposition de la loi bioéthique exige la modification d'un nombre de dispositions qui permettront à tout enfant conçu par PMA avec un tiers donneur d'accéder à partir de sa majorité à certaines informations voire l'identité du donneur.

Cette possibilité exige le consentement du donneur, puisque ce dernier se trouve devant l'obligation d'accorder son consentement avant même de procéder au don. Ces informations sont principalement relatives à : l'âge du donneur, son état de santé, ses caractéristiques physiques, ses origines et son pays de naissance, sa situation familiale et professionnelle et enfin la motivation de son don. Ainsi, les données relatives aux informations du donneur sont conservées par l'agence de la biomédecine qui garantit la sécurité, l'intégrité et la confidentialité en respectant des délais de conservation qui permettent leur usage et qui ne soit pas inférieur à quatre-vingts ans. La durée de ces années permet en effet à l'enfant de recourir aux informations relatives à son donneur en sollicitant la commission d'accès aux données de non-identification ou d'identification de l'enfant qui est instaurée auprès du ministère de la santé.

**1062.** Ainsi, cette possibilité d'accès aux informations non identifiées et à l'identité du donneur permettra ainsi de modifier un article fondateur de l'anonymat du donneur qui est l'article 16-8 en y rajoutant « *le principe d'anonymat du don ne fait pas obstacle à l'accès de l'enfant majeur né d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, sur sa demande, à des données non identifiées ou à l'identité de ce tiers donneur, dans les conditions prévues par la loi...* » et enfin d'une dépenalisation de cet accès qui doit être précisé dans l'article 511-10 du Code pénal auquel il faudra préciser l'exception des conditions d'accès aux informations identifiées ou à l'identité prévus par l'article 16-8 du Code civil.

---

<sup>901</sup> La levée de l'anonymat pour les donneurs, est l'une des dispositions prévues par le projet de la loi bioéthique qui est voté en deuxième lecture à l'assemblée nationale début Août 2020. En effet, cette proposition consiste à obliger le donneur de spermatozoïdes ou d'ovocytes d'accorder son accord à la transmission de quelques données (non identifiées) à l'enfant à partir de ses dix-huit ans si ce dernier le souhaite.

<sup>902</sup> Il est à souligner que la France est l'un des rares pays adoptant le principe de l'anonymat du donneur à travers l'article 16-8 du Code civil qui garantit la non divulgation de toute information qui permet d'identifier le donneur ou le receveur.

**1063.** Le progrès souhaité par la loi bioéthique par rapport à la levée d'anonymat des dons de spermatozoïdes et d'ovocytes vient rejoindre d'abord une évolution marquée dans la majorité des pays voisins du pays qui ont permis aux enfants nés par don (de spermatozoïdes, d'ovocytes, d'embryons) d'avoir accès à l'identité des donneurs tel que la Suède<sup>903</sup>, la Belgique<sup>904</sup>, la Suisse ou encore les Pays-Bas<sup>905</sup> et le Royaume-Uni<sup>906</sup>. Toutefois, cette évolution ne vient pas uniquement rejoindre ce courant évolutif qui se développe dans les pays d'Europe mais il est également le résultat d'une évolution philosophique de l'approche bioéthique qui intègre l'élément social et culturel en matière de la PMA dans son ensemble.

**1064.** Cette transformation se manifeste sous trois angles différents. Tout d'abord à travers l'approche bioéthique du don de spermatozoïdes et d'ovocytes qui était identique à celle du don de sang c'est-à-dire l'adoption de l'anonymat du donneur et du receveur. Cependant, la question de la levée de l'anonymat du don de spermatozoïdes et d'ovocytes en matière de PMA remet en question ce principe dans la mesure où elle dépasse la simple implication du donneur et du receveur qui a souvent pour objectif de 'soigner une pathologie', en intégrant une troisième partie qui est l'enfant né suite à ce don. L'approche du rejet de l'anonymat fonde son principe sur le refus d'une catégorisation des enfants (enfants connaissant leurs origines et d'autres non) du fait de l'accès à une partie ou l'ensemble de leurs origines.

**1065.** Autrement dit, permettre à ces enfants d'acquiescer un des droits fondamentaux qui permet de garantir un équilibre et un bien-être psychologique fondamental fondé sur une transparence biologique permettant à l'enfant d'avoir une réponse à une simple question humaine et qui est la suivante : 'qui est mon géniteur ?'<sup>907</sup>.

Dans un second temps, il est question de connaître le nouveau statut de filiation qui peut être attribué au donneur lorsque l'anonymat est levé. En effet, Mme Irène THERY, souligne que malgré la levée d'anonymat du don, le droit adopte une orientation unique dans tous les pays qui ont procédé à cette levée et qui consiste à établir la filiation à l'égard du receveur tout en affirmant l'inexistence des conséquences du don à l'égard du donneur. L'auteur souligne que la levée d'anonymat permet de distinguer deux statuts un ancien et un nouveau qui doivent être redéfinis selon le nouveau principe de levée d'anonymat. En effet, le nouveau statut qui concerne le donneur ne permettra sûrement pas d'engendrer les conséquences de filiation (les droits et devoirs) à l'égard du donneur mais consistera à instaurer une certaine compréhension du donneur de l'envergure de la

---

<sup>903</sup> La Suède est le premier pays à avoir autorisé la levée d'anonymat pour les dons de sperme en 1984 et d'ovocytes en 2003.

<sup>904</sup> La Belgique a adopté en 2007 une nouvelle loi permettant la distinction entre le don de gamètes et celui d'embryons ; en effet, elle conserve l'anonymat pour l'embryon et autorise la levée d'anonymat pour les gamètes lorsqu'il est question d'un accord établi entre le donneur et le receveur.

<sup>905</sup> Aux Pays-Bas, l'anonymat des dons est levé par la loi adoptée en 2004.

<sup>906</sup> Le Royaume-Uni a levé l'anonymat du don en 2005 ; cependant, la loi adoptée ne permet pas aux enfants nés avant cette date d'avoir accès aux informations ou à l'identité du donneur sauf si ce dernier décide de lever l'anonymat sur son identité lui-même.

<sup>907</sup> Irène THERY, L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment éthique ? La revue des droits de l'Homme, n°3, 2013. Disponible sur : <https://journals.openedition.org/revdh/193?lang=es#citedby>. Dans ce sens voir également : Mohammed Amine BENJELLOUN, Pierre LE COZ, Du don anonyme de gamètes à la fiction de l'identité, *Enfances et psy*, 2013, n° 60.

valeur morale et sociale exceptionnelle qui résulte de son acte ainsi que d'assumer l'objectif principal qui demeure celui d'aider un couple à pouvoir engendrer.

**1066.** En outre, le même auteur pousse encore plus loin la réflexion et souligne que la particularité de la participation du donneur, lui accorde une valeur morale et sociale qui lui permet de défendre son rôle même devant l'enfant s'il lui demande de mettre au clair les raisons de son acte. Ainsi, ce point de vue permettra de soulever un autre débat qui remet en question l'établissement de la valeur de l'acte du donneur entre un acte responsable et favorable à un acte immorale ou inhumain qui peut même rendre le donneur lui-même où l'enfant né ou à naître de ce don comme marchandises<sup>908</sup>. Face à ce statut, celui du parent par filiation se trouve renforcé par la loi suite à la levée d'anonymat puisqu'il lui procure et lui garantit les droits et les devoirs de la filiation à l'égard de l'enfant.

**1067.** Ainsi, l'approche de la levée de l'anonymat du don doit absolument contenir un équilibre entre le donneur et le receveur afin d'établir un lien complémentaire en évitant toute rivalité et dans l'objectif de répondre à l'intérêt de l'enfant de connaître ses origines s'il le souhaite. Enfin, le dernier élément qui doit être pris en compte dans l'approche de la levée d'anonymat, est celui du principe de l'intérêt de l'enfant qui remet en cause le maintien de l'anonymat du donneur. En effet, c'est ce principe qui est même à l'origine de cette remise en question dans la mesure où la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans toute législation en matière de PMA se manifeste systématiquement dans la levée d'anonymat du donneur afin d'accorder à l'enfant le droit de connaître ses origines.

**1068.** Toutefois, la souplesse du principe de l'intérêt de l'enfant ne permet pas au législateur de définir l'«accès à l'origine» comme une obligation. Autrement dit le législateur ne peut définir ce qui est bon pour le développement de l'enfant par un texte juridique. Ainsi, la prise en considération de cet intérêt se traduit juridiquement sous l'angle du droit de connaître ses origines mais également de la liberté d'accéder aux informations de ces derniers. En effet, le législateur se trouve devant l'obligation d'adopter un nombre de principes fondamentaux qui concrétise l'intérêt de l'enfant d'abord à travers le droit d'accéder à ses origines, d'accorder la liberté absolue à l'enfant dès sa majorité d'accéder ou non à ces informations, de créer une égalité entre les enfants nés d'une manière naturelle et ceux nés par PMA avec recours à un tiers donneur et donc garantir à cet enfant un statut juridique qui préserve les mêmes droits que ceux d'un enfant né d'une manière naturelle.

**1069.** En droit marocain, la question du statut juridique de l'enfant connaît des éléments d'influence différents de ceux adoptés par son homologue français. En effet, les règles du droit musulman classique adoptées par le législateur marocain en matière de filiation n'ont pas pu apporter des réponses aux interrogations éthiques et juridiques que le progrès scientifique a pu susciter notamment celles relatives aux différentes pratiques de la PMA.

---

<sup>908</sup> *Ibid.*

En effet, l'interaction de ces pratiques scientifiques avec le cadre classique de la filiation a suscité un bouleversement de règles adoptées par la majorité des pays musulmans dont le Maroc. Ce bouleversement, se manifeste d'abord dans la possibilité d'une remise en cause du statut juridique de l'enfant avant et après qu'il soit né. Ainsi, avant l'adoption de la loi n°47-14, la pratique de certaines méthodes de PMA suivait un processus classique réglementé par la conscience des médecins, et aboutissait à une pratique très limitée, puisque l'absence du cadre juridique représentait un risque de dérapage notamment sans une définition des limites de cette pratique.

**1070.** L'adoption de la loi n°47-14 représentait en effet un espoir pour les praticiens qui souhaitaient être encadrés dans leur pratique. Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si cette loi a réussi à apporter un certain équilibre entre le droit traditionnel de la filiation adopté par le pays et les pratiques scientifiques. De plus, a-t-elle apporté plus de clarté quant au statut juridique de l'enfant né de l'une des pratiques de la PMA ?

La réponse à ces questions englobe l'analyse de l'ensemble des dispositions de la loi n°47-14 ainsi que leurs conséquences sur le statut de l'enfant né par ces pratiques. En effet, dans l'ancienne pratique comme dans la nouvelle loi, le législateur met en évidence la première condition d'accès et qui demeure fidèle au cadre légal du mariage et aux effets de la filiation, puisque l'article 12 de cette loi dispose que : « *L'assistance médicale à la procréation ne peut avoir lieu qu'au profit d'une femme et d'un homme mariés, vivants et exclusivement avec leurs propres gamètes* ».

Ainsi, cette disposition réaffirme avant toute chose l'attachement du législateur au cadre légal du mariage et de la conception adoptée par les pays musulmans et qui a établi l'exception de la dissociation de la relation sexuelle avec la procréation lorsqu'il s'agit d'un couple marié et de leurs gamètes.

**1071.** Ainsi, le législateur considère que le recours à la PMA intraconjugale, permet d'établir le lien biologique avec les deux parents, que cette conception soit le résultat d'une insémination artificielle ou d'une fécondation in-vitro, ce qui rejoint l'article 142 du Code de la famille qui dispose que : « La filiation parentale se réalise par la procréation de l'enfant par ses parents... ». De plus, le texte exige un élément principalement qui participe également à l'établissement de la présomption de paternité et qui consiste à exiger le consentement des deux conjoints comme le dispose l'article 13 du même texte qui dispose que : « *La pratique de toute technique d'assistance médicale à la procréation est subordonnée au consentement libre et éclairé des conjoints. Le consentement des conjoints doit être exprimé par écrit...* ». Ainsi, cette exigence du consentement écrit représente le reflet de la volonté du couple à procréer et pourrait être une preuve admissible à l'établissement de la filiation malgré l'absence de l'acte sexuel, mais en présence d'une vérité biologique, et donc l'absence d'une distinction de l'enfant né de ces pratiques avec l'enfant procréé naturellement est fondée sur cette vérité biologique.

**1072.** Toutefois, la question qui se pose est de savoir si l'adoption de ces dispositions, permet de reconnaître 'un droit à l'enfant' en droit marocain. La réponse peut être fondée sur un nombre d'éléments : d'abord sur l'avis religieux adopté par les pays musulmans dont le Maroc et qui se manifeste dans l'effort d'interprétation fourni par les juristes musulmans qui reconnaît que le recours à certaines pratiques de la PMA dans le cadre légal peut être autorisé parce qu'elle est justifiée par 'le soulagement de la souffrance d'une femme qui souffre d'infertilité'.

De plus, la loi n°47-14 adoptée par le législateur marocain permet d'affirmer cette orientation en soulignant que l'unique situation qui permet le recours aux pratiques de la PMA est celle de l'infertilité en disposant dans l'article premier du texte que : « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué...* ». Ainsi, Cet encadrement permet pour la première fois de reconnaître l'infertilité comme une pathologie dont le besoin de soin devient un droit pour les personnes souffrant de cette pathologie. Cependant, cette définition de 'pathologie' pose une problématique de base pour les praticiens, qui considèrent que cette réglementation limite premièrement l'accès aux techniques de PMA, puisque le texte évoque la question de l'infertilité d'un angle restreint qui intègre 'l'infertilité et le manque d'infertilité' deux situations auxquelles la preuve scientifique peut être apportée.

**1073.** Or, nombreux sont les cas de couples où l'infertilité n'est pas scientifiquement prouvée mais qui n'arrivent pas à accéder à ces techniques et donc ils se trouvent privés d'un de leur droit et dont le nombre peut atteindre entre 15 et 20% de l'intégralité des personnes qui ont accès à ces techniques. Secondement, elle représente un risque pour les praticiens qui se trouvent devant un vide juridique qui ignore l'impossibilité d'agir et de suivre ces cas dans les centres publics qui sont au nombre de quatre dans l'ensemble du pays<sup>909</sup>.

**1074.** En outre, le respect de l'orientation spécifique du législateur marocain dans l'objectif de respecter le cadre religieux et culturel en la matière et en l'occurrence limiter la question du 'droit à l'enfant' provoqué par le progrès scientifique, est également manifeste dans les sanctions qui visent les praticiens. En effet, ces derniers déplorent l'intervention de la police judiciaire dont l'article 35 du même texte qui dispose que « *outré les officiers de la police judiciaire, sont habilités à rechercher et à constater les infractions aux dispositions de la présente loi et des textes pris pour son application, les inspecteurs spécialement commissionnés à cet effet par l'administration. Ces inspecteurs sont assermentés conformément à la législation en vigueur et sont astreints au secret professionnel sous peine des sanctions prévues à l'article 446 du code pénal* » ; une disposition que le président de la commission des secteurs sociaux Mustapha IBRAHIMI regrette, puisqu'il considère « *qu'il a fallu éviter l'intervention de la police judiciaire pour tout le volet inspection, mais plutôt renforcer les prérogatives de l'ordre des médecins...* »<sup>910</sup>.

<sup>909</sup> Jamal FIKERI, Gynécologue obstétricien à Rabat et vice-président du collège marocain de fertilité, lors de son invitation dans une émission télévisée en langue arabe 'Débat en crise'. Disponible sur : Medi1TV.

<sup>910</sup> Elsa WALTER, PMA : Le projet de loi adopté mécontente les professionnels de la santé, TELQUEL, le 27 juillet 2018. Disponible sur : [www.telquel.ma](http://www.telquel.ma).

**1075.** Un autre élément relève également du caractère limitatif d'un droit à l'enfant, et qu'il s'agit de la question du remboursement et de la prise en charge des actes de PMA par les assurances. En effet, en vu des prix exorbitants de ces pratiques dans le pays qui sont de l'ordre de 25.000 dirhams pour une fécondation in vitro, et 6000 dirhams pour une insémination artificielle, les praticiens appellent le ministère de la santé à entamer les négociations avec les organismes d'assurance tels que la CNSS, le CNOPS ou l'ANAM<sup>911</sup>.

Ainsi, il semble évident que l'effort fourni par le législateur marocain en adoptant la loi n°47-14 s'introduit dans le respect total des principes médicaux qui exigent la prise en compte des incertitudes qui concernent l'enfant et la femme ainsi que ceux des infrastructures sociales qui sont relatives aux conditions d'accueil de l'enfant et enfin celles éthiques qui demeurent encore plus complexes puisqu'elles sont relatives à la manipulation des gamètes et des embryons ainsi que leur destruction, etc.

**1076.** Toutefois, la sensibilité des valeurs qui englobent les pratiques de la PMA génère au sein de la société des débats fondamentaux qui divisent cette dernière en mettant d'un côté les partisans d'un texte plus développé qui exige l'adaptation des textes législatives aux exigences sociales et à l'évolution d'abord de la science mais également du pays qui subit également l'effet de la mondialisation. D'un autre côté, ceux qui craignent l'évolution rapide qui peut influencer voire détruire les valeurs et les principes d'une société musulmane et enfin ceux qui souhaitent la réalisation d'un équilibre entre le progrès scientifique et les exigences de l'éthique, entre le respect de la vie et la préservation des droits fondamentaux mais également un équilibre qui garantit la prise en considération des conséquences à long terme sur les enfants.

Pour conclure sur les deux systèmes juridiques, il importe de souligner que l'objectif d'une quelconque réforme en matière de PMA, doit avant tout prendre en considération l'intérêt de l'enfant malgré que la souplesse de ce principe puisse être un frein à des réformes plus poussées dans la mesure où sa possibilité d'interprétation selon la spécificité de chaque système juridique peut influencer l'adoption de nombreuses règles développées suite à l'évolution scientifique.

---

<sup>911</sup> Les praticiens soulignent également le refus des assurances privées d'intégrer ces pratiques parmi les actes médicaux remboursés.

## ***B - Les conséquences psychologiques des enfants nés par PMA.***

**1077.** Dans de nombreux pays, le développement des méthodes de la PMA permet aujourd'hui de donner naissance à un nombre assez important d'enfants. En France ils sont d'un nombre de 24 000 enfants nés par PMA sur 832 000 naissances en 2015<sup>912</sup> pour uniquement 3 500 enfants au Maroc. Toutefois, suite à la diversité de ces méthodes, la situation des enfants change selon la technique choisie par les parents, puisque ce choix permet souvent d'influencer les rapports entre l'enfant et ses parents, voire même avec son milieu social. La question de la psychologie de l'enfant né suite à une PMA diffère d'une technique à une autre, c'est-à-dire l'influence de ces techniques n'est pas la même sur l'enfant lorsque ce dernier est né des gamètes de ses propres parents ou lorsqu'il est né suite à un don de spermes, d'ovocytes ou d'embryons. En effet, la question des conséquences du progrès scientifique en matière de PMA sur la psychologie de l'enfant ne se pose pas réellement lorsqu'il s'agit d'un enfant né de spermes et d'ovocytes de ses parents, puisque ces derniers sauvegardent toute la légitimité de leur procréation, que ce soit à l'égard de l'enfant ou encore à l'égard de la société.

**1078.** C'est le cas de pratique dans les pays qui refusent tout don de spermes, d'ovocytes ou d'embryons tels que le Maroc. N'autorisant aucune pratique de PMA avec don, le Maroc conserve un recours assez traditionnel et très limité qui comme nous l'avons déjà précisé, se fonde uniquement sur le cadre légal du mariage et en l'occurrence les pratiques fondées sur la légitimité du couple.

Face à cette orientation, il y a celle adoptée par les systèmes qui autorisent le don de sperme, d'ovocyte, d'embryon telle la France, qui permet le recours aux techniques de PMA en ayant recours à ces dons dont la levée d'anonymat est l'un des principes défendus par la loi bioéthique du 1er Août 2021. Comme nous l'avons précisé plus haut, la question de l'anonymat des dons suscite un grand débat quant à la question de l'intérêt de l'enfant. En effet, ce dernier qui malgré son indéfinition précise et sa souplesse, intègre un élément fondamental à sa concrétisation et qui est celui du bien-être psychologique. Ce bien-être psychologique est souvent bouleversé par les circonstances de la naissance de l'enfant et par le mystère que cette naissance puisse cacher.

**1079.** En effet, si le choix de l'anonymat a toujours été critiqué par les psychanalystes, c'est parce que ces derniers jugent que l'équilibre de l'enfant exige l'adoption de la transparence vis-à-vis du donneur afin que l'enfant puisse constituer son identité biologique et sociale. Par ailleurs, le débat sur la levée d'anonymat au nom de l'intérêt de l'enfant et de son bien-être psychologique est aujourd'hui mené par une nouvelle manière qui regroupe d'abord l'élément intellectuel qui défend le droit de l'enfant de connaître ses parents biologiques, mais également en intégrant un nouvel élément primordial qui consiste à intégrer les récits des enfants conçus par PMA avec un tiers donneur et qui sont devenus de jeunes adultes aujourd'hui.

---

<sup>912</sup> Le nombre des personnes nés en PMA en France correspond à un peu près de 3% chaque année.

**1080.** Ces personnes qui sont les principaux concernés par les conséquences du recours à la PMA et dont la quête est relayée par les professionnels soulignent de nombreux éléments qui participent au bouleversement de leur bien-être psychologique. En effet, deux questions sont souvent soulevées dans le cadre de ce débat, et qui répondent d'une manière directe à la psychologie de l'enfant né par PMA, elles concernent d'abord celle des rapports parents-enfants qui se trouvent bouleversés suite à la transmission de l'information concernant la vérité biologique de l'enfant, puis celle relative au lourd parcours de recherche du géniteur face à son anonymat.

**1081.** En ce qui concerne les relations des parents avec l'enfant né suite à un don de spermatozoïdes ou d'ovocytes, la question qui se pose dans un premier temps est celle de savoir si les parents doivent informer l'enfant de la spécificité de son engendrement, puis à quel âge l'enfant doit être informé afin de le protéger du bouleversement de son équilibre et sa stabilité. Pour les spécialistes en matière de psychologie, la PMA influence l'attitude de l'ensemble des personnes ayant recours à cette pratique puis celle de l'enfant. En effet, pour les parents, il est toujours une question de peur et d'hésitation à informer leur enfant de l'ensemble des conditions de sa conception, ces derniers étant souvent impactés par le parcours de la recherche de la parentalité qui débute du désir de l'enfant, de la grossesse jusqu'à la naissance de l'enfant<sup>913</sup>.

**1082.** En effet, le désir d'avoir un enfant est partagé par tous les parents qui voient en ce dernier une continuité logique de la vie d'une manière générale et de leur couple en particulier. Il reflète la volonté de transmission des biens mais également des valeurs humaines sociales comme familiales, d'un épanouissement personnel pour chacun des parents. Toutefois, ce désir n'est pas accessible à tous les couples ; pour certains la difficulté d'engendrement devient un objectif de vie et influence ce désir qui se trouve face à un corps qui ne suit pas ce désir. Ainsi, le recours à la science notamment la PMA représente pour ces couples le remède ultime qui répond à cette souffrance, en accordant aux parents la possibilité d'enfanter malgré les difficultés du parcours et de l'anxiété des parents. Dans le même processus, la grossesse vient calmer cette anxiété et offrir aux parents une réponse au désir d'être parents. Par ailleurs, nombreuses sont les études qui soulignent que la spécificité des conditions des grossesses suite au recours de la médecine influence d'une manière directe les rapports entre les parents et l'enfant notamment la mère, puisqu'ils sont marqués par la peur de la perte du bébé et en l'occurrence la séparation avec cet enfant plus tard. C'est en effet, cette peur de perte de l'enfant qui oblige la majorité des parents ayant eu recours à la PMA notamment à l'IAD puisque l'enfant se trouve attaché biologiquement à une autre personne, et donc la peur de perdre cet enfant suite à ce lien fait également partie des préoccupations des parents<sup>914</sup>.

Autre que cet élément des rapports spécifiques parent-enfant, le recours à un tiers donneur 'anonyme' par les parents représente l'un des éléments les plus perturbants pour l'enfant. En effet, c'est à partir du moment où l'enfant est informé par rapport à la spécificité de son engendrement que la question de la recherche de ses origines s'établit.

---

<sup>913</sup> Hélène LAZARATOU, Bernard GOLSE, Du désir à l'acte : les enfants de la procréation médicalement assistée (PMA), in la périnatalité, La psychiatrie de l'enfant, 2006/2 Vol. 49, p. 576 et s.

<sup>914</sup> *Ibid.*

Ainsi, si autrefois la question même du recours à ces méthodes ressortait d'un secret polichinelle que les psychanalystes et les psychologues définissent comme « *un modèle du ni vu ni connu* »<sup>915</sup> « un secret qui est sûrement et toujours connu par quelqu'un et dont de nombreux critères y participent tel que la ressemblance, voire même la réaction de l'enfant lui-même »<sup>916</sup>, et donc les circonstances de la révélation de ce secret est souvent faite suite à un conflit familial dont les conséquences sur l'enfant sont plus lourdes. De plus, de nombreuses analyses telles que celles faites par l'étude de Dorna<sup>917</sup> avancent que 71% des 94% des familles qui ont eu recours à des PMA par don de gamètes (notamment de sperme), avaient discuté avec les membres de leurs familles ou leurs amis, ce qui rend la réalité uniquement secrète que par rapport à l'enfant qui est le principal concerné.

**1083.** Aujourd'hui l'évolution des mentalités et celle des droits de l'enfant et de la prise en considération de leur stabilité psychologique a permis d'influencer les méthodes adoptées afin de casser le tabou de ces secrets, et d'informer les enfants le plutôt possible de 'son mode de conception qui représente une partie de son histoire dont il a le droit de connaître'. Pour répondre à cette situation, les parents doivent être préparés dès leur engagement dans ces processus afin qu'ils soient eux-mêmes à l'aise avec la vérité des origines de l'enfant.

**1084.** Devant cette situation, les parents se divisent en deux catégories; d'abord ceux qui préfèrent informer l'enfant dès son jeune âge c'est-à-dire à partir de l'âge de quatre ans, estimant que l'enfant peut comprendre, et d'autres qui préfèrent attendre l'âge adulte, autrement dit, les parents sont mis en garde contre les effets délétères du secret, et l'âge de l'adolescence afin de protéger l'enfant de tout bouleversement. Pour autant, la question qui se pose est celle de savoir si le fait d'informer l'enfant de la réalité de ses origines peut être considérée comme suffisante pour garantir sa stabilité psychologique malgré l'absence de sa possibilité d'accéder aux informations relatives au donneur anonyme.

Pour répondre à cette question il suffit de se référer au nouveau projet de la loi bioéthique qui considère que la levée d'anonymat des dons 'de gamètes et d'embryons' est devenue une exigence primordiale et un élément constitutif de l'intérêt de l'enfant. En effet, dans le rapport présenté en 2014 rapporté par Madame Anne-Marie LEROYER et présidé par Irène THERY intitulé « *Filiation, origines, parentalité : droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* », le rapport souligne que l'évolution internationale à l'égard de la question de l'anonymat du don s'est tournée vers un modèle « *de responsabilité* » c'est-à-dire de prendre en considération la légitimité de l'enfant d'avoir accès à ses origines, afin d'attribuer une humanité à son géniteur et de lui accorder son statut 'biologique' d'engendrement, permettant ainsi à l'enfant d'apaiser sa colère et de constituer son histoire réelle avec sa spécificité.

---

<sup>915</sup> Irène THERY, Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don, EHESS, col. « Cas de figure », 2010. Disponible sur : <https://journals.openedition.org/lectures/1309>.

<sup>916</sup> Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, psychanalyste et chercheuse en science humaines.

<sup>917</sup> Durna E.M., Bebe J., Steigard S.J., Leader L.R., Garret D.G., Donor insemination : Attitudes of parents towards disclosure, Med. J. Austr. 167 (5), 1997, 256-259, in Hélène LAZARATOU, Bernard, Glose, *op. cit.*, Du désir à l'acte: les enfants de la procréation médicalement assistée PMA p. 587.

**1085.** Dans le même ordre d'idées, il importe de souligner qu'une étude menée en 1996<sup>918</sup> dans un nombre de pays européens dont l'Italie, l'Espagne, ou encore le Royaume-Uni sur le développement des enfants nés par PMA avec toutes les techniques qu'elles incombent, avait amené à la conclusion que les inquiétudes qui portent sur le bien-être psychologique de ces enfants étaient divisées entre ceux qui sont nés suite à une PMA mais avec les gamètes de leurs parents, dont les inquiétudes étaient en réalité infondées, et entre ceux nés d'une IAD ou ceux trouvés, c'est-à-dire sans lien biologique. Cette étude démontre qu'en général, la période de l'enfance ne connaît aucune influence sur cette différence, toutefois, Professeur GOLOMBOK estime que malgré l'absence des conséquences en période d'enfance dans la mesure où « *l'absence du lien biologique entre l'enfant et le père de filiation ne se contredit pas avec le développement d'une relation saine et positive* », l'enfant ne doit pas être privé de la vérité sachant qu'il peut être confronté à cette dernière dans n'importe quelle phase de la vie. Cependant, l'étude démontre qu'à partir de l'adolescence les problèmes liés à l'identité sont manifestes.

**1086.** Pour conclure, il importe de souligner que le statut de l'enfant né par PMA a subi et suit la même évolution que celle produite par la science. Toutefois, cette évolution n'est pas systématique et exige une certaine adaptation à la spécificité de chaque système juridique. C'est pour cela que l'évolution de l'intégration et de la prise en considération de la science diffère entre le système français et son homologue marocain. Ce dernier limite et encadre le recours à la science par le cadre légal du mariage et ne permet aucune évolution du statut juridique de l'enfant en dehors de cadre, alors que le système juridique français avait débuté depuis l'adoption de la loi bioéthique de 1994 et à travers toutes les réformes qu'elle a subi, de prendre en considération le progrès scientifiques dans de nombreuses questions qui concernent l'enfant, tantôt pour encadrer ce progrès dans l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant tantôt pour protéger et garantir à l'enfant un statut juridique face à toutes les nouvelles formes de procréation et en l'occurrence de filiation.

---

<sup>918</sup> The European study of assisted reproduction families: Family functioning and child development, Human reproduction, vol. 11 n° 10, 1996.

## Paragraphe 2 : L'établissement de la filiation malgré le recours à la GPA.

**1087.** La gestation pour autrui (GPA), aussi appelée maternité de substitution est une méthode de procréation médicalement assistée<sup>919</sup>, qui consiste à permettre à une femme désignée généralement sous le nom d'une 'mère porteuse' de porter un enfant pour le compte des parents d'intention. Cette GPA peut être pratiquée sous deux formes : d'abord sous celle qu'on appelle 'une gestation d'une haute technologie' qui se traduit sous forme d'une fécondation in vitro (FIV) qui consiste à permettre à au moins un des parents d'être le géniteur c'est-à-dire parent biologique de l'enfant à naître. Autrement dit la mère porteuse n'établit aucun lien biologique avec ce dernier<sup>920</sup>. Puis la seconde forme de pratique qui est celle d'insémination in vitro qui consiste à inséminer la mère porteuse avec le sperme soit d'un tiers donneur soit de celui du père d'intention, permettant ainsi l'établissement d'un lien génétique entre la mère de substitution et l'enfant. Toutefois, pour les deux formes la mère de substitution porte l'enfant jusqu'à la naissance en ayant l'intention de transférer l'ensemble des droits et devoirs parentaux aux parents d'intention<sup>921</sup>.

**1088.** L'évolution des techniques de procréation assistée ont permis un grand bouleversement des dogmes et des principes sociaux relatifs à la parenté dans son ensemble. En effet, la question de la maternité de substitution est l'une des techniques qui abouti à la transformation de la maternité traditionnelle qui consistait à désigner la mère comme celle qui accouche et qui assume la gestation de l'enfant, à une maternité 'Projet' c'est-à dire accorder à chaque personne de porter un projet de parentalité. Autrement dit, cette technique permet d'accorder plus de liberté, d'autonomie et de choix aux couples qui se trouvent en difficulté de procréer, aux homosexuels ou encore aux personnes célibataires qui souhaitent mener et concrétiser ce projet d'enfant. Cependant, la possibilité du recours à la GPA n'est pas une évidence dans toutes les sociétés même celles qui adoptent l'évolution scientifique et modifient progressivement leurs lois bioéthiques afin de répondre à cette évolution.

En effet, la GPA connaît une forte opposition fondée sur des arguments qui reflètent deux niveaux de principes : d'abord ceux à caractère moraux puis ceux à caractère juridiques. Moralement, les arguments contraires à la GPA, sont principalement liés au rapport entre la pratique de la GPA et du corps humain et de sa dignité notamment celui de la femme et en l'occurrence la mère de substitution, puisqu'il considère que cette pratique fait du corps de la femme une marchandise qui doit répondre à un service avec une contrepartie financière notamment celui des femmes pauvres et donc faire de cette procréation l'objet d'un simple contrat ce qui est contraire au principe d'enfantement.

---

<sup>919</sup> La GPA est défini par l'OMS et par l'international committee for monitoring assisted reproductive technologie (ICMART), comme une technique de procréation médicalement assistée qui permet à 'la femme qui mène une grossesse selon un accord par lequel elle remettra le(s) enfant (S) au (X) parents d'intention. Les gamètes peuvent être issues du/des parent (s) d'intention et/ou d'un tiers (ou des parties).

<sup>920</sup> Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, Chantal COLLARD, La gestation pour autrui, Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines, L'Homme 2007/3, n° 183, p. 29.

<sup>921</sup> *Ibid.*

**1089.** Cette nouvelle méthode de maternité est jugée également contraire au mode familial traditionnel qui permet une reproduction biologique saine et réelle entre l'enfant et ses parents biologiques. Juridiquement, les opposants avancent l'argument des droits humains d'une manière générale et soulèvent le débat sur la fiabilité du consentement de la mère porteuse, puis ceux relatifs à l'intérêt de l'enfant qui se manifeste dans la question d'une intervention de trois personnes voire plus (lorsqu'il s'agit des dons de gamètes) dans le projet de parentalité mais également d'affirmer un droit à l'enfant à travers l'ensemble du processus qui intègre la location d'un ventre pour la gestation de l'enfant et donc que ce dernier soit rattaché à des parents dont il n'y a pas de lien biologique.

**1090.** D'autre part, il y'a les adhérents ou les défenseurs de la pratique de la GPA ; pour ce courant le principe fondamental de leur vision est celui de la liberté individuelle, cette dernière permet en effet, à chaque couple de choisir le moyen adapté à sa situation et de pouvoir recourir à tous les moyens existants afin de réaliser son projet parental. Il est également question d'autoriser et d'aider des personnes de donner vie à des enfants voulu et désiré, deux éléments qui permettent de confirmer l'équilibre familial dans lequel l'enfant va grandir. Et donc réaliser une égalité pour ces couples ce qui ne peut pas être ni immoral ni contraire aux principes éthiques<sup>922</sup>.

**1091.** Bien que la pratique de la GPA ne date pas d'aujourd'hui, puisqu'elle a fait l'objet d'une pratique ancestrale dans les mœurs de la Rome antique où le recours au Ventrem locare qui consisté à solliciter une femme fertile pour procréer un enfant et le donner à la femme stérile, chez les chrétiens où la référence à l'usage de cette pratique semble être évidente dans la bible où l'exemple de Sarai, Rachel et Léa qui étaient des femmes stériles demandèrent à leur mari d'avoir recours à la servante pour concevoir un enfant et de le leur remettre à la naissance<sup>923</sup>.

Ou encore en islam où quelques écoles permettaient la possibilité du recours à la GPA pour les femmes mariées au même mari (c'est-à-dire en cas de polygamie). Néanmoins, le débat actuel qui porte sur la pratique de la GPA dépasse le cadre de ces pratiques plutôt traditionnelles puisque suite à l'évolution scientifique notamment le développement des techniques de la fécondation in vitro et de l'insémination, il est devenu aujourd'hui question de l'encadrement de cette pratique et de son accès surtout que cette évolution scientifique fait également face à l'évolution d'abord des droits de l'Homme et plus précisément ceux de l'enfant. Entre les deux courants contradictoires qui peuvent surgir à l'égard de la question de la pratique de la GPA, la prohibition adoptée aujourd'hui dans les deux systèmes juridiques français et marocain trouve dans chacun des systèmes les arguments fondateurs de cette prohibition entre ceux à caractère religieux, moral ou juridique.

---

<sup>922</sup> Jean-Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, Produire l'Homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, Droit société, 1988, n° 10 p. 113.

<sup>923</sup> La première concerne la naissance d'Ismail fils d'Abram, la femme de ce dernier lui propose de passer la nuit avec son esclave pour avoir un enfant puisqu'elle considère que 'le seigneur l'a empêchée d'avoir un enfant'. En suite, il y a également l'exemple de Rachel la femme qui est également stérile, et qui dit à son mari Jacob : 'prends ma servante Bila. Unis-toi à elle pour qu'elle ait des enfants. Je les adopterai. Alors, par elle j'aurai des enfants aussi ».

### ***A-La prohibition de la GPA.***

**1092.** Dans les deux systèmes juridiques que nous étudions, la prohibition de la GPA semble être une évidence, puisque dans les deux législations la référence à la dignité humaine et à l'intérêt de l'enfant représentent le fondement de l'interdiction civile et pénale de cette pratique. Toutefois, une grande différence de fond peut être établie quant à l'évolution des débats autour de cette pratique. En effet, si au Maroc la question d'une légalisation de la GPA est impossible suivant le cadre législatif adopté par le pays et du poids de la religion dans toutes les questions bioéthiques, en France, le débat divise depuis une quarantaine d'années<sup>924</sup> deux camps qui débâtent sur le sujet à travers différentes perceptions notamment philosophiques, médicales, sociologiques, psychologiques et anthropologiques, dans un cadre politique, académique et législatif.

**1093.** Le débat autour de la pratique de la GPA soulève diverses réflexions sur les principes moraux et les normes individuelles humaines, qui sont fondés sur le refus catégorique de toute instrumentalisation de la personne humaine et de son corps afin de répondre à un désir d'enfant basé sur un projet parental. En effet, cette notion de projet parental constitue une simple référence d'une manière générale, en se référant à la volonté d'un couple de devenir parents et de mettre au monde des enfants avec qui ils construisent et tissent des liens affectifs et qu'ils doivent protéger, sécuriser, éduquer et veiller à leur développement. Cette vision globale renvoie systématiquement à un couple hétérosexuel, traditionnel, en âge de procréer, lié par le lien affectif et la présence 'd'une intimité sexuelle'.

Cependant, ces critères subissent de grands bouleversements suite à l'évolution sociale et scientifique, puisque ces deux dernières ont permis la création de nouveaux modèles du « projet parental » qui prennent en considération toute personne souhaitant avoir un enfant. Un projet qui peut être mené par « *une femme ou un homme seul(e), un couple homosexuel, un couple âgé, une personne séparée de son conjoint, ou dont le conjoint est décédé mais qui veut pouvoir disposer des embryons, etc. ; une multitude de possibilité qui est aujourd'hui ouverte et dont la difficulté consiste à trouver l'équilibre entre chaque projet parental sans y faire une distinction* »<sup>925</sup>.

**1094.** Ainsi, est le projet parental en matière de GPA qui répond à un désir d'enfant et une volonté suprême de devenir parent, dont l'arme principale est celle du progrès scientifique et des techniques permettant d'atteindre cet objectif.

Le fondement et la réalisation de ce projet sont fondés d'abord sur la vision volontariste du couple mais également sur la contractualisation de cet acte entre les personnes qui vont y participer notamment le couple et la mère porteuse qui tous les deux élaborent une convention de GPA en toute liberté et sans aucune contrainte afin de maîtriser l'ensemble de l'acte, de ses conséquences et de se protéger contre tout risque de dérapage<sup>926</sup>.

---

<sup>924</sup> L'émergence dans les années quatre-vingt de quelques associations permettant des rencontres entre des couples infertiles avec des femmes qui pouvaient être gésatrices et génitrices de l'enfant.

<sup>925</sup> Marie-Angèle HERMITTE, De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental, Natures sciences Sociétés 15, 274-279, 2007, p. 278.

<sup>926</sup> Pierre TOURAME, Dossier. Autour de la gestation pour autrui, quelle liberté pour la mère porteuse ?, Les Cahiers de la justice, 2016/2 n° 2 pp. 280-281.

Toutefois, la question principale qui se pose par rapport à la pratique de la GPA est celle de l'instrumentalisation du corps de la femme en l'occurrence celui de la mère-porteuse.

**1095.** En effet, la question de l'instrumentalisation soulevée par cette pratique qui se manifeste dans le recours à un corps humain afin de réaliser un plaisir personnel est considérée comme une nouvelle forme d'esclavage qui consiste à profiter des conditions socio-économiques des femmes qui acceptent cette pratique du fait qu'elles soient pauvres, mineures (dans certains pays) voire obligées sous une pression familiale. Toutefois, c'est principalement l'argument de la pauvreté qui concrétise la possibilité d'exploitation dans la mesure où les parents sont jugés vouloir profiter d'une inégalité économique existante entre eux et la mère porteuse et donc de profiter d'un rapport socio-économique inégal et moralement inacceptable<sup>927</sup>. Une situation qui permet aux opposants de cette pratique de la considérer comme une violence faites aux femmes, voire une pratique qui consiste à réduire la femme à un 'utérus', à un simple outil de procréation permettant de répondre au désir d'autrui tout en étant rémunérée<sup>928</sup>.

**1096.** Certains vont aller encore plus loin considérant que la pratique de la GPA représente aujourd'hui une régression pour la cause de la femme puisqu'elle consiste à réduire cette dernière à une machine à reproduire dont le contrat conclu avec les meneurs du projet parental permet de faire de l'enfant à la fin du processus un produit, et donc instaurer un marché procréatif mondialisé en pleine expansion qui inclut « la vente de spermatozoïdes et d'ovocytes, le recours aux agences et aux intermédiaires pour entrer en contact avec les mères porteuses, les médecins, et les avocats » permettant ainsi de commander, fabriquer et vendre des enfants.

Les opposants, avancent également leur refus de considérer la GPA comme étant une simple technique de procréation médicalement assistée, puisqu'ils la jugent aujourd'hui comme une pratique sociale qui consiste à louer le ventre voire la vie d'une femme pour une période de neuf mois et de rémunérer cette dernière pour le service qu'elle a rendu, et donc rendre « les enfants comme des marchandises ». Cette orientation est amenée à dénoncer l'immoralité de la pratique de la GPA, en s'articulant autour des principes fondamentaux qui s'inscrivent dans l'arsenal juridique adopté par le législateur français dont : « la définition du droit français de la maternité par accouchement, le principe de la non-commercialisation du corps humain ainsi que le principe de l'indisponibilité des personnes ».

**1097.** Ainsi, la combinaison de ces éléments renforce encore plus le refus de cette pratique, en dépit de certains auteurs défenseurs de la légalisation de la GPA tels que Madame MECARY qui estime que la majorité de l'opinion publique est favorable à cette pratique et ce en se basant sur les sondages réalisés dont le plus récent est celui réalisé en janvier 2018 par le journal La croix qui montre que 64% des français sont favorables à la GPA<sup>929</sup>.

---

<sup>927</sup> Il est à préciser que dans tous les pays qui ont légalisé la GPA, les parents d'intentions ou les meneurs de projet sont toujours d'un milieu social plus élevé que celui de la mère gésatrice. Avis 110 du CCNE.

<sup>928</sup> Voir dans ce sens, Eliette ABECASSIS, *Bébés à vendre*, un essai percutant sur la gestion pour autrui, Robert Laffont, Paris, 2018. Bertrand GUILLARME, *Louer son ventre in Raisons politiques*, éd. presse de science po, n° 12, 2003/4.

<sup>929</sup> L. BESMOND DE SENNEVILLE, PMA, GPA, fin de vie...la vague de fond libérale (Sondage Ifop), La croix, 3 Janvier 2018.

Une seconde position se prononce en faveur de cette pratique en cas de problème d'infertilité ; elle est fondée sur des principes que les partisans jugent d'humanitaires et ressort des principes de solidarité à l'égard des femmes et des couples infertiles ou ceux qui souffrent de maladies ou de pathologies et dont le diagnostic prouve une impossibilité d'assurer une gestation<sup>930</sup> mais également à l'égard des couples désireux d'enfant notamment les couples homosexuels.

Ce courant souligne la légitimité et la fiabilité de la motivation des mères porteuses en affirmant qu'elles sont principalement de deux ordres ; d'abord altruiste qui répond à une idée de réparation ou de paiement de dette morale à l'égard de la société, puis un second qui ressort de la volonté et du désir de la mère porteuse d'être enceinte surtout lorsqu'il s'agit des femmes qui ont déjà eu des enfants et qui souhaitent de revivre cette expérience épanouissante<sup>931</sup>.

S'ajoute à ces deux positions, une troisième qui adopte une argumentation plus originale fondée sur une pensée philosophique de Ruwen OGIEN<sup>932</sup> qui rassemble l'élément moral et l'élément politique. En effet, le premier consiste à adopter la légalisation de la GPA puisqu'elle ne présente aucune nuisance à autrui, quant au second il consiste à garantir la liberté à tout individu de faire son choix et de mener la vie de la manière qui lui semble correcte tant qu'il ne nuit pas à autrui et que cette liberté de choix devienne la règle qui prime sur toute autre norme permettant ainsi de réglementer les relations entre les citoyens<sup>933</sup>. Autrement dit, la concrétisation de cette orientation permet de dessiner à chacun un périmètre de liberté lui garantissant l'ensemble de ses droits et ses libertés en accordant moins d'importance aux normes qui peuvent influencer la réglementation des sujets tel que celui de la GPA.

**1098.** Il importe donc de souligner que pour les trois positions, la question fondamentale qui se pose est celle de la complexité du consentement de la mère porteuse. En effet, si pour les opposants de la GPA, une femme ne peut qu'être contrainte par une faiblesse socio-économique qui la pousse à accepter de devenir une mère porteuse, les partisans de cette pratique, quant à eux, évoquent la question du consentement de la future mère porteuse comme un argument de force et de fiabilité voire même de la moralité de son acte. Ainsi, il devient question de comprendre comment une personne qui consent elle-même à devenir mère porteuse peut-elle être jugée comme une femme instrumentalisée et réduite à une fonction de gestatrice ? La réponse à cette question peut paraître simple, puisqu'il est difficile d'une manière générale de juger qu'une femme majeure qui consent n'importe quel acte d'être manipulée ou traitée comme un outil.

---

<sup>930</sup> Des principes adoptés par le comité consultatif national d'éthique en 2010 qui a fait de la GPA une solution à un problème physique et psychique douloureux qui atteint des personnes qui la considèrent comme une injustice qui les prive de devenir parents.

<sup>931</sup> Manon JADOUL, Marie-Laure GUSTIN, Sarah COLMAN, Candice AUTIN, Isabelle DURET, Au cœur du don, la dette ? Etude exploratoire autour de la motivation des mères porteuses, *in* Dialogue, 2016/3, n° 213, p. 107.

<sup>932</sup> Ruwen ORIGEN, L'état nous rend-il meilleur ? Essai sur la liberté politique, Paris, Gallimard ? 2013, p.11.

<sup>933</sup> Marie GAILLE, *op. cit.*, p. 293.

**1099.** Toutefois, la réponse peut également dissimuler d'autres éléments qui reflètent au mieux la complexité de la réflexion, dans la mesure où il devient question de remettre en cause la décision et la volonté libre de la femme 'porteuse' qui, à travers son consentement de porter un enfant qu'elle ne va pas élever représente en lui-même un acte qui porte atteinte à la moralité dans la mesure où elle se permet elle-même de devenir un simple moyen.

**1100.** Ceci se contredit avec l'argument principal que cette mère-porteuse défend qui est celui d'aider autrui dans le cadre des principes humains. Cependant, avancer cet argument permet une remise en cause d'un choix personnel, d'une décision prise librement par une personne, et donc de vouloir imposer une moralité et priver une personne de sa liberté du choix. Autrement dit, c'est vouloir imposer une sorte de paternalisme tel qu'il a été défini par le philosophe Gerald DWORKIN<sup>934</sup> en se référant à la pratique de l'esclavage en précisant qu'aucune personne ne devrait avoir la liberté de consentir son esclavage, puisque cette décision impacte sa liberté actuelle et future. Autrement dit, il s'agit de protéger la personne d'elle-même, et d'accorder un principe de dignité à la question du consentement des personnes qui peuvent être considérées comme vulnérables<sup>935</sup>. Or, la possibilité d'évoquer ce même paternalisme semble être difficile puisque l'acte consenti 'qui est de porter un bébé jusqu'à la naissance' ne remet pas en cause l'autonomie et la liberté actuelle et future de la mère porteuse.

**1101.** En outre, si la réflexion sur l'argument du consentement de la mère porteuse pouvait permettre une remise en cause ou l'établissement de quelques interrogations sur le droit d'une femme de choisir librement d'être une mère porteuse, d'autres arguments fondateurs du refus de la GPA basés sur l'instrumentalisation demeurent discutables notamment ceux relatifs aux effets de la GPA sur la femme et sur l'enfant à naître. Ces instruments peuvent être à court ou à long terme, physiques ou psychologiques et desquels des dérapages peuvent en résulter. En effet, la question qui se pose est celle de savoir si la convention dans son ensemble en intégrant le consentement mutuel du couple et de la mère-porteuse peut réellement protéger les deux parties et l'enfant à naître des risques que l'acte peut engendrer ?

Il est difficile de répondre à cette question d'une manière catégorique puisque les courants divergent également entre un camp qui considère que la conclusion du contrat et l'expression du consentement des deux parties protège d'une manière complète ces derniers et l'enfant à naître dans la mesure où la mère porteuse n'a accordé son consentement qu'à partir du moment où elle a pris connaissance des conséquences de son acte.

---

<sup>934</sup> Gerald DWORKIN, *Paternalism*, in R.A Wasserstrom éd., *Morality and the law*, Belmont, California, Wadsworth, 1971., in Marie GAILLE, *Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé*, in Dossier : *Autour de la gestation pour autrui*, Les cahiers de la justice, 2016, n°2 dalloz, p. 295.

<sup>935</sup> Pierre TOURAME, *Dossier. Autour de la gestation pour autrui, Quelle liberté pour la mère porteuse ?*, Les cahiers de la justice, 2016/2, n° 2.

D'autre part, le second camp avance les mêmes risques notamment physiques et psychologiques sur les deux parties et l'enfant d'une manière négative puisqu'il considère qu'il ne peut y avoir un consentement éclairé si l'on ignore à l'avance comment se passera la grossesse, l'accouchement, et les risques physiques et psychologiques qu'encourent la mère-porteuse et l'enfant<sup>936</sup>.

**1102.** En effet, par rapport aux risques, il est question d'abord de ceux physiques qui concernent l'ensemble des complications auxquelles la femme et l'enfant peuvent être confrontés. Ces risques intègrent pour la femme les risques d'hémorragie causée par l'accouchement ainsi que les procédés médicaux modernes qui peuvent aboutir au décès de la femme. Puis les risques pour l'enfant qui se manifestent dans les différentes situations médicales qui se présentent tout au long de la période de grossesse et qui peuvent avoir des conséquences lourdes sur l'enfant notamment lorsqu'il s'agit de malformations, de naissances prématurées, de grossesses multiples ou encore des souffrances fœtales aiguës.

**1103.** Ces situations, peuvent en effet être présentes même pour un accouchement normal dont les parents doivent prendre des décisions cruciales pour la vie de l'enfant. Or, ici la question de la parentalité à trois et du rôle principal de la mère porteuse peut poser un problème dans la mesure où il devient question du choix de la personne apte de prendre les décisions concernant l'enfant entre les parents d'intention et la mère porteuse. Dans la pratique ces situations se manifestent dans de nombreux exemples, dont celui de l'affaire dites 'bébé GAMMY' qui est un bébé né d'une GPA exercée en Thaïlande de parents d'intention australien et d'une mère porteuse thaïlandaise ; en effet, à la naissance du bébé GAMMY avec sa jumelle, les médecins avaient annoncé à la mère porteuse et aux parents d'intention que le bébé (garçon) était atteint d'une trisomie 21 et des problèmes de cœur. Les parents d'intention décident alors de garder la sœur de GAMMY et de rentrer en Australie en abandonnant le garçon en Thaïlande avec la mère porteuse<sup>937</sup>. Ainsi, cette situation illustre la difficulté et la spécificité de chaque grossesse puisque là aussi il s'agissait d'une convention entre la mère porteuse et le couple et que les jumeaux devaient être également récupérés par les parents d'intention ce qui n'a pas été le cas ; une situation qui permet donc de remettre en cause la convention et ses stipulations élaborées par les deux parties puisqu'il est difficile d'intégrer et prévoir dans le contrat tous les cas de risques auxquels les femmes et l'enfant peuvent être confrontés.

**1104.** Par ailleurs, si cet exemple reflète l'image de quelques exceptions pour les défenseurs de la GPA, les opposants avancent les risques psychologiques qui sont plus fréquents et dont les conséquences sont plus lourdes que ce soit sur la femme ou l'enfant. En effet, parmi les exemples des risques psychologiques, il y a celui du « Baby M » aux Etats-Unis qui illustre une situation tragique dans laquelle un enfant s'est trouvé au milieu d'une affaire judiciaire suite à une GPA.

---

<sup>936</sup> Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologie, Maternité de substitution, Edition législatives, 2001, Feuillet 25, p. 1278 A.

<sup>937</sup> Il est à noter que le couple australien avait déclaré dans une interview accordé à la télévision australienne, qu'il n'a pas abandonné le garçon pour sa maladie mais c'est parce que les médecins avaient affirmé que le garçon allait mourir après quelques jours de sa naissance suite à ses problèmes cardiaques.

En effet, dans cette affaire les parents d'intentions avaient contracté une convention en GPA avec une mère porteuse dans un cabinet d'avocat afin que cette dernière porte le bébé issu des ovocytes de la mère porteuse.

Suite à l'accouchement, la mère porteuse n'a pas voulu se séparer de l'enfant en considérant qu'elle nouait un lien biologique et sentimental qui l'interdit de rendre le bébé au couple. Un second exemple reflète également cette possibilité du changement émotionnel et psychologique de la mère porteuse qui peut influencer sur les conséquences de cet acte. En effet, il s'agit d'un couple qui a eu recours à une GPA et dont la mère porteuse est tombée enceinte de triplés, le père biologique demande alors une réduction embryonnaire afin de garder uniquement deux jumeaux. Face à cette situation, la mère porteuse décide donc d'entamer une procédure judiciaire à l'encontre du père biologique afin de faire valoir son droit de garder le troisième bébé sachant qu'il n'y a aucun lien biologique entre ce dernier et la mère porteuse puisque le père biologique a eu recours à un don d'ovocytes<sup>938</sup>. En s'exprimant, la mère affirme que « malgré le fait que la mère porteuse ne soit pas liée biologiquement aux enfants qu'elle porte, elle s'attache à eux et que cet attachement est un processus de construction physique et psychologique, et que ce lien ne peut être réduit à un contrat de GPA »<sup>939</sup>.

**1105.** Cet exemple permet d'affirmer les risques psychologiques qui se manifestent dans la traumatisme psychologique lié à la séparation entre la mère-porteuse et le nouveau-né estimant ainsi que ces deux derniers se rencontrent bien avant la naissance et que cette séparation soit vécue comme un sentiment de perte pour la mère porteuse.

Pour les spécialistes, malgré le fait que ces situations sont aujourd'hui rares, elles sont néanmoins réelles et leur rareté est due d'abord au nombre limité des affaires rendues publiques mais également au nombre des GPA exercées et qui ne cessent de progresser. C'est pour cela que les agences de GPA prennent de plus en plus de précaution dans la mesure de faire respecter l'engagement de la mère porteuse à travers l'adoption de quelques mesures afin de couper cet attachement qui peut être né suite à l'accouchement, notamment par le biais de privilégier des accouchements par césarienne afin que l'enfant soit emmené directement chez les parents d'intention, de faire rappeler à la mère porteuse d'une façon régulière qu'elle n'a aucun lien de parenté avec l'enfant, de privilégier le don d'ovocytes afin que cette dernière soit encore plus détachée de l'enfant, etc.<sup>940</sup>.

C'est en se référant à ces exemples et d'autres aussi similaires que les opposants de la GPA argumentent toutes les dérives physiques ou psychologiques qui influencent le processus de la GPA et qui remettent en question la fiabilité de cette pratique malgré sa réglementation à travers la convention élaborée entre les deux parties dans les pays qui la légalisent, en soulignant que la convention de GPA ne peut pas prévoir tous les changements qui peuvent y avoir que ce soit sur le plan physique ou psychologique de la mère porteuse, d'autant plus à la naissance du bébé perçu dans sa vulnérabilité qui induit un nouveau changement sentimental pour la mère-porteuse.

---

<sup>938</sup> Etats-Unis : une mère porteuse, enceinte de triplés, poursuit le père biologique pour garder un des bébés. Disponible sur : [www.Franceinfo.fr](http://www.Franceinfo.fr), publié le 06/01/2016.

<sup>939</sup> *Ibid.*

<sup>940</sup> Silvia FEDERICI traduit de l'américain par Célia IZOARD, Le marché mondial des ventres, GPA et violence de classe, in Z : Revue itinérante d'enquête et de critique sociale, 2016/1, n° 10 p. 151.

Face à un double discours portant sur la GPA, la plupart des pays d'Europe adoptent aujourd'hui l'option de la vigilance à l'égard de cette pratique qui assimile encore aujourd'hui des éléments d'incertitude, qui se manifestent à travers l'ensemble des formules floues dont la dissociation avec la marchandisation du corps de la femme et celui de l'enfant ou encore la création d'un marché mondial de location de ventre.

### ***B- La prohibition de la GPA en France et ses conséquences.***

**1106.** En France la prohibition de la pratique n'est survenue qu'à partir de l'adoption de la loi bioéthique de 1994. Toutefois, cette pratique était connue dans un nombre d'associations telles que Alma Mater, Les Cigognes et Sainte Sarai, qui permettaient le rapprochement voire l'établissement du contact entre des couples infertiles souhaitant avoir des enfants et des femmes qui pouvaient porter ces enfants tout en établissant un accord tacite entre la mère porteuse et le couple qui consiste à engager la première d'accoucher sous X et de remettre l'enfant au couple. Ainsi, une fois l'enfant est né sous X, la femme du père biologique (du mari) dépose une requête d'adoption plénière à l'égard de l'enfant et donc l'enfant s'inscrit au nom du couple en niant le rôle de la mère biologique.

**1107.** Toutefois, à la fin des années quatre-vingt et face au développement des techniques utilisées en matière de GPA appelée MPA (maternité pour autrui), l'interdiction civile de cette pratique va être adoptée d'abord par la cour de cassation qui, en 1989, a jugé que la MPA est contraire « au principe de l'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes pour ce qu'elles ont comme but d'engendrer un enfant dont l'état qui lui sera établi ne correspond pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère »<sup>941</sup>.

**1108.** Cette décision va être réaffirmée dans une autre décision rendue en 1991 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui était saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, formé par le procureur général près de la cour de cassation, cassant un arrêt d'appel qui avait prononcé l'accord d'une adoption plénière d'un enfant conçu par GPA à l'égard de l'épouse du père biologique c'est-à-dire à l'égard de la mère d'intention. En effet, la Cour d'appel avait évoqué à l'époque le principe de l'intérêt de l'enfant dans la mesure de considérer que « l'adoption est considérée comme conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y pratiquement depuis sa naissance ».

La Cour de cassation va considérer que « l'adoption de l'enfant par la mère d'intention c'est-à-dire la femme du père biologique n'était que la phase finale d'un processus permettant à un couple d'accueillir dans son foyer un enfant, conçu suite à l'élaboration d'un contrat permettant l'abandon de l'enfant dès sa naissance par sa mère, portant également atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, et donc un processus qui permet le détournement de l'institution de l'adoption ».

---

<sup>941</sup> Cass., 13 décembre 1989, n° 88-15655, in Caroline MECARY, PMA ET GPA, Que sais-je ?, 1<sup>ère</sup> éd., 2019, pp. 57-58.

Dans cette décision, la Cour de cassation a fait prévaloir les principes de l'ordre public en estimant qu'il y a une meilleure préservation et considération de l'intérêt de tous les enfants afin qu'ils ne fassent pas l'objet d'un abandon programmé au détriment de l'intérêt spécifique ou concret de l'enfant concerné dans l'affaire.

**1109.** Ce n'est qu'en 1994 que le législateur a mis en place le premier texte qui est la loi bioéthique de 1994 qui prohibe explicitement le recours à la GPA ; cette loi va permettre l'introduction de l'article 16-7 dans le Code civil qui dispose que : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » ; cette règle qui est d'ordre public, concerne tout le monde et donc toutes les personnes ayant recours à un accord ou une convention de GPA ne pourront jamais obtenir une décision d'exécution de justice en cas d'un non-respect des conditions du contrat. En effet, la justice considérera que ce contrat est nul est donc ne pourra pas exécuter les conditions de quelque chose qui est nulle<sup>942</sup>. Ainsi, les parties de ce contrat seront amenés à l'exécution du droit commun.

**1110.** Cette prohibition s'est également traduite dans le Code pénal où le législateur définit le fait d'avoir recours à la convention de GPA comme étant un délit d'abord de provocation d'abandon d'un enfant qui est défini par l'alinéa 1 de l'article 227-12 qui dispose que « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître » est donc « puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amande ».

Toutefois, malgré cette pénalisation, de nombreux couples font le choix de conclure des conventions GPA qui se déroulent d'une manière totale ou partielle sur le territoire français et dont le juge français se trouve devant l'obligation de traiter chaque cas de figure selon les circonstances et les conséquences du processus de la pratique. C'est ainsi qu'a été traité l'affaire d'un couple homosexuel qui a eu recours à une mère porteuse à Chypre ; tout le processus se déroule à Chypre sauf l'accouchement, puisque la femme sera accueillie par les deux hommes afin d'accoucher en France.

**1111.** Suite à l'accouchement, la mère porteuse repart à Chypre permettant donc au père de l'enfant d'aller reconnaître l'enfant sans aucune référence à la mère (ce qui est une possibilité offerte par le droit lorsque le père n'est pas marié avec la mère) ; cependant, suite à la spécificité de la situation, cette procédure va être soupçonnée d'une pratique de GPA par le parquet qui sollicite une enquête sur l'enfant et les parents, pour enfin se rendre compte qu'il s'agissait bien d'une convention de GPA entre le couple et la mère qui a donné la naissance à l'enfant. Ainsi, la justice a décidé de renvoyer le couple devant le tribunal correctionnel et de le poursuivre pour un délit de provocation à l'abandon d'enfant. Toutefois, le tribunal va prendre en considération la spécificité de l'affaire en se basant sur deux éléments : d'abord le désir sincère du couple d'avoir des enfants, puis le consentement établi et prouvé par la mère porteuse. Le tribunal a donc décidé de condamner le couple à une amende de 75 000 euros avec sursis<sup>943</sup>.

---

<sup>942</sup> *Ibid*, p. 58.

<sup>943</sup> Tribunal correctionnel de Bordeaux, 1<sup>er</sup> juillet 2015, inédit, rapporté par Carole Mercary, PMA ET GPA, *op. cit.*, p. 60.

La deuxième condamnation, est également celle de la substitution d'enfant qui consiste pour une femme de tomber enceinte et d'essayer de dissimuler sa grossesse afin qu'une autre femme fasse croire à une grossesse et qu'au moment de l'accouchement, l'enfant soit rattaché d'une manière juridique à la femme qui n'était pas enceinte.

**1112.** Cette pratique est interdite par l'article 227-13 du Code pénal qui dispose que « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement de 45 000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines* ». Une pénalité qui peut être élargie en cas de déclaration à l'état civil, puisque ce dernier est considéré comme une fausse déclaration et un faux en écritures publiques. Toutefois, les personnes ayant recours à cette pratique ne peuvent être punies que si la pratique est exercée en France. Autrement dit lorsqu'un couple français recourt à cette pratique dans un pays où cette pratique est légale, il ne risque pas d'être poursuivi pour ce délit.

**1113.** Par ailleurs, la problématique qui se pose est celle de la déclaration à l'état civil de l'enfant, lorsqu'elle est une conséquence de cette pratique interdite en France. C'est le cas de l'affaire emblématique du couple Sylvie et Dominique MENNESSON qui a eu recours à cette pratique en Californie pour avoir leurs jumelles issues du sperme du père mais d'ovocytes d'une amie du couple. Cette GPA va entraîner légalement la naissance de deux jumelles en 2000 dont les parents légaux en Californie seront le couple MENNESSON, puisque la pratique de la GPA est légale aux Etats-Unis. Cependant, lors des démarches de transcription des actes de naissances des jumelles délivrés par l'administration californienne au couple afin d'inscrire les deux filles dans le livret de famille, le couple va faire face au refus à une annulation des actes transcrits par le consulat français à LOS ANGELES suite à une procédure en annulation par le ministère public.

Une procédure est donc engagée contre le couple le 8 novembre 2000 pour « tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant ». Pourtant en 2002, la famille MENNESSON va être soulagée suite à la décision du parquet qui ordonne la transcription des actes de naissance des jumelles, un soulagement qui ne va pas duré puisqu'il va être interrompu par le procureur de Créteil qui assigne le couple devant le tribunal afin que la décision de transcription soit annulée.

En 2005 le tribunal de Créteil juge l'action irrecevable, et déboute le parquet puisque c'est ce dernier qui avait autorisé la transcription des actes. Cette décision va être réaffirmée par la Cour d'appel de Paris qui a estimé que « *la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Le couple MENNESSON, qui n'est plus poursuivi suite à une ordonnance de non-lieu, souhaite donc reprendre la procédure de transcription mais se trouvera encore face à une décision rendue par la Cour de cassation en 2011 qui a été à nouveau saisie par le parquet. La Cour souligne que la prise en considération du principe de 'l'intérêt de l'enfant' ne peut être fait pour 'valider a posteriori un processus illégal en France'.

Ainsi, le couple se dirige vers la CDH qui en 2014 condamne la France pour une violation de l'article 8 de la Convention puisque l'absence de transcription portait atteinte à la vie privée des jumelles. En 2018, la Cour de cassation réexamine l'affaire et se retourne dans un premier temps vers la CEDH pour avoir un lien consultatif quant aux possibilités qui sont offertes aux pays. En 2019 la CDH estime qu'un lien entre l'enfant et la mère d'intention doit être établi, tout en autorisant aux Etats la liberté des modes de cet établissement.

La Cour de cassation rend alors sa décision le 4 Octobre 2019<sup>944</sup> en précisant qu'en droit français, les conventions de GPA sont interdites. Toutefois, le respect du principe de l'intérêt de l'enfant et de la vie privée des deux jumelles concerné dans l'affaire exige l'application des deux articles suivants : l'article 3-1 de la CIDE et l'article 8 de la CEDH. En la matière, la Cour a considéré que « *la réalisation d'une GPA à l'étranger ne peut faire à elle seule un obstacle à la reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention et que cette reconnaissance doit être établie dès que le lien entre l'enfant et la mère soit concrétisé* ».

La Cour rappelle également que le droit français permet l'établissement de la filiation par différents modes qui peuvent être par actes de naissance, par une reconnaissance volontaire, une adoption, une possession d'état ou encore par un jugement. Ainsi en matière d'une pratique de GPA à l'étranger, le Cour privilégie que l'établissement du lien entre l'enfant et la mère soit réalisé par une reconnaissance afin de permettre au juge de contrôler et d'examiner l'ensemble de l'acte ou du jugement étranger permettant ainsi d'avoir plus d'informations sur les circonstances particulières de l'enfant.

Ainsi, face à la liberté offerte par la Cour européenne des droits de l'Homme quant au choix du mode d'établissement de filiation entre l'enfant né par GPA et la mère d'intention, la Cour estime que l'adoption est le mode qui répond le mieux aux exigences d'une GPA. Par ailleurs, dans le cas spécifique du couple MENNESSON, la procédure d'une adoption peut être très longue sachant qu'elle dure depuis quinze ans entre établissement et annulation de la transcription de l'état civil, et donc une violation de l'article 8 de la CEDH puisque les jumelles ont aujourd'hui atteint l'âge de la majorité, et en l'absence d'autres mode d'établissement de filiation permettant de mettre fin à l'atteinte de l'article 8 de la CEDH, et donc d'autoriser la transcription d'acte de naissance estimant que le lien de filiation a été concrétisé pendant une longue période.

L'affaire MENNESSON, a permis à la justice française de soulever de nombreux éléments relatifs à la pratique de la GPA et à sa réception par le droit français. En effet, il est d'abord question de savoir que la Cour ouvre une brèche quant à la prise en considération de la spécificité de chaque affaire, de ses circonstances, son histoire, ses conséquences. De plus, elle a considéré que la pénalisation du couple ayant recours à la GPA ne peut être appliquée que s'il est prouvé qu'une phase du processus de la GPA a été pratiquée en France.

---

<sup>944</sup> Cour Cass., Arrêt n° 648 du 4 Octobre 2019 (10-19.053).

Et enfin d'ouvrir une brèche pour les enfants nés par GPA à travers la référence à deux articles fondamentaux quant au traitement des questions relatives à la GPA et qui sont l'article 3-1 de la CIDE traitant l'intérêt de l'enfant et l'article 8 de la CEDH relatif à la protection de la vie privée et familiale des enfants.

**1114.** Une autre pratique est également pénalisée dans le cadre de la GPA relative au rôle de l'intermédiaire. En effet, l'article 227-12 du Code pénal puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre, lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double* ». En effet, si ce texte pénalise toute personne jouant le rôle d'intermédiaire, il est néanmoins difficile de le faire respecter face au développement des réseaux sociaux et à l'adoption de cette pratique dans d'autres pays où la GPA est légale.

C'est dans ce contexte que quelques plaintes ont été portées à l'encontre de personnes morales notamment quelques agences qui ont pour activité la promotion de la GPA.

A titre d'exemple deux agences américaines qui ont présenté en France leur programmes et processus de GPA pratiqués légalement chez eux ; cette initiative a été déplorée par un nombre d'associations qui ont porté plainte contre elle. Toutefois, la justice avait considéré que les propos tenus lors des réunions de l'agence s'agissaient uniquement d'une présentation d'un processus légal pratiqué aux Etats-Unis. Ce cas de figure expose que les conditions de cette pénalisation doivent répondre avant tout de la condition de la pratique d'une phase de GPA sur le territoire français.

L'ensemble de la réglementation adoptée par le législateur français en matière de GPA, qu'elle soit d'ordre civil ou pénal aboutit à la même conclusion qui est celle de la protection d'un nombre de principes humains et éthiques. Ainsi, l'ensemble des débats qui entoure la question de la prohibition de la GPA se réfère et se justifie principalement par la protection de l'intérêt de l'enfant. Cependant, la question qui se pose est celle de savoir si la prohibition de la GPA protège-t-elle réellement l'intérêt de l'enfant qui est une notion flexible et maniable qui ne peut pas être défini concrètement ?

Pour répondre à cette question Madame Aline CHEYNET DE BEAUPRÉ estime que l'intérêt de l'enfant en matière de GPA se manifeste à travers deux orientations d'abord celle relative à la construction de l'enfant qui intègre son identité et sa filiation puis celle relative à l'environnement parental de l'enfant qui intègre la détermination de ce dernier et sa solidité<sup>945</sup>. En effet, en ce qui concerne la construction de l'enfant, l'auteur évoque l'identité et l'accès aux origines de l'enfant et sa protection à travers la prohibition de la GPA, une méthode qualifiée de « *prohibition protectrice* », c'est-à-dire qui protège l'intérêt de l'enfant avant même qu'il soit né.

---

<sup>945</sup> Aline CHEYNET DE BEAUPRE, Prohibition de la GPA et intérêt de l'enfant en droit français, Cahier Droit, sciences & technologies, mis en ligne le 09 janvier 2018. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/cdst/535>

**1115.** C'est dans ce sens que le législateur affirme le droit de l'enfant d'avoir une origine déterminée et une filiation biologique, autrement dit une histoire 'réelle' qu'il a le droit de connaître, et ce, spécifiquement en matière de GPA qui se pratique majoritairement avec un le recours d'abord à un tiers donneur et aussi à une mère porteuse qui peut être elle-même la génitrice, ce qui aboutit dans les deux cas à entraver l'accès à l'origine pour l'enfant d'abord au niveau des dons de gamètes qui demeurent anonymes, puis par rapport à la mère porteuse qui malgré qu'elle ne soit pas anonyme, elle délègue systématiquement sa place à la mère d'intention ou (au deuxième parent) lorsqu'il s'agit d'un couple homosexuel.

**1116.** Dans l'ensemble, le législateur considère qu'il est difficile de permettre la création d'une situation qui prive l'enfant d'un droit fondamental qui est celui d'accès à ses origines, ce qui explique que l'orientation ici est plutôt préventive, que l'argument de l'intérêt de l'enfant qui sert à prohiber la GPA cache la volonté de ne pas réifier l'enfant puisqu'en la matière ce dernier représente une opération voulue, préméditée et calculée, il est donc question d'un contrôle par le législateur. Soulignant ainsi que la protection de l'intérêt de l'enfant né d'une GPA intègre systématiquement le projet de vie familiale que peut mener cet enfant. En effet, ce dernier a le droit à une famille qui veille à sa protection et à son développement, une famille qui est dans la norme constituée de deux parents.

**1117.** Or, la pratique de la GPA soulève de nouvelles situations auxquelles l'enfant doit être confronté et face à quoi il doit être protégé, puisqu'il devient question d'un enfant issu au minimum de trois intervenants pour qu'à la fin l'enfant ait uniquement deux parents. Ainsi, c'est cette élimination d'un ou des deux donneurs de gamètes ou de la mère porteuse qui pose problème, dans la mesure où il devient question de savoir si cette élimination répond réellement à l'intérêt de l'enfant. La réponse selon Madame CHEYNET DE BEAUPRE est négative, puisqu'elle considère que l'élimination de toute personne participant à la procréation ou l'engendrement dans sa globalité n'est qu'un choix plutôt 'égoïste' de la part des meneurs du projet parental ou des 'donneurs d'ordre'. Ce choix mène à une situation assez complexe puisque l'enfant se trouve face à une histoire modifiée qui dissocie les concepteurs du projet parental et des concepteurs de l'enfant<sup>946</sup>. De plus, cette modification de la réalité reflète également le danger qu'elle peut représenter pour l'enfant sur le plan moral puisqu'il se trouvera tiraillé entre une filiation biologique et une autre affective.

**1118.** Dans l'ensemble le législateur considère que la prohibition est fondée sur la protection de l'intérêt de l'enfant avant même sa naissance qui est préméditée et menée en projet qui peut dans certains cas connaître des dysfonctionnements qui menacent cet intérêt. Par ailleurs, c'est également en se référant au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant que les tribunaux contournent l'interdiction de la GPA en autorisant la reconnaissance légale des enfants nés par GPA à l'étranger<sup>947</sup>. Cependant, cette reconnaissance n'est pas systématique puisqu'elle se base sur la spécificité de chaque affaire, et se fonde sur la conviction du juge des éléments fondateurs de cette GPA.

---

<sup>946</sup> *Ibid.*

<sup>947</sup> Silvia FEDERICI, *op. cit.*, p. 152.

**1119.** La question de la transcription des actes de naissance établis à l'étranger suite à une GPA pose depuis le début des années 2000 un problème quant à la réglementation à adopter en la matière. En effet, si la règle d'une transcription d'un acte de naissance paraît simple d'une manière générale, en matière de GPA, elle subit une spécificité quant à son établissement puisqu'il est question d'établir un acte d'état civil d'un enfant né d'un processus illégal et interdit en droit français.

**1120.** D'une manière générale, la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger consiste à transcrire (ou recopier) l'ensemble des informations figurant dans l'acte étranger dans le registre de l'état civil dédié aux français nés à l'étranger afin d'accorder à l'enfant un acte d'état civil de naissance français. En théorie, cette démarche administrative n'est qu'une simple initiative personnelle et non obligatoire, puisque la transcription n'établit pas la filiation et ne crée pas les droits et devoirs entre enfants et parents qui sont déjà créés par l'acte de naissance même étranger.

**1121.** La transcription permet uniquement d'établir un acte de naissance français afin de faciliter toutes les démarches administratives faites pour les enfants et donc faciliter leur vie en France. Ainsi en théorie et selon les règles juridiques adoptées, il n'est pas obligatoire de transcrire un acte de naissance étranger afin d'établir les documents d'identité et donc exister légalement à l'égard de l'état Français. Cette règle signifie que toute personne dont l'acte de naissance est établi à l'étranger, voit son identité, sa filiation à l'égard de ses parents ainsi que l'ensemble de ses droits conservés uniquement par son acte de naissance traduit et apostillé.

**1122.** De plus, la règle juridique adoptée en la matière précise que « *pour la production de tout effet juridique en France, les actes de naissance établis à l'étranger doivent simplement avoir été établis conformément à la loi locale du pays qui les délivrent et qu'ils soient traduits et authentifiés* »<sup>948</sup>. Cependant, toute cette réglementation peut être remise en cause lors d'une suspicion de GPA, et donc une application aléatoire de ces règles de droit par l'administration française, aboutissant ainsi à de nombreux contentieux.

**1123.** Ces derniers reflètent dans le fond le débat actuel qui dure depuis le début des années 2000 sur la légitimité de la transcription d'un acte de naissance établi suite au recours à la GPA à l'étranger qui est une pratique illégale en France, la pratique judiciaire et administrative se trouve ainsi confrontée à un conflit assez complexe qui intègre la confrontation entre l'illégalité de cette pratique et la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est devenu principe fondateur en droit français quant à la protection des droits de l'enfant. En effet, c'est dans l'objectif de répondre à ce conflit que la jurisprudence a connu une évolution, qui a permis aujourd'hui à concrétiser un mouvement plutôt positif à l'égard de la transcription de l'acte de naissance mais qui pour les opposants de la GPA, est contraire au principe du refus de cette pratique par le droit français.

---

<sup>948</sup> Rapport d'information de la mission relative à la révision de la loi sur la bioéthique, n° 1572, 15 Janvier 2019, AN par M. Breton et M. Touraine, in Caroline MECARY, *op. cit.*, p. 68.

En France quelques affaires illustrent le débat de la transcription des actes de naissances établis à l'étranger suite à une GPA ; elles sont considérées aujourd'hui comme des références juridiques et judiciaires en la matière. Parmi les affaires qui ont marqué jusqu'aujourd'hui la question de la transcription, il y a celles pour lesquelles la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

**1124.** En effet, parmi les premières affaires il y a les dossiers FOULON et BOUVET, dans lesquels deux hommes ont eu recours à la GPA en Inde et qui, à leur retour en France, ont élaboré des demandes de transcription des actes de naissances indiens. Pour le premier dossier, Monsieur Foulon est le père biologique d'une petite fille née en Inde d'une mère porteuse indienne, et dont les deux noms figurent dans l'acte de naissance délivré par l'administration indienne.

En rentrant en France M. Foulon effectue une reconnaissance de paternité à la mairie de Paris, puis une demande de transcription à Nantes. Suite au refus du parquet de Nantes de transcrire l'acte de naissance, le père biologique va se diriger vers le tribunal de grande instance de Nantes, qui va rendre son jugement le 10 juin 2010 en accordant droit à la demande du père biologique et en rejetant la demande du parquet et en estimant que « la filiation paternelle n'était pas mise en cause ». Suite à ce jugement, la cour d'appel va être saisie par le ministère public et qui va aller à l'encontre du premier jugement en considérant « *qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public. L'intérêt supérieur de l'enfant ne peut utilement être mis en avant par le premier requérant qui a fait le choix délibéré de mettre cet enfant et lui-même hors la loi* ». La Cour de cassation va également rejoindre cet avis en considérant que « *le refus de la transcription est justifiée puisque l'acte de naissance est rédigé dans les formes usitées dans ce pays et lorsque la naissance est l'aboutissement en fraude à la loi française, et d'un processus qui intègre le recours à la gestation pour autrui qui interdite et nul d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* ».

**1125.** Pour l'affaire BOUVET, le processus été identique, puisque Monsieur BOUVET avait eu recours à une mère porteuse qui a accouché de jumeaux ; sur leur acte de naissance, M. BOUVET et la mère porteuse figurent comme étant les parents des jumeaux. Arrivé en France M. BOUVET se dirige le 31 mars 2010 vers la mairie de La Grand-croix et effectue une reconnaissance de paternité. Suite à cette demande, le procureur de la république de Nantes souligne que l'ensemble des indices auxquels il a eu recours prouvent qu'il est question d'un recours à une GPA et donc une violation de l'article 16-7 du Code civil.

Monsieur BOUVET assigna alors le procureur de la république de Nantes devant le tribunal de grande instance. Ce dernier rendra son jugement le 17 mars 2011 considérant que « Malgré le fait que M. BOUVET avait réagi contrairement à la loi française, les conséquences de ses agissements ne peuvent pas s'appliquer sur ses enfants et qu'il ne peut être privé de ces derniers puisque la filiation entre le père et ses jumeaux est sûre et établie puisqu'il est le père biologique.

Et donc que la transcription des actes de naissances des jumeaux dans les registres de l'Etat civil répond principalement à l'intérêt supérieur de ces enfants qui est un principe qui doit être pris en considération dans toutes les décisions qui concernent l'enfant et ceci en application de l'article 3-1 de la CIDE. Le procureur de Nantes saisit alors la Cour d'appel de Rennes, qui elle décide par un arrêt du 21 février 2012 que « les éléments réunis par le ministère public établissaient bien l'existence d'un recours à une gestation pour autrui qui est une pratique prohibée par l'article 16-7 du Code civil.

Toutefois, la Cour observe qu'elle n'était pas saisie par rapport à la validité d'un recours à une GPA mais « *d'une transcription d'un acte d'état civil dont ni la régularité formelle ni la conformité à la réalité des énonciations n'étaient contestés* » ; elle conclut également que « *tant que les actes de naissance répondent aux exigences de l'article 47 du Code civil, sans qu'il y ait question d'opposer ou d'hierarchiser des notions d'ordre public tel que l'intérêt supérieur de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain* ».

Cet arrêt va être cassé par la Cour de cassation qui a rendu son arrêt le 13 septembre 2013 en constatant que « *les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus illégal ayant eu recours à une gestation pour autrui (...), ce dont il résultait que les actes de naissance établis pour les jumeaux ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a donc violé les articles 16-7, 16-9 et 336 du Code civil* ».

**1126.** Cependant, ces deux arrêts vont être cassés suite à une nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation rendue le 3 juillet 2015<sup>949</sup> ; cet arrêt a en effet cassé d'une manière partielle un arrêt de la Cour d'appel de Rennes qui refusé la transcription d'un acte de naissance établi en Russie suite à une naissance d'un enfant par GPA. Ainsi, la cour estime que « *les actes de naissances dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité, et comme mère la femme ayant accouché* », leur transcription peut être établie en se référant au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et en estimant que « *l'acte de naissance étranger est régulier, non falsifié et que les faits déclarés correspondent à la réalité* ».

**1127.** C'est dans ce contexte que la Cour européenne des droits de l'Homme avait condamné la France suite aux arrêts qui annulaient la transcription des actes de naissances des enfants nés suite à un recours à une GPA. En effet, les magistrats européens ont conclu d'abord dans l'affaire *Menesson et Labassé* du 26 juin 2014 que nous avons déjà développé plus haut, puis le 21 juillet 2016 dans les affaires *Foulon et Bouvet*, que cette annulation représente une violation du droit à la vie des enfants.

Il semble évident que la question de la transcription des actes de naissances établis à l'étranger suite à un recours à la GPA a connu une évolution jurisprudentielle marquée par des arrêts évolutifs rendus par la Cour de cassation notamment celui du 3 juillet 2015, puis le 5 juillet 2017, permettant la reconnaissance des enfants nés par GPA à l'étranger à travers la transcription des actes de naissances établis. Toutefois, cette possibilité de transcription ne concernait jusqu'en 2017 que le père biologique et appelait le conjoint de ce dernier ou le parent d'intention d'avoir recours à la procédure d'adoption afin qu'il soit reconnu comme le deuxième parent.

---

<sup>949</sup> Cour cass., Arrêt n° 619 du 3 Juillet 2015, 14-21.323.

**1128.** Cette jurisprudence permettait en effet d'établir un certain équilibre qui permettait à la fois un contrôle du juge français sur la GPA réalisée à l'étranger et en même temps une protection des intérêts et des droits en présence notamment ceux de l'enfant. Une position approuvée par la CEDH, qui a rendu le 19 avril 2019 un avis favorable à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation en précisant des conditions relatives à l'accès à la procédure d'adoption, puis dans une autre décision rendue le 12 décembre 2019, la CEDH réaffirme son premier avis et juge la jurisprudence adoptée par la Cour de cassation qui se manifeste dans la procédure de l'adoption et donc qui permet aux enfants nés par GPA à l'étranger une filiation qui respecte les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme ; or, la dernière jurisprudence rendue par la Cour de cassation le 18 décembre 2019<sup>950</sup>, a permis la modification de la jurisprudence antérieure, en permettant la transcription de plein droit des actes de naissance établis à l'étranger sans passer par la procédure de l'adoption.

**1129.** En effet, trois arrêts rendus dans des affaires d'un recours à la GPA, concernaient d'abord deux couples d'hommes, un couple franco-belge non marié<sup>951</sup> et un couple marié qui ont eu recours à la GPA aux USA et le troisième est un couple de femmes non mariées qui ont présenté un acte de naissance délivré par le Royaume-Uni<sup>952</sup>. Ainsi, dans les trois arrêts la Cour de cassation vient presque s'excuser de son ancienne jurisprudence qui permettait une transcription partielle des actes de naissance en essayant de combler le vide juridique existant en la matière à travers la réalisation d'un compromis entre l'ordre public interdisant la GPA et l'intérêt de l'enfant.

A travers ces trois arrêts, la Cour de cassation permet une nouvelle interprétation de l'article 47 du Code civil en affirmant qu'il s'agit d'une appréciation d'un mode de preuve d'une filiation déjà établie à l'étranger, et donc il est question d'un contentieux relatif à une transcription et non pas à une action relative à la filiation.

**1130.** Or, cette jurisprudence n'a pas fait l'unanimité et a suscité la réaction des opposants du recours à la GPA qui l'ont considéré comme une légalisation dissimulée, en considérant que cette décision a permis la modification de l'interprétation de l'article 47 du Code civil sur la régularité des actes de l'état civil étrangers qui dispose que pour « *la reconnaissance d'un acte de naissance étranger en France, l'acte doit être conforme à la réalité* » ; ainsi cette conformité à la réalité été appréciée par l'ancienne jurisprudence au regard du droit français, et donc considérait que l'acte de naissance étranger qui désignait la mère d'intention comme mère de l'enfant ne pouvait pas répondre à la réalité puisqu'en droit français la mère est celle qui accouche en dehors de l'hypothèse de l'adoption. Désormais suite à la nouvelle jurisprudence, l'appréciation de la conformité à la réalité de l'acte de naissance se fait aujourd'hui au regard de la loi nationale étrangère.

---

<sup>950</sup> Cour cass., Arrêt n° 1111 du 18 décembre 2019, 18-11.815.

<sup>951</sup> Cour cass., Arrêt n° 1112 du 18 décembre 2019, 18-12-327.

<sup>952</sup> Cour cas.s., Arrêt n° 1113 du 18 décembre 2019, 18-14.50.007.

**1131.** C'est dans ce sens que le débat autour de cette évolution jurisprudentielle a incité d'abord le gouvernement de présenter un amendement qui propose une modification de l'article 47 du code civil en apportant une précision qui consiste à « préciser que la conformité de l'acte de naissance étranger s'apprécie au regard des critères de la loi française »<sup>953</sup>, c'est-à-dire en matière d'acte de naissance d'un enfant né par GPA à l'étranger qui désigne la mère d'intention comme mère ne peut pas être conforme à la loi française et donc doit être annulé, un amendement présenté par le gouvernement qui comme le précisait la ministre de la justice Madame Nicole BELLOUBET, « permet de s'opposer à toutes les transcriptions des actes de naissances contraires à la loi française qui incluent d'une manière générale notamment les actes de naissance incluant plus de deux parents hors le processus d'adoption, et donc revenir à la solution antérieurement retenue c'est-à-dire établir la transcription de l'acte de naissance pour le parent biologique et permettre au conjoint d'entamer la procédure d'adoption »<sup>954</sup>. La nouvelle jurisprudence a en effet suscité la question de la limite de la pratique de la GPA et de la reconnaissance des conséquences de cette dernière, notamment dans le cadre de la réforme globale qui vise la loi bioéthique dont l'objectif principal est de moderniser et de répondre à une réalité qui met l'intérêt supérieur de l'enfant en danger suite à l'interdiction de la pratique de la GPA.

---

<sup>953</sup> L'amendement propose d'insérer un article 47-1 qui soit rédigé comme suit : « Tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant ou faisant apparaître la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères ».

« Les dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à la transcription partielle de cet acte ou de ce jugement, ni à l'établissement d'un second lien de filiation... ».

<sup>954</sup> Disponible sur : [www.publicsenat.fr](http://www.publicsenat.fr).

## Chapitre II : L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'autorité parentale.

**1132.** L'évolution du droit de la famille dans tous les systèmes juridiques est le reflet de l'évolution sociale dans son ensemble, puisqu'il est fondé sur la transformation de deux institutions fondamentales qui sont le mariage et la filiation. En effet, ces deux institutions représentent les deux piliers sur lesquels repose la famille, dont le rôle principal est de faire de l'enfant un membre bénéfique à la société, à travers la mission qui est attribuée aux parents en créant des liens juridiques entre les parents et les enfants. Dans les deux systèmes juridiques, marocain et français, la question de tâches octroyées aux parents a connu une grande évolution qui a permis le passage d'un enfant objet de droit à un enfant sujet de droit, qui exige l'engagement des parents dans la garantie de la préservation et le développement de l'enfant.

**1133.** Cette transformation de la place accordée à l'enfant et l'émergence d'une prise en considération de son intérêt supérieur dans tous les rapports et toutes les décisions qui le concernent, a permis une influence majeure sur les rapports juridiques qui se nouent entre l'enfant et ses parents. En effet, comme nous l'avons déjà précisé, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu un fondement principal dans l'élaboration de la plupart des textes qui concernent les mineurs, tantôt pour protéger l'enfant contre toute violation de ses droits, tantôt pour permettre d'accorder à l'enfant plus d'autonomie, de liberté et de choix quant aux décisions qui le concernent.

Toutefois, bien que les textes internationaux et ceux adoptés par le législateur contemporain tentent d'adopter de plus en plus de textes accordant aux enfants plus de droits sans l'intervention des parents afin de concrétiser l'esprit de l'enfant sujet de droit, la vulnérabilité de l'enfant et son besoin d'une protection particulière exigent que même lors de l'exercice de ces droits, l'enfant doit être obligatoirement représenté ou accompagné par une personne majeure. Ainsi, dans ce cadre, le rôle de cette personne majeure se manifeste à travers l'autorité parentale qui intègre le rôle de protecteur, gardien ou encore de représentant pour agir dans l'intérêt de l'enfant.

**1134.** En principe, ce sont les parents qui exercent l'autorité parentale qui dans le droit contemporain est irriguée par le principe de coparentalité qui exige que la mère et le père exercent à égalité leur rôle parental dans le respect de l'intérêt de l'enfant<sup>955</sup>. Cette coparentalité est aujourd'hui intégrée dans la majorité des textes adoptés par les législateurs marocains et français, et vise à concrétiser d'abord l'égalité entre l'homme et la femme mais également à garantir à l'enfant un développement équilibré fondé sur sa relation avec ses deux parents.

Toutefois, si cet exercice commun de l'autorité parentale semble être une évidence pendant le mariage en se référant à l'intérêt de l'enfant comme un principe fondateur de cette coparentalité, cette dernière devrait continuer même après la séparation des parents.

---

<sup>955</sup> Philippe. BONFILS, Adeline. GOUTTENOIRE, Droit des mineurs, Paris, Dalloz, Coll., Précis, 2014, n° 554, p. 348.

Cependant, la concrétisation de cette coparentalité dans l'exercice de l'autorité parentale n'est pas évidente dans tous les systèmes juridiques. Ainsi, si en droit français les réformes ont permis d'établir et d'adopter un équilibre favorable à l'intérêt de l'enfant en faisant de ce principe une priorité, dans d'autres systèmes considérés de traditionnels tels que le droit marocain, les éléments constitutifs d'une coparentalité réelle et équilibrée sont insuffisants tels que l'égalité des droits et des devoirs entre l'homme et la femme au sein du couple et en l'occurrence ceux du père et de la mère à l'égard de l'enfant, ou encore la favorisation d'une coparentalité attachée à l'état du mariage et au statut matrimonial des parents, et donc l'intérêt de l'enfant qui découle de cette situation peut s'avérer très limité.

Toutefois, dans les deux modèles juridiques, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en la matière paraît une évidence dans le cadre de l'évolution sociale et familiale. Ainsi, il devient difficile de négliger le rôle d'influence de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant d'abord dans l'attribution de l'autorité parentale (Section 1), mais également dans son exercice, dans la mesure où ce dernier devient un élément même de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'objectif de garantir son développement (Section 2).

## **Section 1 : L'influence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale.**

**1135.** Aujourd'hui, dans les deux systèmes juridiques français et marocain, l'adoption des vertus humanistes du droit et l'engagement des deux pays dans la concrétisation des principes fondamentaux des droits de l'Homme et en l'occurrence ceux de l'enfant, ont abouti à l'adoption d'un esprit de protection accrue de l'enfant. Cette protection se manifeste dans l'intégration et la reconnaissance du principe de l'intérêt de l'enfant dans toutes les questions qui le concernent, une prise en considération qui a permis de repenser le bien-être de l'enfant dans le cadre familial dans son ensemble. Toutefois, malgré l'écart existant entre la conception française et marocaine du droit de la famille, la réflexion sur les droits de l'enfant permet d'établir quelques convergences en la matière<sup>956</sup>, puisqu'elle est fondée sur l'importance de la famille et de la place qu'elle préoccupe en tant que cellule de base de chacune des sociétés. Ainsi est le cas de toute réflexion faite à l'égard de l'enfant et de la protection de son intérêt, puisque l'obligation de sa protection est présente dans les deux systèmes, toutefois, elle ne répond pas à des critères identiques puisque la conception même de l'intérêt de l'enfant en droit français n'est pas similaire à celle adoptée par le législateur marocain, qui fonde sa conception sur des principes islamiques qui répondent à d'autres préoccupations et d'autres critères.

**1136.** En effet, cette différenciation de conception quant à la prise en considération de l'intérêt de l'enfant est manifeste dans de nombreuses institutions du droit de la famille telle que l'autorité parentale. Par conséquent, cette institution qui, en droit français se définit comme étant « *un ensemble de droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* »<sup>957</sup>, et comme une fonction que les parents doivent assurer en protégeant l'enfant dans sa sécurité, sa santé, sa moralité, et en assurant son entretien, son éducation et la gestion de ses biens.

**1137.** Or, en droit marocain la notion d'autorité parentale n'existe pas en tant que telle, puisque le législateur marocain a fait le choix de dissocier les droits et devoirs des parents à l'égard de l'enfant entre les droits détenus par le tuteur qui est le représentant légal de l'enfant et les missions confiées à la personne qui assure la garde. Entre ces deux conceptions relatives aux droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, de nombreuses questions peuvent être développées afin de comprendre l'acheminement de la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière, puisqu'en principe l'attribution de l'autorité parentale en droit français, la tutelle et la garde en droit marocain sont fondées sur la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. Toutefois, l'exercice et l'attribution de cette autorité parentale ne peut être réalisée dans l'intérêt de l'enfant sans la constitution d'un modèle juridique qui permet de décerner à l'homme et à la femme une égalité entière en matière familiale.

---

<sup>956</sup> Mélina DOUCHY-OU DOT, Les enfants et la séparation des parents, RIDC, 2010, pp. 623-651.

<sup>957</sup> Article 371-1, Code civil.

**1138.** Le rôle des parent vise à garantir à l'enfant son bien-être sans qu'il soit influencé par la condition et la situation du couple, tel que le précise le groupe de travail en la matière présidé par Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ qui précise que l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale doivent être « *l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, dans la famille fondée sur le mariage comme dans la famille créée hors mariage, que le couple parental soit uni ou qu'il soit désuni* »<sup>958</sup>. Ainsi, le principe de référence de cette institution est l'intérêt supérieur de l'enfant et de veiller à sauvegarder la relation entre l'enfant et ses deux parents puis de permettre à ce dernier de profiter d'une éducation commune. L'objectif est supprimer la logique d'une monoparentalisation qui constituait dans tous les systèmes juridiques la règle lors des divorces et des séparations, puisque l'enfant était souvent confié à un seul parent en accordant à l'autre parent un droit de visite<sup>959</sup>.

**1139.** Dans ce sens, le législateur français a fourni un grand effort d'évolution progressif depuis l'adoption de la loi du 4 juin 1970 permettant la création de l'autorité parentale conjointe et dont le texte novateur est profondément animé par la pensée du Doyen CARBONNIER, jusqu'à l'adoption de la dernière réforme du 4 mars 2002 visant à établir une égalité des parents quant à leurs droits en la matière quelque soit leur situation familiale.

Tandis qu'en droit marocain, la question de l'égalité du couple en matière d'attribution de la tutelle et de la garde est récente et ne s'est manifestée qu'à partir de la réforme du droit de la famille en 2004. Ainsi, l'introduction d'une égalité très limitée n'a pas permis un bouleversement profond des règles et des normes traditionnelles, religieuses et culturelles qui constituent le rôle de chacun des parents à l'égard des enfants, et donc de nombreuses limites se sont manifestées devant la concrétisation de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, dans les deux systèmes juridiques, l'évolution de l'autorité parentale est fortement marquée par le passage d'une autorité parentale imprégnée par la puissance paternelle et une inégalité entre les deux parents dans leurs droits et devoirs, à une nouvelle perception fondée sur la recherche de l'égalité entre les parents et recherchant une meilleure considération de l'intérêt de l'enfant (Paragraphe 1). Une considération qui devient le fondement de toute décision relative à l'attribution de l'autorité parentale mais également à la séparation de l'enfant de ses parents dans l'objectif de protéger son intérêt supérieur (Paragraphe 2).

---

<sup>958</sup> Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN, l'autorité parentale en question, Presse universitaires du septentrion, 2003, p. 122.

<sup>959</sup> Véronique ROUYER, Coparentalité : Un mythe pour quelles réalités ?, EMPAN, 2008/4, n° 72, pp. 99-100.

**Paragraphe 1 : L'attribution de l'autorité parentale fondée sur le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**1140.** La transformation de la place accordée à l'enfant dans la majorité des systèmes juridiques contemporains permet de souligner l'importance accordée à la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, sa prise en considération a permis l'adoption de nombreux textes nationaux et internationaux dans l'objectif d'apporter à cette notion l'ensemble des éléments qui peuvent la constituer notamment en matière familiale. Depuis l'adoption de la CIDE en 1989, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant s'imisce de plus en plus dans les textes nationaux notamment ceux relatifs au droit de la famille, puisque les dispositions de la convention permettent de souligner de grands principes qui aboutissent à la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est à la base un principe abstrait.

Parmi ces dispositions, il y a le droit de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, de vivre avec eux et en toute supposition conserver ses relations avec ces derniers sauf lorsque ces relations peuvent être contraires à cet intérêt (Art. 9), le droit de retrouver sa famille en cas de séparation (Art. 10), son droit à la protection de sa vie privée (Art. 16). Le texte souligne également d'autres éléments qui se manifestent à travers la responsabilité des parents (Art. 18), le droit de l'enfant d'être protégé contre les mauvais traitements (Art. 19), ainsi que son droit à un niveau de vie décent (Art. 27).

L'ensemble de ces dispositions ont permis l'influence des deux systèmes juridiques français et marocain, toutefois, l'échelon de cette influence n'est pas identique puisqu'en droit français la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son ensemble n'a pas attendu l'adoption de la CIDE et s'est manifestée bien avant avec l'intégration des principes philosophiques et idéologiques des droits de l'Homme qui ont permis à l'enfant, à travers l'adoption de l'institution de l'autorité parentale, une concrétisation meilleure de son intérêt supérieur. Quant au droit marocain, il est encore loin d'estimer que l'influence de la CIDE a permis une meilleure prise en considération de l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où l'évolution des rôles attribués aux parents demeure très limitée dans le texte et encore plus dans la pratique.

#### ***A- De la puissance paternelle à l'autorité parentale.***

**1141.** En droit français comme en droit marocain, l'institution fondamentale était la puissance paternelle qui attribuait au père une autorité entière sur ses enfants dans un cadre familial marqué de patriarcat. Certes, dans les deux juridictions, elle représentait une autorité protectrice qui prenait fin à la majorité de l'enfant, mais l'absence de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et de la considération de ce dernier comme étant un sujet de droit dans les règles adoptées faisait de cette protection un élément d'abus ou de négligences de certains pères laissant leurs enfants dans des situations d'abandon moral ou matériel. Cette relation traditionnelle entre les parents et leurs enfants a connu une grande transformation d'un modèle traditionnel dont la fonction principale était « la transmission » ; une transmission vaste et globale qui inclut selon

le Professeur DE SINGLY « *la transmission du patrimoine, de la reproduction et de la conservation voire l'amélioration des valeurs d'une génération à une autre, et dont le moment fort est celui de la désignation des héritiers légitimes (...) et donc une forme de transmission directe et progressive* ». Ce même auteur considère que cette transmission s'est modifiée dans le nouveau modèle familial puisqu'elle est devenue « *indirecte et se fonde sur la reconnaissance de la valeur de l'enfant ce qui a permis de rendre la dimension de l'autorité parentale moins centrale et la valeur de toute transmission de s'assimiler à une nouvelle fonction qui est celle d'une mobilisation familiale générale visant à offrir la réussite pour l'enfant* »<sup>960</sup>.

Une transformation qui a influencé le rôle des parents et la place de l'enfant au sein de la famille, dans la mesure où la réalisation de la réussite recherchée pour l'enfant ne se limite plus à une question de patrimoine ou de valeurs sociales transmissibles, mais à une prise en considération prioritaire de la protection et du développement de la psychologie de l'enfant. Dès lors que tous les enfants naissent avec « une identité cachée » qui doit être découverte et développée par eux-mêmes mais avec l'aide de leurs proches, afin qu'ils puissent atteindre l'épanouissement et l'équilibre de leur personnalité.

**1142.** En d'autres termes, cette nouvelle conception d'enfant au sein de la famille moderne répond à l'introduction de nouveaux éléments contemporains qui à leur tour répondent à ce développement qui doit être positif dans toutes les situations dans lesquelles l'enfant se trouve. Cette perception est définie par Madame Françoise DOLTO comme suit : « *le développement d'un enfant se fait comme il se doit, au mieux de ce qu'il peut, selon la nature qui est la sienne au départ, quand il se sent aimé par ses parents qui s'aiment et qu'il y'a de la gaieté dans l'air (...) un enfant heureux, bien dans sa peau, c'est celui qui se développe comme il a, lui, à se développer avec ses particularités qui seront respectées* ». Cette définition accorde une perception nouvelle et encore plus libérale à l'enfant qui n'est plus considéré comme un objet que les parents souhaitent

---

<sup>960</sup> Françoise DE SINGLY, Qu'est ce qu'un bon parent ? in L'autorité parentale en question, sous la direction de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN, Presses universitaires du septentrion, 1ere éd, coll Droit des personnes et de la famille, 2003, p. 15.

modeler ou réaliser selon leurs souhaits à travers la transmission, mais il devient pour les parents un sujet d'écoute et d'observation qu'ils assument et dont le seul objectif est celui de permettre à l'enfant de connaître et comprendre sa personnalité à travers deux dimensions « *lui donner confiance, et lui fournir une image de son identité* »<sup>961</sup>.

Autrement dit, si la définition et la perception de l'enfant changent, le rôle des parents doit également répondre à ce changement et s'adapter en adoptant un rôle parental équilibré qui accorde plus de liberté à l'enfant et qui respecte ses choix et son développement personnel, tout en assurant la sécurité et la liberté nécessaire à sa personne. C'est dans ce sens que le passage de l'autorité paternelle à l'autorité parentale semble répondre à de nouveaux principes contemporains relatifs aux couples mais surtout à l'enfant, ce qui reflète une sorte d'adaptation du droit aux évolutions des mœurs et aux nouveaux besoins auxquels il faut de nouvelles lois<sup>962</sup>.

**1143.** En France, la loi du 4 juin 1970 représentait la grande révolution des relations entre les parents et leurs enfants, son adoption ayant permis de modifier toutes les règles relatives à ces rapports au sein de la famille. En effet, le texte a permis la suppression de la puissance paternelle<sup>963</sup> qui consistait « *à écarter le rôle de la femme dans l'éducation ou de prise de décision concernant ses propres enfants en affirmant la responsabilité unilatérale du père* ». L'adoption du texte a abouti principalement à la création d'une nouvelle institution qui est celle de l'autorité parentale, qui conserve dans la forme le droit des parents de contrôle, de décision et de droit exercés sur l'enfant. Par ailleurs, sur le fond elle diffère de deux traits qui se manifestent dans un premier temps dans la concrétisation de l'égalité des droits et de devoirs entre les parents à l'égard de leurs enfants, et marque pour la première fois un passage subtil de la conception « *de l'enfant qui répond à l'intérêt de ses parents, à des parents qui répondent à l'intérêt de l'enfant* »<sup>964</sup>.

Toutefois, malgré l'évolution que cette loi ait marquée à travers le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale, cette dernière reste très limitée dans les dispositions adoptées par le législateur puisque son exercice a été consacré uniquement « *dans l'hypothèse où cette concertation pouvait être tenue pour acquise à partir de l'existence d'une démarche juridique antérieure, et donc une autorité parentale commune conditionnée par l'union du mariage, d'un mode de vie, et de la cohabitation. Autrement dit le législateur réserve cet exercice commun aux parents légitimes non divorcés, considérant que l'exercice commun de cette autorité ne pouvait pas être systématique lors d'un divorce difficile pour faute ou pour la famille naturelle* »<sup>965</sup>.

---

<sup>961</sup> *Ibid*, p. 16.

<sup>962</sup> Hugues FULCHIRON, Pourquoi légiférer sur l'autorité parentale ? in *L'autorité parentale en question, id, ibid.*, p. 27.

<sup>963</sup> Il est à noter que la puissance paternelle incluait depuis la période romaine, un droit de correction plus au moins élargi selon les époques en allant jusqu'au droit d'emprisonner les enfants en cas de mauvaises conduites.

<sup>964</sup> Guy RAYMOND, L'autorité parentale sous contrôle ?, *Enfance & Psy*, 2003/2, n° 22, p. 25.

<sup>965</sup> Claire NEIRINCK, L'autorité parentale, institution 'mythée', in *Regard critiques sur quelques révolutions récentes du droit*, Tome 2, presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, éd. Lextenso, p. 27.

Voir également dans ce sens, Solène PELLETIER, Les exercices de l'autorité parentale, in *Journal du droit des jeunes*, 2003/9, n° 229, p. 33 et s.

Pour Madame Claire NEIRINCK, cette limite posée par le législateur à l'époque ne reflétait pas un manque d'audace ou un conservatisme, puisque le législateur accordait cet exercice à la mère lorsque le couple n'était pas marié et même lorsque l'enfant est reconnu par les deux parents<sup>966</sup>.

**1144.** Par ailleurs, les limites de la loi du 4 juin 1970 ne vont pas résister à l'évolution constante de la prise en considération de l'égalité entre l'homme et la femme dans la société d'une manière générale et au sein de la famille en particulier, et d'autre part celle des droits de l'enfant et de son intérêt d'être élevé par ses deux parents. Ainsi, l'évolution législative apportée à ces deux mythes<sup>967</sup> s'est traduite par une évolution des concepts philosophiques et sociaux qui ont permis d'instaurer progressivement des conceptions fondamentales qui concernent la société, la famille et l'enfant en particulier. En effet, depuis l'adoption de cette première loi visant la suppression de la puissance paternelle, d'autres éléments ont contribué à réformer toutes les questions relatives à l'autorité parentale; parmi celles-ci :

- Le développement de la perception de l'enfant qui ne se présente plus comme un incapable mineur, mais comme une personne ayant des droits à protéger et dont la CIDE est le texte référentiel de cette protection.
- L'évolution de la famille dans son ensemble, suite à l'adoption des différents modes d'unions, aux divorces, et aux enfants qui naissent au sein de ces modes familiaux qui ne connaissent pas la même stabilité que celle offerte auparavant avec le mariage. Ainsi, le législateur a dû s'adapter à ce mouvement en adoptant des lois qui ne se limitent pas à instaurer une différenciation entre le rôle de la mère qui consistait à garder et éduquer les enfants alors que le père était chargé d'apporter l'aide matérielle. Autrement dit, le législateur a cherché des solutions permettant d'affirmer l'égalité des rôles entre le père et la mère au-delà de la dissociation du couple.
- La participation d'un élément social marquant qui est celui de la dépendance des adolescents de leurs parents plus longtemps<sup>968</sup>.

**1145.** En se référant à ces éléments, l'adoption de trois lois successives semblait être une évidence dans l'objectif d'améliorer les lois et de les adapter à l'évolution sociale. Ainsi, la loi du 22 juillet 1987 dite loi Malhuret<sup>969</sup> a marqué plus d'évolution en offrant la possibilité aux parents naturels d'exercer l'autorité parentale en commun tout en conservant la limite d'une déclaration d'accord conjoint de cet exercice devant le juge des tutelles.

---

<sup>966</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>967</sup> Dans ce sens Madame Claire NEIRINCK, considère que l'égalité des parents en matière d'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant d'être éduqué par ses deux parents sont des mythes mutuellement renforcés dont l'un sert d'un justificatif à l'autre.

<sup>968</sup> Guy RAYMOND, *op. cit.*, p. 25.

<sup>969</sup> Loi N° 87-570, F.DEKEUWER-DEFOSSEZ et F.VAUVILLE, D, 1988, chr., 137.

Puis, la loi du 8 janvier 1993<sup>970</sup> qui affirmera une avancée encore plus importante et plus significative dans la mesure où l'exercice de l'autorité parentale va être attribué aux deux parents sans aucune distinction entre les couples naturels ou légitimes en établissant quelques consistions.

Ces conditions sont du nombre de deux, d'abord lorsque les parents reconnaissent l'enfant avant son premier anniversaire et qu'ils habitent en commun lors de cette reconnaissance, ce qui a permis son inscription dans l'article 372 du Code civil qui était réservé uniquement aux couples légitimes.

Enfin, la loi du 4 mars 2002 qui a été adoptée dans l'objectif de reprendre les recommandations de la commission DEKEUWER-DEFOSSEZ<sup>971</sup>, permettant d'abord d'instaurer une égalité totale dans l'exercice de l'autorité parentale sans aucune distinction entre famille légitime et famille naturelle, et ce à, travers la modification d'un nombre de dispositions dont ceux énoncés dans les articles 372 du Code civil et 373-2 du même texte, affirmant que la séparation des parents ne doit pas influencer ou impacter l'exercice de l'autorité parentale. Puis, d'intégrer d'une manière explicite le principe de l'intérêt de l'enfant qui devient un élément fondamental de définition, d'attribution et d'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, la réforme de 2002 a permis l'introduction de nombreux principes inspirés principalement et explicitement de la CIDE, en prévoyant l'association de l'enfant à toutes les décisions qui le concernent en prenant en considération son âge et son degré de maturité.

**1146.** L'objectif ultime de cette réforme était d'apporter une affirmation quant à quelques principes participant à la reconnaissance de l'autorité parentale telle qu'elle est établie aujourd'hui, notamment la volonté d'affirmer l'égalité entre tous les enfants légitimes et illégitimes ; d'adopter un équilibre et une égalité entre l'homme et la femme au sein du couple à travers la coparentalité et l'autorité parentale conjointe ; et enfin d'établir un équilibre entre les relations parents-enfants avec l'évolution des droits de l'enfant et l'introduction des principes de la CIDE dont l'intérêt de l'enfant en matière d'autorité parentale<sup>972</sup>.

**1147.** L'équilibre recherché par le législateur français a en effet bousculé de nombreuses règles afin d'adopter un esprit de loi favorable au nouveau rôle accordé aux parents qui est celui de l'accompagnement commun de leurs enfants. Toutefois, cette évolution textuelle permet de s'interroger et de porter la réflexion quant à la notion de « l'autorité parentale » elle-même et de ses limites.

Cette dernière intègre aujourd'hui tous les droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, en soulignant qu'ils doivent avoir pour finalité l'intérêt de l'enfant et que ce dernier doit être associé aux décisions qui le concernent. Une combinaison qui peut paraître contradictoire, entre autorité et prise en considération de l'avis de l'enfant puisque le dernier alinéa de l'article 371-1 du Code civil dispose que « *les parents*

---

<sup>970</sup> Loi N° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

<sup>971</sup> Il est à noter que la commission recommandait la conservation du terme de l'autorité parentale, la pression n'a pas permis de remplacer l'autorité parentale par le terme de la responsabilité parentale.

<sup>972</sup> Claire DAVIDSON, Hervé HAMON, Autorité parentale dans la famille et autorité dans le cadre de l'assistance éducative : une histoire de respect, Dialogue, 2004/3, n° 125, p. 26.

*associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* »<sup>973</sup>.

La réponse à cette question consiste à avancer que l'incitation à la recherche de l'avis de l'enfant ne permet pas la disparition de l'autorité puisque la référence à cet avis est facultative et conserve un caractère symbolique, et que l'absence de ce recours à l'avis de l'enfant n'est pas puni par la loi. Cette prise en considération allégorique de l'avis de l'enfant laisse comprendre que l'autorité des parents n'a pas disparu et qu'elle reflète encore aujourd'hui des privilèges non négligeables aux parents, ainsi pour Guy RAYMOND, « *l'obligation qui est faite aux parents de prendre l'avis de l'enfant ne doit pas être analysée comme une démission des parents et une toute puissance de l'enfant, mais comme un principe pédagogique qui consiste à associer l'enfant aux décisions qui le concernent* ». Autrement dit, l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent est adoptée dans l'objectif d'une concrétisation en droit interne du principe de l'intérêt de l'enfant et de son droit à la participation dont la CIDE en fait des objectifs fondateurs de la protection des droits de l'enfant.

**1148.** Par ailleurs, face à cet équilibre revendiqué et adopté par la dernière réforme de 2002 entre l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, nombreux sont les auteurs qui considèrent que cette réforme a adopté un caractère plutôt flou quant à l'autorité parentale, dans la mesure où le législateur a permis le remplacement de certains de ses éléments constitutifs qui étaient adoptés explicitement par la loi de 1970. Ces éléments consistaient à préciser les droits et les devoirs des parents à l'égard de leurs enfants tels que le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Or le texte adopté aujourd'hui se limite à évoquer ces droits d'une façon plutôt vague notamment lorsqu'il s'agit du droit de garde évoqué à travers une de ses applications, en indiquant que l'enfant ne peut pas quitter le domicile familial sans la permission de ses parents, la modification de la référence directe au devoir des parents à l'éducation qui intègre le principe global de l'obligation d'entretien à travers l'article 371-2, ou encore la disparition du droit de surveillance qui était lié au droit de garde et qui permettait aux parents d'exercer un contrôle plus précis et plus strict qui concernait ses fréquentations et ses activités, voire même sur son corps<sup>974</sup>.

**1149.** Ainsi, ces modifications ont permis l'apparition de deux lectures quant à la suppression des composantes explicites de l'autorité parentale; d'abord une lecture favorable qui jugeait les composantes énoncées par l'ancien texte comme 'dépassées' notamment dans le cadre de l'évolution des droits de l'enfant et de la prise en considération de son intérêt. Puis, une seconde lecture qui apporte un certain doute à la puissance de l'institution de l'autorité parentale dans la mesure où elle considère que la suppression de ses composantes représente un affaiblissement de cette autorité puisque cette dernière est devenue floue et difficile de nommer les prérogatives qui la composent.

---

<sup>973</sup> Il est à noter que la loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019, relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires est venue renforcer la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en soulignant que « l'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques ».

<sup>974</sup> Claire NEIRINCK, *op. cit.*

Un positionnement qui selon Claire NEIRINCK vide la notion de l'autorité parentale de son fondement symbolique matériel et immatériel qui représentait 'une forme de squelette'. Ce concept attribuait un corps réel à la notion de l'autorité parentale, devenue aujourd'hui une notion dont le contenu est mou et imprécis, qui offre une grande liberté d'interprétation quant à sa composition.

**1150.** Face à ces deux lectures de la notion de l'autorité parentale et de son contenu, il semble évident que le législateur ne s'est pas limité à la lecture pessimiste évoquant l'affaiblissement de la notion de l'autorité parentale face à la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, puisqu'il a continué à travers l'adoption des lois relatives au droit de la famille telle que la loi relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires adoptée le 10 juillet 2019, modifiant de nombreuses dispositions permettant d'affirmer l'intégration progressive de l'intérêt de l'enfant en faisant de ce principe l'élément fondamental de l'autorité parentale

**1151.** Contrairement à l'engagement et à l'évolution adoptés par le législateur français depuis les années soixante-dix, son homologue marocain quant à lui n'a pas osé franchir plus tôt les limites imposées par la puissance paternelle qui est restée la seule institution de référence pour les droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants jusqu'à la dernière réforme du Code de la famille adoptée en 2004. En effet, avant cette réforme, la puissance paternelle représentait la seule forme d'autorité protectrice au sein de la famille, dans la mesure où elle attribuait l'autorité essentiellement au père sur ses enfants mais également sur l'ensemble des membres de la famille dont la mère. Un cadre traditionnel patriarcal qui adoptait une conception spécifique des droits de l'enfant et de son intérêt au sein de la famille.

**1152.** Dans ce sens, l'ancien Code du statut personnel avait adopté cette perception traditionnelle en affirmant le rôle attribué au père en matière de tutelle et de représentation légale telle qu'elle est définie par l'ancien texte qui dans son article 148 disposait que : « *La personne qui exerce la tutelle légale est, en droit, le père du mineur ou le juge. Elle est désignée sous le nom de « tuteur légal »*, et en accordant le droit de la Garde (la hadana) à travers l'article 99 du même texte au père et à la mère en cas de mariage et en priorité à la mère lors de la dissolution du mariage mais dont le père demeure le premier tuteur légal.

**1153.** Ainsi, le législateur de 2004 a adopté cette conception traditionnelle de l'autorité parentale loin de celle adoptée par le droit français et qui est inspirée directement du droit musulman<sup>975</sup> qui ne reconnaît pas l'institution de l'autorité parentale en tant que telle, puisqu'il opère une distinction très marquée entre les différentes composantes de cette institution que ce soit au niveau des rapports aux titulaires, ou par le temps de son intervention<sup>976</sup>.

---

<sup>975</sup> M. NOKKARI, Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la sunna, in *L'enfant en droit musulman* (Afrique, Moyen-Orient), Actes du colloque du 14 janvier 2008 à la Cour de cassation, Paris, société de législation comparée, 2008, pp. 33-44.

<sup>976</sup> Dina Charif FELLER, La garde (HADANAH) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien, ed Droz, coll Comparativa, 1996, p. 45.

Ainsi, le droit musulman établit deux principales composantes de l'autorité parentale dans sa perception musulmane, d'une part de la garde (*la hadana*) qui signifie en droit musulman « *serrer à ses côtés ou serrer entre ses bras ou sur sa poitrine* » et qui est conçu juridiquement comme une modalité de la tutelle sur la personne, et d'autre part de la tutelle légale (*Wilaya*)<sup>977</sup>.

**1154.** En droit marocain ces deux composantes représentent l'ensemble des droits et de devoirs conférés aux parents pour assurer la protection, l'entretien et l'éducation de leurs enfants, une fonction dont la finalité est de protéger l'intérêt de ces derniers. La nouvelle conception adoptée par le texte de 2004 reflète un acheminement identique à celui du droit français tout en préservant la spécificité religieuse qui incarne le domaine du droit de la famille marocain. Cette évolution se manifestant dans la volonté du législateur de mettre en place une égalité entre l'homme et la femme dans l'attribution et l'exercice de ces deux rôles, et de faire sortir la femme d'un simple rôle traditionnel et d'intégrer le principe de l'intérêt de l'enfant en tant qu'un élément directeur en la matière. De plus, nombreux sont les éléments qui ont influencé le législateur dans l'objectif de moderniser les questions relatives à la garde et à la tutelle.

**1155.** En effet, il est d'abord question des engagements internationaux approuvés par l'Etat marocain et dont la CIDE ou encore la CEDAW<sup>978</sup> qui représentent des piliers et des références à une attribution et un exercice commun des droits et devoirs des parents dans l'objectif de la protection de l'enfant. Puis, une référence à la constitution marocaine qui a réaffirmé cette volonté de modernisation en disposant dans son article 19 que « *l'homme et la femme jouissent, à égalité des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental énoncés dans le présent titre...* ».

**1156.** C'est dans cet esprit que le texte adopté en 2004 a prévu d'intégrer ces principes de l'égalité des parents et de la concrétisation de l'intérêt de l'enfant en consacrant à chacun des éléments composant l'autorité parentale un titre entier qui détaille la garde (*hadana*) et la tutelle légale (*la wilaya*), mais avant cela il s'est engagé pour la première fois à introduire une série de droits fondamentaux de l'enfant. Un engagement qui s'est traduit à travers l'article 54 qui énumère l'ensemble des devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, qui s'illustrent dans la protection de leur santé, l'établissement et la préservation de leur identité, garantir leur filiation, assurer leur garde et leur pension alimentaire, veiller à l'allaitement, assurer leur croissance et leur intégrité physique et psychologique, assurer leur orientation religieuse, et enfin leur assurer leur enseignement.

---

<sup>977</sup> Certains auteurs du droit musulman tels que Muhammad Abu zahrah, définissent l'autorité parentale comme étant une fonction de *wilayah* (tutelle) du père dans la mesure où l'enfant demeure soumis au père dès sa naissance jusqu'à sa puberté ou sa majorité. Elle constitue la pratique de trois tutelles : D'abord la tutelle de l'éducation (*tarbiyah*) qui vise à prendre soin de l'enfant dès sa naissance et certains considèrent que c'est la garde qui est attribuée à la femme car la maternité lui est innée ; la tutelle sur la personne de l'enfant, dont le père est le premier concerné puisqu'il a l'obligation de protéger l'enfant à l'intérieur et à l'extérieur de la famille. Et enfin, la tutelle sur les biens lorsque l'enfant possède un patrimoine, elle intègre la gestion des biens jusqu'à que l'enfant atteigne l'âge de la majorité et qu'il soit capable de gérer ses biens.

<sup>978</sup> Le Maroc a ratifié et adhéré à la CEDAW le 21 juin 1993, sans l'émission d'aucune réserve notamment aux dispositions relatives à la famille telles que l'article 16. En effet, ce dernier a été l'objet de réserves par de nombreux pays arabes tels que l'Égypte ou encore la Tunisie qui a levé ses réserves qu'en 2014.

**1157.** D'autre part, le législateur a également embrassé une nouvelle définition plus moderne de la garde (la hadana) qui le définit dans l'article 163 comme suit : « *la garde de l'enfant consiste à préserver celui-ci de ce qui pourrait lui être préjudiciable, à l'éduquer et à veiller à ses intérêts* ». Elle est déléguée à une personne qui doit prendre toutes les décisions nécessaires dans l'objectif de protéger l'enfant dans sa sécurité physique et morale, une fonction attribuée à travers l'article 164 aux deux parents durant le mariage. A sa dissolution, l'article 171 prévoit l'ordre des personnes à qui ce droit doit être attribué, en précisant que la garde revienne prioritairement à la mère jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de la majorité légale et en accordant à l'enfant qui atteint l'âge de quinze ans de choisir entre son père et sa mère.

**1158.** Toutefois, ce privilège accordé à la mère ne concerne qu'une prise en charge relative à la personne de l'enfant, puisque toute autre prise en charge relative aux intérêts matrimoniaux demeure attribuée au titulaire de la wilaya (tuteur légal) qui revient au père selon l'article 231 qui dispose que « *la représentation légale est assurée par : le père majeur ; la mère majeur, à défaut du père ou par suite de la perte de la capacité de ce dernier ;(...)* » Ou encore à travers l'article 238 qui dispose que : « *la mère peut exercer la tutelle sur ses enfants, à condition : qu'elle soit majeure et que le père, par suite de décès, d'absence, de perte de capacité ou pour tout autre motif, ne puisse assumer la tutelle* ». Ainsi, que ce soit pendant le mariage ou après le divorce, la mère ne peut être tutrice de l'enfant que sous condition de l'absence du père.

**1159.** La réglementation adoptée par le législateur démontre l'adoption d'une conception spécifique de l'autorité parentale qui s'inspire du droit musulman et qui s'adapte également au modèle familial adopté par la société marocaine qui malgré le fait qu'il ait subi une grande évolution, demeure aujourd'hui imprégné par le caractère religieux de la place attribuée à l'homme au sein de couple qu'il soit uni ou désuni, vu que la hadana est attribuée à la mère et la wilaya à l'homme ce qui élimine la possibilité d'adopter une conception d'autorité parentale fondée sur une coparentalité.

En effet, la difficulté d'adopter cette coparentalité se manifeste principalement lors du divorce, puisque ce concept de coparentalité n'a jamais fait l'objet d'une concrétisation ni en droit musulman ni à travers les réformes menées par le législateur marocain en la matière. Ainsi, le droit marocain adopte également cette conception plutôt traditionnelle qui attribue systématiquement *la hadana* à la mère même après le divorce et *la Wilaya* au père au-delà de la rupture, cette dernière étant fondée sur le principe adopté dans l'article 236 qui dispose d'une façon explicite que : « *le père est de droit le tuteur légal de ses enfants, tant qu'il n'a pas été déchu de cette tutelle (...)* ».

**1160.** Toutefois, à cette règle il existe quelques exceptions que le législateur a prévues dans l'objectif de créer et d'adopter un certain équilibre au sein de ces rapports, permettant dans certaines situations d'abord d'accorder au père la garde (hadana) lorsque la mère se trouve dans l'impossibilité ou dans l'incapacité d'assurer cette garde dont les conditions et les qualités de son exerçant sont énoncées dans l'article 173 du Code de la famille. Puis, d'accorder à la mère le titre de tuteur légal (wilaya) à la place du père lorsque ce dernier est soit incapable de l'assurer ou lorsqu'il décède tel qu'il est disposé dans l'alinéa 2 de l'article 238 « *la mère peut exercer la tutelle sur ses enfants, à*

*condition qu'elle soit majeure, que le père, par suite de décès, d'absence, de perte de capacité ou pour tout autre motif, ne puisse assumer la tutelle ».*

De plus, l'exclusivité de l'exercice de la tutelle se manifeste encore plus en matière de la protection du patrimoine de l'enfant, puisque le père est la première personne qui conserve le droit d'administrer légalement le patrimoine de l'enfant tel qu'il est énoncé dans l'article 211 qui dispose que : *« les personnes incapables et les personnes non pleinement capables sont soumises, selon le cas, aux règles de la tutelle paternelle, maternelle, testamentaire ou dative, dans les conditions et conformément aux règles prévues au présent Code ».*

Ainsi, le législateur fait du père le tuteur obligatoire et naturel pour ses enfants en lui accordant le droit d'administrer l'ensemble de ses biens, et en lui accordant la représentation légale dans tous les actes de la vie civile ou tout autre acte qui doit être effectué pour ou par l'enfant.

**1161.** L'ensemble de ces éléments reflète la perception du législateur marocain, qui considère que ce modèle adopté est le plus adapté à la société marocaine et à la conception de la parentalité qui répondent à la fois à l'héritage religieux mais également à l'évolution progressive de la société marocaine en intégrant la possibilité offerte aux parents d'adopter un mode équilibré quant aux relations entretenues entre les parents et l'enfant, à travers l'article 181 du texte qui dispose que : *« Le père et la mère peuvent convenir, dans un accord, de l'organisation de la visite et le communiquent au tribunal qui en consigne le contenu dans la décision accordant la garde »*, l'adoption de cette disposition ne reflétant pas une réelle coparentalité puisqu'elle ne peut être exercée que dans le cadre du respect d'une séparation entre la garde et la tutelle légale, toutefois, les deux institutions reflètent l'affirmation du droit musulman.

### ***B- Le contenu de l'autorité parentale.***

**1162.** Dans les deux systèmes juridiques, l'autorité parentale dote les parents d'un ensemble d'instruments qui leur permettent de remplir leur fonction parentale et qui concrétisent le lien existant entre les parents et leurs enfants. En effet, il est vrai que *« la loi ne dit pas, et ne peut manifestement pas dire, comment il convient d'éduquer les enfants. Mais elle doit dire qui en est chargé »*<sup>979</sup>. C'est pour cette raison que les législateurs des deux systèmes juridiques élaborent un ensemble d'outils qui désignent principalement les parents comme les principaux responsables à assurer l'autorité parentale. Un rôle qui se manifeste à travers le droit de garde, le droit de visite, le droit et le devoir de décider pour l'enfant, de le protéger et de l'éduquer.

En référence à ce rôle exercé par les parents, la CIDE évoque le terme de la responsabilité de ces derniers à travers l'article 18 qui dispose 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 (...) »*. En effet, l'intégration de cette disposition semble évidente que ce soit en droit français ou marocain.

---

<sup>979</sup> Henri BATIFFOL, Existence et spécificité du droit de la famille, Arch. philo, dr. 1975, p.7, spéc. p. 12.

Toutefois, une réflexion de taille peut être soulevée quant à la terminologie employée dans les deux juridictions qui évoquent l'expression de l'autorité parentale et non pas de la responsabilité.

Comme nous l'avons précédemment souligné, dans les deux systèmes la référence au rôle parental a connu l'évolution de la puissance paternelle qui incarnait le rôle unique du père en illustrant la '*patria potestas*' du droit romain. Ce droit lui accorde un pouvoir sur l'ensemble de la famille en incarnant l'absolutisme monarchique dont « *la naturelle révérence des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance* »<sup>980</sup>. Cependant, l'évolution de l'individualisation du droit et la recherche de la protection du droit individuel de chaque membre de la famille notamment l'enfant qui passe d'un enfant objet de droit à un enfant sujet de droit, ont permis l'évolution de cette fonction et donc le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale.

**1163.** En effet, l'adoption de l'autorité parentale renvoie à l'idée d'un pouvoir de protection<sup>981</sup> qui abandonne la hiérarchisation familiale et l'exclusivité paternelle dans ce rôle en accordant une sorte d'égalité entre la mère et le père. Ainsi, l'évolution en droit marocain a été également fondée sur la référence du droit musulman qui fonde l'institution de la famille sur la puissance paternelle. C'est en suivant ce cadre historique que les deux systèmes juridiques adoptent aujourd'hui la terminologie de l'autorité parentale, ainsi la question qui se pose c'est de savoir pourquoi l'évolution de ce rôle accordé aujourd'hui aux deux parents<sup>982</sup> n'a pas continué vers l'adoption du terme employé dans la CIDE qui est celui de la « responsabilité parentale ».

**1164.** Cette notion qui est aujourd'hui adoptée dans de nombreux textes internationaux tels que la CIDE à travers les articles 5, 18, 27 du texte qui évoquent « la responsabilité commune des parents » et le rôle de l'Etat est de surveiller la fonction de cette responsabilité. Ainsi, 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 eu sein de l'union européenne, dans laquelle les articles 16 et 17 visent à favoriser l'exercice en commun de la responsabilité parentale, notamment lors d'un changement de lieu de résidence. Ou encore le règlement « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, qui reprend un nombre de dispositions de la Convention de la Haye. En effet, ce texte définit comme « *un ensemble des droits et obligations conférés à une personne physique ou morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant. Il comprend notamment le droit de la garde et le droit de visite* ».

---

<sup>980</sup> Préambule de la Déclaration royale de 1639 sur le mariage.

<sup>981</sup> François TERRÉ et D. FENOUILLET, Droit civil, La famille, 8<sup>ème</sup> éd., Précis, Dalloz, 2011, p. 878.

<sup>982</sup> L'attribution de l'autorité parentale aux deux parents connaît de nombreuses limites en droit marocain quant à son attribution et son exercice.

Ainsi le premier principe de la recommandation n° R (84) 4 du comité des ministres du conseil de l'Europe précise que : « *les responsabilités parentales sont l'ensemble des pouvoirs et devoirs destinés à assurer le bien-être moral et matériel de l'enfant, notamment en prenant soin de la personne de l'enfant, en maintenant des relations personnelles avec lui, en assurant son éducation, son entretien, sa représentation légale et l'administration de ses biens* »<sup>983</sup>. Cependant, la référence internationale et européenne n'a pas incité les législateurs français et marocains à d'adopter la terminologie de la responsabilité parentale malgré leurs réformes assez récentes dont l'intégration de l'expression de la responsabilité parentale semblait être une évidence<sup>984</sup>.

**1165.** En effet, le choix entre 'autorité' et 'responsabilité' dans les deux systèmes juridiques n'est pas anodin, dans la mesure où il reflète la vision adoptée par le législateur en la matière. Autrement-dit le choix du législateur entre l'adoption d'une fonction centrée sur l'enfant en adoptant le terme 'responsabilité'<sup>985</sup> ou faire le choix d'une perception d'une fonction construite par rapport aux parents.

En ce qui concerne le premier choix, il est question d'une vision qui met l'enfant et son intérêt au centre du dispositif et donc fait du rôle parental un devoir de répondre à l'intérêt de l'enfant, autrement dit, un devoir d'encadrement au service de l'épanouissement de l'enfant et non pas une autorité. Un autre élément marque également cette différence, qui est l'élargissement du cadre de cette fonction lorsqu'il est question de responsabilité, dans la mesure où la centralisation du principe de l'intérêt de l'enfant et de sa recherche rend le cercle des responsables qui peuvent concrétiser cet intérêt élargi à des personnes autres que les parents.

Quant au second modèle qui se réfère à la notion de l'autorité, il sauvegarde quant à lui une sorte de soumission de l'enfant où le rôle des parents demeure actif et où l'intérêt de l'enfant intègre également le rôle et la place attribués aux parents. Toutefois, l'évolution du principe de l'intérêt de l'enfant et de sa prise en considération marque de plus en plus un glissement vers une responsabilité parentale dans l'objectif de répondre au mieux à l'intérêt de l'enfant tel qu'il évolue.

**1166.** C'est dans ce sens et sur la référence de cette différenciation entre l'autorité parentale et la responsabilité parentale que le choix de la terminologie semble être important, malgré qu'ils répondent tous les deux à un contenu unique c'est-à-dire à celui du droit de protection, droit de visite, l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, la différence semble être manifeste puisque chacune répond à une philosophie de fonction parentale différente de l'autre, que les états tentent de rapprocher avec la vision de la responsabilité parentale adoptée par les instruments internationaux à travers les fonctions attribuées aux parents.

---

<sup>983</sup> Recommandation n° R (84) 4 du comité des ministres du conseil de l'Europe 28 février 1984, principe 1. A.

<sup>984</sup> Il importe de souligner qu'en France, nombreux sont les auteurs, les spécialistes et les politiques qui appellent au remplacement de l'autorité parentale par la responsabilité parentale. En effet, les députés H. MARTINEZ et C. MENARD ont déposé une proposition de loi le 7 février 2012 visant à remplacer l'autorité parentale par la responsabilité parentale soulignant dans leur proposition que « le terme de l'autorité renvoie à une notion de droit sacré que les parents détiennent et à une subordination de l'enfant vis-à-vis l'adulte » et que la référence à la responsabilité parentale renvoie à une meilleure prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans toutes les questions qui concernent sa protection.

<sup>985</sup> Fabienne. JAULT, La notion de responsabilité parentale, Dr.et pat. Juin 2005, nbp n° 6, p. 58.

**1167.** Dans les deux systèmes juridiques 'l'autorité parentale' constitue un ensemble de droits et de devoirs ayant pour objectif la protection des droits de l'enfant ; elle est une fonction confiée aux parents parce qu'ils conservent une vocation première et principale à s'occuper de leurs enfants.

En effet, les parents jouissent d'une « *présomption d'aptitude* »<sup>986</sup> à élever leurs enfants. Les élever veut dire assurer leur protection et leur développement jusqu'à l'âge adulte. Il est donc question d'une fonction qui perdure dans le temps, telle qu'elle a été décrite par SAVATIER qui considérait que : « *le père ou la mère n'a pas achevé sa tâche à la naissance. Le petit d'Homme a besoin encore de son père et de sa mère tant qu'il n'est pas lui-même devenu un homme ou une femme. A ce moment seulement, s'achèvera la mission naturelle du père et de la mère. Et cette mission d'accomplir l'être humain qu'ils ont mis au monde a le caractère auguste qu'implique son rôle fondamental dans le développement même de l'humanité* »<sup>987</sup>. Toutefois, cette mission n'est pas attribuée uniquement aux parents mais elle peut également être attribuée à une tierce personne lorsqu'il y a empêchement pour les parents afin de garantir à l'enfant le bon développement si son intérêt l'exige.

**1168.** La fonction attribuée aux parents à travers l'institution de l'autorité parentale est principalement due à la vulnérabilité de l'enfant. En effet, l'incapacité de ce dernier oblige chaque état à adopter un type de régime de protection des mineurs<sup>988</sup> qui débute à travers le rôle des parents. Ainsi, dans les deux systèmes juridiques la définition de cette fonction fait de l'intérêt de l'enfant l'ultime objectif.

En droit français le législateur le définit d'une manière explicite dans l'article 371 al. 2 comme une fonction « *pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité pour assurer son éducation et permettre son développement* », alors que le droit marocain adopte une définition plutôt éparpillée à travers différentes dispositions relatives au droit de la garde et à celui de la tutelle légale, tout en conservant les mêmes principes qui sont la protection de la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant.

**1169.** En effet, ces éléments illustrent deux grands axes de la fonction parentale qui sont : une fonction de protection et une fonction d'éducation. En ce qui concerne la première, elle se matérialise par la garantie et la protection d'abord de la sécurité de l'enfant c'est-à-dire le protéger de toute exposition de danger ou de risque qu'elle soit physique ou psychologique. De protéger sa santé, qui peut s'agir de la santé physique ou encore morale. Ainsi si l'article 24 de la CIDE proclame « *le droit pour tout enfant de jouir du meilleur état de santé possible* » et appelle les Etats à s'engager contre toutes les mesures préjudiciables à la santé de l'enfant. Puis la protection de la bonne santé de l'enfant et qui fait des parents les titulaires de toute compétence relative à la prise des décisions pour effectuer tous les actes matériels et médicaux permettant la guérison et la protection de la bonne santé de l'enfant<sup>989</sup>.

---

<sup>986</sup> Marie-Laure. DELEFOSSE-CICILE, Le lien parental, sous la direction de F. TERRE, Paris II, 2001.

<sup>987</sup> René. SAVATIER, Le contrôle de la puissance paternelle, D. 1947, chron., p. 21. V. également L. GAREIL, L'exercice de l'autorité parentale, sous la dir. De L. LEVENEUR, Paris II, 2004, LGDJ, p. 527.

<sup>988</sup> Gérard. CORNU, Droit civil, La famille, 9ème éd., Paris, Montchrestien, 2007, p. 154.

<sup>989</sup> Article L. 1111-4 al. 3 du Code de la santé publique français.

**1170.** Dans le même sens, le législateur marocain a également adopté explicitement cette obligation en l'intégrant dans l'article 54 du Code de la famille relatif aux devoirs des parents à l'égard de leurs enfants qui dispose qu' : « *il est du devoir des parents d'assurer leur protection et veiller sur leur santé depuis la conception jusqu'à l'âge de la majorité* » et de « *prendre toutes mesures en vue d'assurer la croissance normale des enfants, en préservant leur intégrité physique et psychologique en veillant sur leur santé par la prévention et les soins (...)* ». Toutefois, ce devoir de protection connaît quelques limites ; d'abord lorsqu'il est question du consentement des parents par rapport à certaines interventions ou décisions médicales qui peuvent être plus importantes que l'appréciation des parents et donc le consentement de ces derniers peuvent être mis à l'écart dans l'objectif de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. Ou encore lorsqu'il s'agit des décisions des parents relatives à l'intimité de l'enfant ce qui se heurte avec le principe du respect de la vie privée de l'enfant.

**1171.** La protection de la moralité, quant à elle, consiste plus à protéger l'équilibre psychologique de l'enfant qui acquiert aujourd'hui de plus en plus d'importance dans la mesure où elle devient progressivement un élément de caractérisation de l'intérêt de l'enfant. Elle consiste à protéger l'enfant de toute atteinte à son intégrité morale qui peut être provoquée par un harcèlement moral que l'enfant subit que ce soit de son entourage proche ou éloigné ou encore lorsqu'il s'agit d'une atteinte à l'équilibre et la stabilité de l'enfant lors d'un divorce. C'est d'ailleurs dans cette perspective que la justice manifeste sa prise en compte de la psychologie de l'enfant, et rend par exemple un arrêt le 18 avril 2000, dans lequel la Cour de cassation avait décidé de refuser le retour d'un enfant après son enlèvement par sa mère La Cour a justifié cette décision par la prise en considération de l'intérêt de l'enfant psychologique qui peut risquer un déséquilibre psychologique grave<sup>990</sup>. Toutefois, malgré les références législatives en droit français comme en droit marocain, la prise en considération de la protection morale demeure aujourd'hui limitée dans la pratique puisqu'elle représente un élément encore très récent notamment pour le système juridique marocain où la spécificité de l'institution de l'autorité parentale et celle de l'intérêt de l'enfant ne permettent pas l'adoption d'une supériorité de cet intérêt moral de l'enfant.

**1172.** La seconde fonction attribuée aux parents est celle de l'éducation, le législateur français l'inscrit dans l'article 371-1 alinéa 2 qui engage les parents « *à assurer l'éducation et permettre son développement dans le respect de sa personne* ». Le législateur marocain quant à lui l'inscrit dans l'article 169 du Code de la famille qui dispose que : « *le père 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...* ». Pour les deux attributions, la question de l'éducation intègre de nombreux éléments, en effet, il ne s'agit pas uniquement de l'éducation quotidienne qui permet à l'enfant d'apprendre à vivre au sein de la société<sup>991</sup>, mais il est également question de l'engagement des parents à assurer

---

<sup>990</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 avril 2000, bull. civ. I n° 112 p. 76, pourvoi n° 97-20809, Gaz., pal. 2000, n° 216, obs. F. Ghilain, Rev. Crit. DIP 2001. 341, note E. Gallant, in thèse, Gwenaëlle HUBERT-DIAS, *op. cit.*, p. 102.

<sup>991</sup> Dalloz Action Droit de la famille 2010/2011, sous la dir. De Pierre MURAT, 4<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 787.

l'éducation morale, intellectuelle, religieuse, civique, politique et professionnelle de l'enfant.

**1173.** La question de l'éducation permet de soulever un nombre de droits et devoirs des parents à l'égard de l'enfant. En effet, évoquer l'éducation, c'est tenir compte du droit accordé aux parents d'abord à travers l'article 26-3 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui leur permet de choisir le genre d'éducation qu'ils souhaitent donner à leurs enfants, puisqu'ils conservent toute la liberté de choisir le mode d'éducation qu'ils jugent adapté au modèle familial qu'ils souhaitent. Ce choix intègre toutes les décisions prises par les parents en matière d'éducation, du choix d'enseignement, de l'orientation éducative ou professionnelle, un droit qu'ils conservent jusqu'à la majorité de l'enfant, et dont les Etats sont tenus de respecter<sup>992</sup>.

Toutefois, l'exercice de cette fonction d'éducation doit entièrement respecter l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, ce droit accordé aux parents est un devoir dont ils assument à la fois l'obligation et les conséquences, ainsi les parents se trouvent obligés de scolariser leurs enfants, puisqu'eion d'un enfant ou le fait de ne pas l'inscrire à l'école représentent une infraction pénale<sup>993</sup>. En droit marocain, cette question fait son introduction pour la première fois dans le Code de la famille à travers l'article 169 qui évoque « *l'éducation et l'orientation scolaire* »<sup>994</sup>.

En outre, ce devoir d'éducation porte en lui une réelle concrétisation de l'intérêt de l'enfant dans la mesure où l'enjeu de cette fonction est celui de transmettre à l'enfant les outils nécessaires pour qu'il puisse devenir un adulte accompli et indépendant.

**1174.** Un autre élément s'ajoute également à cette fonction d'éducation et qui concerne la transmission des valeurs religieuses aux enfants. En effet, cette question est dotée d'une grande sensibilité notamment dans les pays où la transmission représente une obligation et non pas un choix telle qu'elle est adoptée en droit marocain. Ainsi, ce dernier fait de la transmission de la religion musulmane une obligation des parents et lui consacre un nombre d'articles, d'abord l'article 145 qui évoque « la transmission de la religion musulmane à l'enfant né d'un père musulman » ; l'article 54 al. 6 qui fait du devoir des parents « d'assurer leur orientation religieuse... » ; l'article 173 al. 3 qui oblige le gardien d'avoir la capacité « *d'élever l'enfant sous garde, d'assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux, physique et moral et de veiller sur sa scolarité* ».

---

<sup>992</sup> Il importe de souligner que l'obligation des Etats à respecter le choix des parents quant au choix d'éducation, n'est réglementé que pour les Etats européens, tenant compte de l'article 2 du protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme : « L'état, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». Alors qu'en droit marocain l'absence d'un texte explicite qui s'intéresse à la question du respect du choix de l'éducation rend la possibilité du choix difficile, sauf lorsqu'il s'agit de l'éducation religieuse, où la référence au droit musulman et à l'obligation de transmettre à l'enfant une éducation religieuse devient une obligation.

<sup>993</sup> Article 227-17-7, Code pénal.

<sup>994</sup> Il est à souligner que l'enseignement est obligatoire au Maroc depuis le Dahir n° 1-63-071 du 13 novembre 1963 relatif à l'obligation d'enseignement, qui dans son article premier évoque que : « l'enseignement est obligatoire pour les enfants marocains des deux sexes depuis l'année où ils atteignent l'âge de sept ans jusqu'à treize ans révolus ». Toutefois, des éléments d'ordre sociaux-économiques et l'absence de pénalisation de la non-scolarisation des enfants permet encore aujourd'hui que le nombre des enfants non scolarisés soit haut notamment dans les zones rurales.

**1175.** Ainsi, il semble évident que le législateur marocain n'accorde pas de liberté de choix quant à l'éducation religieuse des enfants, puisque l'enfant né d'un parent marocain musulman est considéré comme musulman de fait, et donc la transmission des valeurs de cette religion doit être assurée par les parents. Contrairement à cette perception, le droit français accorde la grande liberté aux parents de décider positivement de transmettre une religion et une pratique religieuse à l'enfant, ou de faire le choix d'élever leur enfant sans aucune religion.

**1176.** Enfin, la fonction de l'éducation intègre également l'élément de la discipline qui aujourd'hui et suite au développement de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant devient un sujet de débat quant à la manière de sa pratique. En effet, l'évolution des droits de l'enfant ont clairement influencé la pratique de la discipline qui s'est transformée d'un droit de la correction physique et psychologique sur l'enfant, à un droit plus doux qui consiste à punir l'enfant dans le respect de sa personne, de son intégrité physique et psychologique et dans le respect de son intérêt, tout en rejetant les maltraitances. Ce principe de discipline sans maltraitance ne cesse d'évoluer et d'être légiféré notamment en France, la dernière loi adoptée le 2 juillet 2019 visant à interdire « *les violences éducatives ordinaires* », qui a permis la modification de l'article 371-1 du Code civil qui dispose que « *l'autorité parentale s'exerce sans violence physique ou psychologique* ». Ainsi, l'adoption de cette loi réaffirme la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et de la protection de son intégrité physique et psychologique même lorsqu'il est question d'éducation et de discipline par les détenteurs de l'autorité parentale.

Le droit marocain quant à lui est encore loin de cette perception protectrice, il demeure encore limité par une famille plutôt traditionnelle et une absence de sensibilisation quant aux conséquences des pratiques violentes à l'égard des enfants même lorsqu'elles sont dans un cadre éducatif.

### ***C - Vers une égalité d'attribution de la garde en droit marocain.***

**1177.** La question de l'égalité homme-femme dans les sociétés développées telles que la France a connu une grande évolution qui a abouti aujourd'hui à faire de cette égalité un principe fondamental dans la société et au sein de la famille. Cette évolution a en effet, permis le passage d'un texte qui définissait le mari comme seul responsable et protecteur de la famille et de la femme et qui a fait de l'obéissance de cette dernière à son mari un devoir, à l'adoption d'une égalité entière de droit et de devoirs dans l'ensemble au sein de la famille. En effet, pour adopter cette égalité, il est question d'une abolition de la « *hiérarchie conjugale* »<sup>995</sup> qui particularisait l'ensemble des règles relatives à l'institution du mariage, où le mari disposait du monopole décisionnel dans toutes les affaires de la famille.

L'apparition des principes égalitaires des sexes au sein des textes nationaux et supranationaux, qui se sont traduits à travers l'attribution de la pleine capacité juridique à la femme et à une répartition égalitaire des rôles et des pouvoirs au sein de la famille<sup>996</sup>. Une évolution qui a abouti principalement à l'adoption de la coparentalité<sup>997</sup> qui a conduit à la promotion et à la concrétisation de l'exercice commun de la responsabilité parentale par les deux parents dès l'établissement de la filiation à l'égard des deux parents. Ainsi, cet acheminement vers l'établissement de l'égalité entre les deux parents a permis le développement progressif de l'ensemble des règles constituant l'institution de l'autorité parentale qui s'attribuent sans aucune différenciation ni de la nature de la filiation ni du lien conjugal des parents avec une attribution de plein droit.

**1178.** Pour le droit marocain, l'établissement de cette coparentalité et l'adoption d'une égalité totale entre l'homme et la femme dans l'institution de l'autorité parentale semble être plus complexe, de par la spécificité du régime adopté par le législateur en la matière. En effet, la perception spécifique de l'autorité parentale adoptée par le législateur marocain, quant à elle, consiste à établir une séparation entre les deux institutions principales de la garde et de la tutelle légale.

En effet, elle a permis à travers l'évolution du droit de la famille de réformer les règles adoptées dans l'objectif de moderniser le rôle attribué à chacun des parents afin de décerner au couple une égalité de droits au sein des deux institutions. Cependant, les références religieuses, sociales et culturelles des deux institutions dont le législateur s'inspire principalement, forment souvent une barrière à l'établissement de cette égalité, notamment lorsqu'il s'agit d'un rôle dont l'attribution est liée à l'élément religieux et social.

Cette liaison réaffirme le rôle attribué à l'homme en tant que responsable de la famille matériellement et moralement, en affirmant un modèle patriarcal fondé sur le rôle de

---

<sup>995</sup> L. HINCKER, Couple conjugal et couple parental, Etude comparative des législations française et allemande, Rev. sc. soc., 1996, n° 23, pp. 178-182, spéc. p. 179.

<sup>996</sup> La loi du 13 juillet 1907.

<sup>997</sup> M. T. MEULDERS-KLEIN, Vers la co-responsabilité parentale dans la famille européenne, R.T.D. Fam, 1991, pp. 5-28.

l'homme à l'intérieur et à l'extérieur de la famille et à celui accordé à la femme dont la responsabilité se limite à son rôle et à son lien affectif avec ses enfants.

Face à une famille plutôt traditionnelle, le législateur a fait le choix lors de toutes ses réformes notamment celle de 2004 de se contenter d'apporter quelques modifications à la perception traditionnelle de chacune des institutions.

**1179.** Pour une meilleure évolution des règles en matière de garde ou de tutelle légale, le législateur s'est intéressé au principe de l'intérêt de l'enfant qui constitue aujourd'hui l'élément commun dont l'introduction a permis de percevoir le rôle des parents à travers la garde et la tutelle légale d'un angle plus moderne. Toutefois, si l'adoption du principe de l'égalité entière entre le couple en matière de tutelle légale demeure aujourd'hui fragilisée par le rôle attribué au père, l'institution de la garde se trouve également prisonnière entre une prérogative maternelle et l'intérêt de l'enfant qui exige l'égalité du rôle des parents à l'égard de l'enfant.

**1180.** En droit marocain comme en droit français, la question de la garde (*hadana*) ne pose pas de véritables problèmes durant le mariage puisqu'elle s'exerce sous la couverture du partage et d'égalité entre les parents où l'enfant est placé sous leur garde commune. Toutefois, à la dissolution du lien matrimonial, nombreuses sont les interrogations et les réflexions à élaborer quant à l'égalité des droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants. Ces droits et devoirs constituant l'institution de la garde visant tout d'abord la protection de l'enfant, et obligeant la personne qui la détient à assurer la préservation physique et psychologique. En droit musulman, *la hadana* peut être définie comme le souligne Linant DE BELLEFONDS comme : « *une institution sui generis créée par le droit musulman afin de restreindre dans un système essentiellement patriarcal, les pouvoirs du père sur son enfant en bas âge. Ce dernier, a besoin, avant tout, des soins de sa mère et, à son défaut, d'une femme ; soins qui ne peuvent être assurés que s'il demeure sous la garde non seulement matérielle, mais juridique, de sa mère ou d'une autre titulaire de la hadana*<sup>998</sup> ».

Elle est également considérée comme une tutelle affective dont tout enfant en bas âge en a besoin<sup>999</sup>, c'est pour cela qu'elle est attribuée en priorité à la mère et à la lignée maternelle jugeant l'établissement du lien affectif entre l'enfant et la mère et sa famille de plus fort et plus solide, dans la mesure où l'attribution de la garde est accordée en priorité à la mère.

Par ailleurs, si les juristes musulmans se sont mis d'accord sur l'attribution de la garde à la femme en se référant au lien qui se crée à la naissance et à l'importance et la sacralité de l'accouchement, ils se sont néanmoins divisés sur la nature juridique de la garde entre un droit ou une obligation de la personne qui en prend la charge.

**1181.** En effet, les conséquences divergent selon la thèse adoptée et défendue, dans la mesure où si on considère que la garde est un droit de l'enfant, il devient question de prendre en considération et en priorité son intérêt supérieur sur toute autre question ou considération.

---

<sup>998</sup> Yvon LINANT DE BELLEFONDS, traité de droit musulman comparé, T 3, p. 151.

<sup>999</sup> F. DULOUT, *La hadana*, tutelle affective dans le droit musulman et les coutumes, Revue Algérienne, 1964, p. 2. Cité par Dyaa SFENDLA, couple et famille, thèse, Toulon, soutenue en 2016.

Ce qui peut aboutir à un renversement même de l'ordre de l'attribution de la garde à partir du moment où l'intérêt de l'enfant est remis en question. Tandis que la considération de la garde comme étant un droit accordé à la femme, aboutit à une dévolution systématique de la garde à la mère sans que le principe de l'intérêt de l'enfant soit une priorité, faisant du droit de la mère à la garde la seule priorité.

**1182.** Pour la majorité des juristes, la garde constitue un véritable droit attribué à la mère, mais également un droit de l'enfant que la mère doit exercer. Toutefois, elle conserve sa liberté d'exercer ou de renoncer à ce droit, ce qui représente une liberté qui lui accorde le droit de renoncer ou d'établir un accord lors d'un divorce, et seule l'école Hanafite qui adopte la spécificité à cette thèse en considérant que la garde représente à la fois un droit et une obligation pour la mère. Toutefois, ils reconnaissent le droit de la mère à une rémunération pour l'exercice de son rôle de gardienne. Ainsi, il en résulte que pour l'école Malékite qui est le rite adopté par le Royaume du Maroc, l'institution de la garde représente un privilège féminin, dont l'attribution n'est pas remise en question dans la mesure où l'adoption d'un ordre de priorité permet d'introduire l'ensemble des personnes qui peuvent l'exercer<sup>1000</sup>.

Partant de ces principes, la réforme du Code de la famille de 2004 a permis la modification d'un nombre de dispositions afin de permettre d'abord la concrétisation de l'intérêt de l'enfant puis l'égalité entre l'homme et la femme.

L'adoption de la réforme de 2004 a permis:

- D'adopter une nouvelle définition à travers l'article 163 en intégrant une institution veillant à préserver l'enfant de tout ce qui est néfaste, à assurer son éducation et à protéger ses intérêts.
- D'adopter le prolongement de la période de la garde à dix-huit ans pour le garçon et pour la fille, sachant que l'article 102 de l'ancien texte prévoyait que la garde prenait fin à l'âge de douze ans pour la fille et de quinze ans pour le garçon, en accordant la liberté à l'enfant à partir de cet âge de choisir le parent ou le détenteur d'un droit de garde qui figure parmi les personnes citées par l'article 99 du même texte.
- D'adopter un nouvel âge de la capacité matrimoniale qui s'acquiert pour le garçon comme pour la fille à l'âge de dix-huit ans. Toutefois, il importe de souligner que cette modification sauvegarde la possibilité et le pouvoir accordés au juge d'autoriser un mariage de mineur.
- De reconnaître à l'enfant à travers l'article 166<sup>1001</sup> le droit à la participation dans les affaires qui le concernent et de lui accorder la possibilité de choisir, à partir de l'âge de quinze ans, son gardien.

---

<sup>1000</sup> Le Professeur F-P BLANC précise que seules les écoles (hanbalite et chaféite) peuvent parfois permettre l'attribution de la garde au père aux parents de la mère à partir du moment où ils sont placés au même échelon de parenté *in* Le droit musulman, *op. cit.*, p. 93.

<sup>1001</sup> L'alinéa 2 de l'article 166 dispose que : « En cas de rupture de la relation conjugale des parents, l'enfant peut à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assumera sa garde... ».

**1183.** L'approche adoptée à travers ces différentes dispositions reflète l'omniprésence de l'esprit d'une prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de garde. En effet, le législateur adopte des dispositions permettant tout d'abord l'application d'un des principes de la CIDE qui est 'la non-discrimination' et d'éliminer toutes sorte de discrimination à l'égard des filles et donc de distinction entre ces dernières et le garçon. Quant à la question des charges et des dépenses suscitée par la garde, le législateur fait référence à quelques distinctions d'abord entre le cadre de vie global accordé à la femme et à l'enfant qui englobent les frais de logement à titre d'exemple ; de la rémunération de la garde qu'exerce la femme et de la pension alimentaire<sup>1002</sup>. Autrement dit, la femme gardienne doit être rémunérée pour son rôle, le mari doit assurer à cette dernière et à ses enfants un logement décent (souvent celui où ils habitaient), et d'assurer une pension alimentaire afin de garantir à l'enfant une certaine stabilité déterminée par le juge en se référant à l'article 191 du Code de la famille.

**1184.** Par ailleurs, malgré que le législateur marocain ait essayé de moderniser l'ensemble des droits accordés à l'enfant au sein de l'institution de la garde, néanmoins, il est resté fidèle au droit musulman. Cet attachement se manifeste d'abord à travers la sauvegarde de la priorité de la mère à la garde, ainsi qu'à l'adoption des conditions d'attribution de cette garde. En effet, ces conditions sont principalement liées à la capacité de la mère à exercer cette garde dont la capacité morale demeure la référence fondamentale. La mère doit être d'abord capable, saine d'esprit afin qu'elle puisse assurer son rôle. Puis, elle doit répondre à une bonne moralité et une bonne conduite au sein de la société afin de garantir à l'enfant une bonne éducation fondée sur une moralité qui dissimule les principes de *la Ouma* (la société musulmane). Ainsi, ce dernier objectif « de la bonne éducation de l'enfant » dissimule en lui seul un élément de taille qui est celui du rôle de la gardienne d'inculquer à l'enfant les principes de la religion musulmane, ce qui implique que la gardienne doit être de la même religion.

**1185.** En droit musulman, cette question divise les quatre écoles entre celles qui adoptent la doctrine d'une possibilité d'accorder la garde à la femme non-musulmane comme les hanafites et les malékites, ou les hanbalites et chaféites qui refusent catégoriquement cette attribution et refusent d'accorder à la mère non-musulmane le droit de la garde dans la mesure où la disparité de culte représente un frein à cette attribution, chose qui peut représenter un danger pour l'intérêt de l'enfant qui risque d'être égaré de la religion qui représente en elle-même un élément de la protection de son intérêt<sup>1003</sup>.

Par ailleurs, malgré que la doctrine adoptée par les hanafites et les malékites puisse paraître plus libérale quant à la condition de la disparité de culte, elle est néanmoins superficielle puisqu'elle se heurte aux conditions posées par cette même doctrine qui chez les hanafites accorde cette possibilité d'exercice jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de sept ans seulement, âge qui représente en droit musulman 'l'âge de la raison'<sup>1004</sup>.

---

<sup>1002</sup> Art 168, Code de la famille marocain, dispose 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... ».

<sup>1003</sup> Mariam MONJID, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Etude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, édition l'Harmattan, 2013, p. 162.

<sup>1004</sup> *Ibid.*

Ainsi, une fois que l'enfant atteint cet âge, le père ou le tuteur légal conserve le droit de retirer la garde à la mère gardienne 'non-musulmane'; il est même appelé voire obligé moralement à le faire afin de préserver un enfant qui est destiné à être musulman.

**1186.** C'est dans ce sens que l'ancien texte du statut personnel adoptait à travers l'article 108 qui disposait dans son deuxième alinéa que : « (...) *lorsque la gardienne est en même temps la mère de l'enfant, elle exerce pleinement son droit de garde, à condition qu'elle ne profite pas à l'exercice de ce droit pour élever l'enfant dans une religion autre que celle de son père* », une disposition supprimée telle qu'elle est mais qui est intégrée d'une façon indirecte dans le texte de 2004 à travers l'alinéa 3 de l'article 173 qui précise que « *la mère gardienne doit assurer une sauvegarde et une protection de l'enfant sur les plans religieux, physique et moral (...)* », perception qui demeure ancrée dans la pratique judiciaire et qui influence l'attribution de la garde à la mère non-musulmane.

En outre, l'application de cette disposition vient contredire un droit concrétisant l'intérêt de l'enfant qui se manifeste dans la limite de la liberté accordée à l'enfant dans l'article 166, qui lui accorde le choix de vivre avec sa mère ou son père, puisque ce choix est conditionné par la religion du gardien que l'enfant choisit. Autrement dit, l'enfant se trouve toujours limité dans son choix au parent musulman malgré que son intérêt supérieur puisse être avec le parent non-musulman puisque la conception même de cet intérêt est fondée en droit musulman et en droit marocain sur la référence de l'éducation religieuse de l'enfant.

**1187.** S'ajoutent à ces conditions d'autres éléments dans lesquels le législateur marocain de 2004 a également marqué un pas de modernité visant à la fois l'égalité entre l'homme et la femme, dissimulant également la concrétisation de l'intérêt de l'enfant. En effet, il s'agit de la suppression d'une condition adoptée par le droit musulman qui consiste à retirer la garde à la gardienne qui se remarie avec un non-proche de l'enfant et ce, dans toutes les écoles juridiques. C'est ainsi, que l'ancien texte disposait dans son article 105 que : « *La gardienne qui contracte mariage avec toute personne autre qu'un proche parent (au degré prohibé) de l'enfant ou le tuteur testamentaire de cet enfant, perd son droit de garde, à moins qu'elle ne soit elle-même sa tutrice testamentaire ou la seule nourrice que l'enfant accepte* ». L'adoption de cette disposition est principalement fondée sur une référence religieuse explicite dans laquelle le prophète Mohammed avait exprimé son avis sur la question de la garde après le divorce, en s'exprimant sur le cas d'une femme qui est allée voir le prophète en lui demandant « *Mon fils le voici, je l'ai porté dans mon ventre, je l'ai allaité et je lui ai donné refuge dans mon giron. Or, son père a divorcé de moi et il veut maintenant me le prendre* » et donc le prophète dit : « *c'est à toi que revient le droit de la garde tant que tu ne te remaries pas* »<sup>1005</sup>.

---

<sup>1005</sup>Mustapha AZZUHAILI, *Al-Fiqh Al-Islami wa adillatuh*, partie 4, première éditions, 1974.

**1188.** Dans la dernière réforme de 2004, le législateur a essayé d'alléger cette règle malgré la reconduite de ce principe, permettant ainsi à la femme qui se remarie de ne pas être déchue de sa garde. Toutefois, la modernisation de cette disposition n'a pas permis la suppression totale de cette possibilité de perte de garde pour la femme qui se remarie, en adoptant un équilibre entre la règle traditionnelle et moderne, dans la mesure où la mère gardienne ne perd pas son droit de garde avant que l'enfant atteigne l'âge de 7 ans et pour garder ce droit après l'âge de sept ans, à condition de s'être remariée avec une personne qui réponde à la disposition de l'article 175 qui précise « *un parent de l'enfant avec lequel il y'a un empêchement à mariage ou s'il est son représentant légal* ».

**1189.** L'ensemble des éléments développés permettent d'établir le constat de l'effort émis par le législateur marocain dans l'objectif de se défaire du traditionalisme adopté sous le règne de l'ancien texte de statut personnel, affirmant ainsi l'introduction de nouveaux principes tels que l'égalité des parents au sein de l'institution de la garde et la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. Cependant, la question qui se pose est celle de savoir si même face aux limites religieuses adoptées par le législateur marocain, que ce soit au sein de l'institution de la garde ou dans l'ensemble du droit de la famille, on peut réellement évoquer une égalité entière entre l'homme et la femme dans l'attribution des droits et devoirs de la garde, notamment dans le cadre spécifique de la famille musulmane ainsi que la perception spécifique de la protection de l'intérêt de l'enfant au sein de cette institution. La réponse est, comme nous l'avons développée, assez complexe dans la mesure où l'absence d'égalité entre les parents dans les deux institutions de la garde et de la tutelle légale ne permet pas de marquer une évolution plus importante et plus forte dans les règles adoptées, permettant le bouleversement de cette attribution inégale qui ne répond pas réellement à une protection réelle de l'intérêt supérieur de l'enfant, malgré que ce dernier soit intégré et souligné dans de nombreuses dispositions relatives à l'institution de la garde.

**1190.** L'adoption du Code de la famille de 2004 a permis au législateur marocain d'intégrer et de faire surgir des principes fondamentaux tels que l'intérêt de l'enfant au sein de chaque institution du droit familial. En effet, en matière de garde, l'intérêt de l'enfant apparaît comme le fondement de cette institution que ce soit dans l'esprit des règles du droit musulman ou encore au sein du droit contemporain, puisqu'il a fait de ce principe la référence de l'attribution de la garde ainsi que sa déchéance. Néanmoins, si le droit de la garde est attribué prioritairement à la mère dans l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant, le rôle du père n'est pas exclu et demeure fondamental que ce soit en droit musulman ou encore dans le cadre du nouveau texte qui le renforce le principe de l'intérêt de l'enfant dans le cadre d'un partage de plus en plus équilibré entre les parents.

Le législateur de 2004 a fait de l'intérêt de l'enfant sa préoccupation majeure en essayant de transformer l'institution traditionnelle de la garde qui dans l'optique de la loi musulmane paraît comme étant un droit protecteur qui vise principalement la protection de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la garde se présente aujourd'hui au sein du Code de la famille comme étant un droit de l'enfant dont son intérêt représente l'objectif ultime de toutes les dispositions.

C'est dans ce cadre que le législateur de 2004 a introduit un nombre de dispositions visant principalement la concrétisation de cet intérêt, en effet, dans un premier temps il a fait de l'institution de la garde un droit « sous surveillance » du ministère public et ceci à travers l'article 177 du texte qui dispose que : « *le père, la mère et les proches parents de l'enfant soumis à la garde et tous tiers doivent aviser le ministère public de tous les préjudices auxquels l'enfant serait exposé, afin qu'ils prennent les mesures qui s'imposent pour préserver les droits de l'enfant, y compris la déchéance de la garde* ». Ce contrôle exercé par le ministère public permet d'examiner la difficulté de chaque situation et d'évaluer les circonstances et les risques sur l'intérêt de l'enfant, afin de permettre au tribunal de jouir d'un large pouvoir d'appréciation que ce soit pour maintien ou la déchéance de cette garde.

**1191.** Dans le même ordre d'idées, le texte adopte des mesures visant à réglementer et à organiser l'institution de la garde entre les deux parents. Ainsi l'article 108 prévoit que « *le père ou la mère qui n'a pas la garde de l'enfant a le droit de lui rendre visite et de le recevoir* », une disposition qui n'est pas nouvelle puisque le législateur n'a fait que reconduire l'ancien article 111 du statut personnel qui disposait que : « *Lorsque l'enfant est confié à son père ou à sa mère celui qui en a la garde ne doit pas empêcher l'autre de rendre visite à l'enfant ou de s'enquérir de son état...* ».

Aussi l'article 181 autorise aux parents de convenir à l'amiable d'un accord afin de garantir une organisation mutuelle des parents du droit de visite du parent qui n'a pas le droit de garde, un accord qui doit obligatoirement être communiqué au tribunal dans l'objectif d'intégrer et d'inscrire cet accord dans le jugement attribuant la garde.

**1192.** Le législateur s'est également intéressé au cas d'absence d'un accord commun entre les parents sur le droit de visite, en attribuant au tribunal le rôle d'organiser et de fixer dans la décision qui accorde la garde, les périodes, le temps et le lieu afin d'éviter toutes les tentatives de manœuvres frauduleuses, tout en prenant en considération les circonstances et les conditions de chacun des parents en adaptant le jugement à chaque situation tout en affirmant que toute décision est susceptible de recours<sup>1006</sup>.

De plus, le rôle du tribunal se trouve renforcé en matière de protection de l'intérêt de l'enfant dans la mesure où il devient compétent pour prendre toutes les mesures nécessaires permettant de faire respecter le jugement et d'empêcher toutes les dérives ou transgressions des dispositions de la décision de justice qui est prise dans l'intérêt de l'enfant.

**1193.** En effet, c'est en se référant et en accordant la priorité à sa prise en considération que de nombreux jugements ont été rendus dans ce sens notamment l'exemple de la décision rendue par le tribunal de la ville de Sidi Bannour, qui rejeté une demande d'un père qui souhaitait que la garde soit retirée de la mère de son enfant pour la raison de son remariage ; dans son rejet le tribunal évoque dans un premier temps la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la mesure où ce dernier peut être perturbé par cette décision

---

<sup>1006</sup> Article 182, Code marocain de la famille.

puisqu'elle engendre le transfert de l'enfant de la ville à la campagne où vit son père ce qui pourrait être une perturbation à son éducation et sa psychologie<sup>1007</sup>.

Dans une autre affaire, la pratique judiciaire avait également réaffirmé cette prise en considération de l'intérêt de l'enfant à travers un arrêt rendu par la Cour suprême qui a rejeté le retrait de la garde à une mère malgré son remariage en se référant au choix de l'enfant qui a exprimé sa volonté de vivre avec sa mère malgré qu'il soit âgé uniquement de douze ans<sup>1008</sup>.

**1194.** Dans l'ensemble, il est évident que la prise en considération de l'intérêt de l'enfant est manifeste dans la mesure où ce principe apparaît plus souvent dans les dispositions qui concernent l'institution de la garde afin d'en faire l'objectif principal. Par ailleurs, la difficulté et la limite de cette prise en considération apparaît dans l'absence d'égalité et des devoirs des parents en la matière. Cependant, la concrétisation de l'intérêt de l'enfant ne peut être réalisée loin de la recherche d'un équilibre de droits et de devoirs entre les parents en matière familiale dans son ensemble. Pour Madame MONJID, le texte adopté en 2004, malgré qu'il soit considéré comme novateur par rapport à l'ancien texte, a néanmoins conservé de nombreuses discriminations à l'égard des mères et ce sur deux niveaux d'abord lorsqu'il s'agit d'affirmer que le remariage représente un élément de destitution du droit de la garde pour la mère et dans un second temps, la restriction du droit de la mère en matière de tutelle puisque même lorsque la mère est la gardienne, elle est soumise à respecter la tutelle légale détenue par le père sur l'enfant et donc perd par exemple son droit de voyager à l'extérieur du pays, d'ouvrir un compte bancaire ou tout simplement d'entamer des démarches administratives sans l'accord du tuteur légal qui est le père<sup>1009</sup>.

## **Paragraphe 2 : La séparation de l'enfant de ses parents sur la base de son intérêt.**

**1195.** La prise en considération de l'intérêt de l'enfant représente aujourd'hui le noyau directeur et inspirateur de l'ensemble des règles adoptées en droit de la famille. Il est au centre de chaque institution familiale dans laquelle l'enfant peut représenter une partie ; sa protection est devenue la priorité de chaque législateur qui s'engage à concrétiser ce principe qui malgré qu'il soit passible d'interprétation, son intégration au droit interne de chaque pays reflète aujourd'hui son niveau de respect des engagements internationaux relatifs aux droits de l'Homme et ceux de l'enfant en particulier. Comme nous l'avons déjà précisé, dans les deux systèmes juridiques français et marocain, le principe de l'intérêt de l'enfant est le fil conducteur de chacun des deux législateurs au sein de l'institution de l'autorité parentale, malgré sa spécificité en droit marocain. En effet, sa prise en considération a permis à travers l'ensemble des réformes menées de privilégier la concrétisation du principe de l'intérêt de l'enfant à travers l'ensemble des éléments qui le constituent et donc de lever de plus en plus son caractère « Flou » comme le définissait le Doyen CARBONNIER.

---

<sup>1007</sup> Jugement n° 468 du 17/03/2005, dossier n°774/04, Tribunal de Sidi Bannour, Revue de justice de la famille, décembre 2006, n° 3, p. 191-193.

<sup>1008</sup> Cour Suprême, Arrêt n° 180 du 15/03/2005, Dossier n° 604/2/2/2005, jurisprudence de la Cour suprême, n° 67, janvier 2007, p. 140.

<sup>1009</sup> Marieme MONJID, *op. cit.*, p. 166.

**1196.** Ainsi, le législateur français a intégré le principe de l'intérêt de l'enfant à la définition de l'autorité parentale<sup>1010</sup>, dans l'objectif de souligner la finalité de la mission et la responsabilité des deux parents à travers les droits et devoirs visant à protéger la sécurité, la santé et la moralité, ainsi que pour assurer l'éducation et leur enfant et lui permettre un développement dans le respect dû à sa personne et à l'ensemble de la société<sup>1011</sup>.

L'organisation et la réglementation de l'autorité parentale en droit français est considérée donc aujourd'hui comme une mission d'ordre public aménagée dans l'intérêt de l'enfant et dont la responsabilité est accordée uniquement aux parents sauf lorsque son attribution est modifiée par un jugement<sup>1012</sup>.

Ainsi, seule une décision judiciaire peut entraîner le retrait de l'autorité parentale des parents. Il peut être partiel ou total et il est souvent une conséquence d'un nombre d'éléments qui participent à justifier ce retrait.

Le législateur traite la question du retrait de l'autorité parentale et de son exercice dans les articles 378 à 381 du Code civil ; ils sont résumés dans les cas d'absence des parents c'est-à-dire lorsque l'enfant a fait l'objet d'un abandon formel, lorsqu'il fait l'objet d'un désintérêt volontaire, suite à un décès des parents, etc. Egalement lorsque les parents se trouvent dans l'impossibilité d'exercer cette autorité parentale ou lorsqu'ils manquent gravement à leurs obligations. Ainsi, l'autorité judiciaire intervient dans l'objectif de protéger l'enfant et permet à d'autres personnes physiques ou morales d'assumer cette responsabilité à travers le transfert de l'autorité parentale qu'elle soit d'une manière partielle ou totale, temporaire ou durable et qu'elle vise l'un des parents ou les deux parents.

**1197.** Pour le législateur marocain, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant au sein des deux institutions de la garde et la tutelle légale qui constituent l'autorité parentale, se manifeste différemment en prenant en considération la spécificité de ces institutions et de leur référence. En effet, le législateur de 2004 n'a pas hésité à moderniser les règles des deux institutions en les attachant au principe de l'intérêt de l'enfant d'une manière explicite en faisant de ce dernier l'élément commun des deux institutions malgré que chacune soit attribuée séparément aux parents.

**1198.** En ce qui concerne l'institution de la garde, dans le chapitre relatif à l'attribution et la dévolution de la garde ainsi que le droit de visite en la matière, le principe de l'intérêt de l'enfant apparaît dans la majorité des dispositions adoptées par le texte (les articles allant de 163 jusqu'à 186). Quant à la question de la tutelle légale du père sur l'enfant, le législateur se réfère à une réglementation protectrice aux intérêts moraux et matériels de l'enfant sans pour autant se référer explicitement à la notion de l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, pour la déchéance des deux institutions, le législateur a adopté le même procédé que son homologue français, en attribuant au pouvoir judiciaire le rôle d'assurer le contrôle de la protection des intérêts de l'enfant que ce soit en matière de garde ou de tutelle légale sur l'enfant.

---

<sup>1010</sup> Art 371-1 du Code civil.

<sup>1011</sup> Annie BOUYX, Alain VOGELWEITH, Autorité parentale et Aide sociale à l'enfance, dans : *Enfances & Psy*, 2003/02, n° 22. Disponible sur : [www.cairn.fr](http://www.cairn.fr).

<sup>1012</sup> *Ibid.*

Toutefois, la spécificité de la conception des deux institutions ainsi que celui de l'intérêt de l'enfant, qui conserve des conditions tirées du droit musulman influencent d'une manière directe les conditions relatives à la déchéance ou le transfert que ce soit du droit de la garde ou encore à celui de la tutelle.

Par ailleurs, si pour les deux systèmes juridiques la prise en considération de l'intérêt de l'enfant exige tantôt le maintien des relations tantôt l'éloignement de l'enfant de ses parents dans l'objectif de le protéger, la traduction des dispositions qui permettent la concrétisation de ces deux situations se manifeste différemment entre le droit marocain et son homologue français. Cette différence se révèle importante dans la mesure où le législateur français a permis l'intégration de toutes les mesures nécessaires visant à protéger l'enfant en danger au sein de sa famille, tout en faisant de cet éloignement une exception. Tandis que le droit marocain évoque la question de l'éloignement de l'enfant de ses parents dans des situations beaucoup limitées.

#### ***A - L'éloignement de l'enfant de ses parents.***

**1199.** En matière d'autorité parentale, la protection de l'intérêt de l'enfant exige un maintien des relations parents-enfants et les suppositions pour lesquelles la restriction ou l'interruption des relations et des liens personnels de l'enfant avec ses parents doivent être l'exception. Cette perception est adoptée dans les deux systèmes juridiques avec une différenciation fondée sur la spécificité des institutions familiales et dans le respect des principes fondamentaux des relations familiales dans son ensemble.

**1200.** En droit français, comme en droit marocain le besoin et la nécessité de l'enfant d'entretenir des relations avec ses deux parents paraît comme un principe fondamental, exprimé et adopté par les deux législateurs d'une manière différente. En effet, il est traduit dans le Code civil français à travers l'article 373-2-6 qui prévoit que : « *le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents* », puis dans le Code marocain où il est traduit d'une manière indirecte dans l'article 180 relatif à la visite de l'enfant soumis à la garde en prévoyant que « *Le père ou la mère qui n'a pas la garde de l'enfant a le droit de lui rendre visite et de le recevoir* », incitant ainsi les parents à entretenir les relations avec leurs enfants.

**1201.** Cependant, la prise en considération de ce principe connaît une limite avérée due principalement « *au double rôle de la notion de l'intérêt de l'enfant* »<sup>1013</sup>, qui peut répondre à la fois au droit et à l'exception. Ainsi, si le droit est fondé sur l'entretien des relations, l'exception quant à elle permet de suspendre voire de rompre les relations entre les parents et leur enfant lorsque l'intérêt de ce dernier risque d'être remis en cause. Ainsi, pour Patrice HILT, les intérêts supérieurs de l'enfant ne peuvent pas être des éléments fondateurs de la suspension des relations parents-enfants que lorsque les circonstances sont jugées exceptionnelles et donc commandent la suspension de ces relations<sup>1014</sup>.

---

<sup>1013</sup> Patrice HILT, L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voute de la protection européenne des relations parents-enfants, AJ. Fam. 2004, p. 384.

<sup>1014</sup> *Ibidem*.

**1202.** Toutefois, pour que l'intérêt de l'enfant à suspendre ses relations avec ses parents soit une exception, il importe au législateur de dégager l'ensemble des éléments constitutifs des circonstances exceptionnelles. A ce sujet, le législateur français est explicite ; il évoque deux principales raisons pour lesquelles un éloignement de l'enfant de ses parents peut être exercé.

Ainsi, il souligne le comportement indigne des parents ou leur désintérêt à l'égard de l'enfant. Pour le premier, le Code civil prévoit deux types de comportements ; ceux prononcés par une juridiction civile et ceux accompagnés d'une sanction pénale à l'égard des parents. En effet, l'article 378 du Code civil souligne qu'ils peuvent se voir retirer l'autorité parentale, les parents qui suite à une décision expresse du jugement pénal « *sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit sur la personne de l'autre parent* » ; une disposition qui permet aujourd'hui au juge pénal de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale puisque les lois adoptées successivement en la matière ont permis l'évolution et l'extension de la protection de l'enfant.

Ainsi, la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive en cas de viol est, d'agression ou d'atteinte sexuelle commises contre un mineur par une personne titulaire sur celui-ci de l'autorité parentale permettant au juge de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale ; la loi n°2010-121 du 8 février 2010 prévoyant l'obligation du juge de se prononcer sur l'autorité parentale lorsqu'il s'agit d'une atteinte ou d'une agression sexuelle ou de viol incestueux commis par une personne titulaire de l'autorité parentale sur mineur ; ou encore la loi n° 2014-873 du 4 Août 2014 sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, qui a étendu l'obligation du juge de statuer en la matière même lorsqu'il s'agit d'autres infractions autres que celles de natures sexuelles notamment celles relative aux crimes et délits portant atteinte volontairement à la vie et à l'intégrité physique ou d'atteinte morale portant sur l'enfant ou sur l'autre parent.

**1203.** C'est dans ce sens que la justice adopte une jurisprudence constante qui considère que le retrait de l'autorité parentale suite à une condamnation pénale ne constitue pas une peine accessoire mais elle représente une mesure de protection d'ordre civil, et dont seule la partie civile pourra injecter appel<sup>1015</sup>. Il en découle également de la jurisprudence qu'il importe peu, pour les parents reconnus irresponsables pénalement pour cause de trouble mental, puisque le retrait de l'autorité parentale pourra être prononcé<sup>1016</sup>. Puis sur le volet civil, le législateur souligne à travers l'article 378-1 qu'ils peuvent se voir retirer l'autorité parentale, les parents qui ont manqué considérablement à leur fonction à travers le mauvais traitement sur la personne de l'enfant ou de l'un des parents sur l'autre ; suite à la consommation habituelle et excessive d'alcool ; à l'usage de stupéfiants, aux

---

<sup>1015</sup> Cass. Crim, 23 sept. 2008, n° 08-80.489.

<sup>1016</sup> Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 14 avril 1982, Bull. civ. I, n° 125, *in* Note juridique Observatoire national de la protection de l'enfance, Aménagement de l'autorité parentale délaissement et intérêt supérieur de l'enfant : état des lieux du cadre légal et de la jurisprudence, Octobre 2018, p. 15.

comportements délictueux ; au manque de direction ; au défaut de soins, à la mauvaise conduite des parents..., etc.

En effet, l'ensemble de ces comportements représente un danger pour la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant et en l'occurrence la protection de son intérêt qui ne doit pas être menacée par la conduite de l'un ou des deux parents. Toutefois, ce constat ne semble pas être facile d'application puisque le retrait de l'autorité parentale ne peut être appliqué que lorsqu'il s'agit d'un danger avéré.

Autrement dit, il est difficile pour le juge civil de prononcer le retrait de l'autorité parentale suite à une simple « éventuelle mise en danger de l'enfant » et donc l'application de cette disposition ne peut concerner que les comportements avérés dangereux pour l'enfant.

**1204.** C'est dans ce sens que la pratique judiciaire s'est dirigée vers l'affirmation que le seul risque d'une mise en danger ne suffit pas pour retirer l'autorité parentale. Ainsi la Cour de cassation avait approuvé la décision de la Cour d'appel qui avait décidé dans un arrêt du 16 avril 2008 relatif à un refus de retrait d'autorité parentale à l'égard du père d'un enfant, jugeant que « *les juges du fond avaient pu souverainement estimer, en se plaçant au moment où ils statuaient que la sauvegarde de l'autorité parentale pour le père ne constituait pas un danger pour la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant* »<sup>1017</sup> ; une décision qui souligne l'importance de la prise en considération du danger qui doit être actuel, c'est-à-dire au moment du retrait. Toutefois, dans une autre affaire la Cour de cassation avait approuvé une décision permettant le retrait de l'autorité parentale à des parents qui ont avorté les essais des actions éducatives mise en place pour leurs enfants placés, la Cour avait estimé que le comportement des parents représentait un danger psychologique continu<sup>1018</sup>. Ainsi, la Cour de cassation estime traditionnellement qu'il revient au juge du fond d'apprécier les comportements parentaux et d'évaluer le danger et la menace qu'ils peuvent constituer pour leurs enfants.

**1205.** Dans le même ordre d'idées, d'autres décisions reflètent également l'importance accordée à la caractérisation des motifs du retrait de l'autorité parentale dans toutes les décisions rendues par les juridictions. Ainsi, est le cas des affaires visant le retrait de l'autorité parentale qu'elle soit relative à l'usage excessif des stupéfiants, suite à un défaut de soins et ou manque de direction ou encore à un désintérêt total du parent. En effet, si les deux premiers éléments représentent un danger physique et psychologique manifeste matériellement à l'égard de l'enfant, le danger du désintérêt du parent est également pris en considération puisqu'il représente une atteinte grave à la personne de l'enfant à travers le désintérêt matériel et affectif du parent à l'égard de son enfant, c'est ainsi que la pratique judiciaire le considère.

---

<sup>1017</sup> Cass, civ. 1<sup>er</sup>, 16 avr. 2008, n°06-21.405.

<sup>1018</sup> Cass, civ. 1<sup>er</sup>, 27 mai 2010, n° 09-65.208.

Dans l'arrêt du 12 février 2009<sup>1019</sup>, où la Cours d'appel de Nîmes avait prononcé le retrait de l'autorité parentale à un père qui n'avait pas entretenu des relations après un mois de la naissance de son enfant La Cour estimait que l'abandon manifeste du père de son rôle de répondre aux besoins matériels de son enfant et d'entretenir une relation affective avec son enfant, représentent des éléments qui mettaient l'enfant en danger psychologique dans la mesure où l'enfant se trouvait dans une situation différente à celle de sa sœur qui elle, vit avec son père qui était toujours présent.

**1206.** Par ailleurs, comme nous l'avons précisé plus haut, le retrait de l'autorité parentale doit être l'exception comme le souligne la Cours européenne des droits de l'Homme qui souligne « *les circonstances exceptionnelles* » et des motifs impérieux qui peuvent conduire à un retrait ou une rupture du maintien des relations parents-enfants ou du lien familial dans son ensemble et dont l'objectif doit répondre à l'intérêt de l'enfant.

En effet, dans l'arrêt Gnahoré contre la France, la cour européenne retient et souligne les circonstances exceptionnelles et l'inexistence des relations, qui ont permis le refus du maintien des relations personnelles entre le père et son enfant.

Ainsi, la Cour constate que « le contact entre l'enfant et le père n'ont jamais connu une continuité et que le placement de l'enfant a constitué un élément favorisant cet éloignement ». Cette appréciation qui est faite *in concreto* dans la mesure où la Cour estime que l'enfant qui est âgé de 14 ans avait passé les douze dernières années de sa vie sans l'établissement d'aucun contact avec son père, ce qui a rendu difficile la reconstitution du lien familiale entre l'enfant et son père. Pour la justice française, le caractère des circonstances exceptionnelles n'a pas été révélé, et que l'argument retenu évoquant que l'enfant était bouleversé suite à l'idée de rencontrer son père ne justifiait pas le refus du maintien des relations entre le père et son enfant, et que le placement de ce dernier était une démarche visant à protéger l'intérêt de l'enfant et à favoriser le maintien de ces relations.

**1207.** La décision prise par la cour européenne peut en effet paraître sévère à l'égard du père de l'enfant, d'autant plus qu'elle interdit la reconstruction d'un lien familial dont le principe fondamental est qu'il soit entretenu entre le parent et l'enfant sauf circonstances exceptionnelles, ainsi jugeant que la rupture du lien répond ici à l'intérêt de l'enfant. Cette analyse reflète toute la difficulté et la complexité, d'abord de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant puis de celle de « circonstances exceptionnelles », et donc de la différence d'interprétation possible quant à ces deux notions.

Dans ce sens, il semble évident que la Cour européenne des droits de l'Homme exerce un contrôle quant au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de tout éloignement de ce dernier avec ses parents. Ce contrôle se traduit à travers l'introduction de la notion « d'exception » dans toute possibilité de rupture des relations entre parent et enfant et dont seule la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier l'éloignement.

---

<sup>1019</sup> Cour d'appel Nîmes, 12 fevr. 2009, RG n°08/00173.

En principe la Cour considère que l'objectif est de conserver les liens familiaux de l'enfant et de ne permettre leur rupture que lorsque l'intérêt de ce dernier est mis en danger qu'il soit physique ou psychologique, retenant ainsi que le principe est le maintien des relations entre l'enfant et ses deux parents et que toute coupure de ces relations représente « *la coupure de l'enfant de ses racines* »<sup>1020</sup>.

**1208.** Par ailleurs, le rôle de la Cour européenne ne consiste pas uniquement à contrôler et à veiller sur l'intérêt de l'enfant dans le maintien ou la rupture des relations entre l'enfant et ses deux parents, mais elle conserve également à contrôler l'intervention étatique dans la sphère privée que constitue la famille<sup>1021</sup>. C'est ainsi que la Cour est tenue d'établir un équilibre et de faire respecter les limites d'intervention étatique quant à la liberté individuelle et au respect de la vie privée des personnes.

Un équilibre qui se concrétise à travers la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant et d'en faire l'objectif principal et l'élément fondamental qui permet à la fois de rechercher le maintien des relations parents-enfants ainsi qu'une prise en considération des circonstances exceptionnelles « *justifiées et non abusives* »<sup>1022</sup> qui permettent l'éloignement de l'enfant d'un ou de ses deux parents.

**1209.** Toutefois, la difficulté de l'établissement de cet équilibre est également fondée sur la base de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme qui à travers son second paragraphe prévoit que : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaires à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». En effet, cette disposition représente un fondement réglementaire des possibilités offertes aux Etats permettant leur ingérence, qui peut être justifiée par trois conditions qui sont :

d'abord qu'elle soit justifiée et prévue par la loi, qu'elle réponde à un objectif légitime, et enfin qu'elle soit une nécessité dans le cadre démocratique à travers le respect de l'intérêt général de la société et de l'intérêt individuelle des personnes<sup>1023</sup>.

**1210.** Ainsi, c'est le respect de ces éléments qui représente la limite de toute intervention étatique en la matière, permettant le respect de l'institution de la famille et la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers l'application rigoureuse de faire du maintien des relations entre parent et enfant la règle et de l'éloignement l'exception, appelant les Etats à la mise en œuvre de tous les moyens permettant « *la reconstruction des liens familiaux* » permettant ainsi le respect de l'intérêt de l'enfant en lui procurant un équilibre psychologique fondamental dans la construction de sa personnalité.

---

<sup>1020</sup> CEGH, Gnahoré, c. France.

<sup>1021</sup> Marie- Sylvie Dupont-BOUCHAT, L'intérêt de l'enfant. Approche historique, publications des facultés universitaires saint louis Bruxelles, 1990, p. 23.

<sup>1022</sup> CEDH, Ignaccolo-zenide, c. Roumanie, cit. par Gwenaëlle HUBERT-DIAS, thèse, *op. cit.*, p. 88.

<sup>1023</sup> Gwenaëlle HUBERT-DIAS, *op. cit.*, p. 89.

En effet, l'équilibre recherché et assuré par la Cour européenne des droits de l'Homme permet d'influencer les réformes menées par le législateur français qui répondent de plus en plus à la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et de l'évolution de l'ensemble de ses éléments constitutifs.

**1211.** Cette évolution de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en matière d'autorité parentale qui aboutit aujourd'hui à la possibilité d'éloigner l'enfant de ses parents, existe également en droit marocain. Toutefois, la concrétisation de l'éloignement de l'enfant de ses parents sur la base d'une prise en considération de son intérêt supérieur, ne répond pas aux mêmes conditions et en l'occurrence n'aboutit pas aux mêmes résultats. Ce constat est justifié par le fait que l'institution de l'autorité parentale telle qu'elle est adoptée en droit marocain reflète une spécificité avérée puisqu'elle n'adopte pas une réelle égalité entre les deux parents quant à cet exercice, et donc lorsqu'il est question de la déchéance de l'autorité parentale, il est systématiquement question de la déchéance de la garde qui est principalement accordée à la mère. Dans ce sens, le législateur de 2004 évoque la question de la déchéance de la garde dans un objectif protecteur de l'intérêt de l'enfant.

Néanmoins, nombreux sont les éléments qui permettent la remise en question du fondement et des conséquences de cette déchéance à l'égard de l'enfant dans la mesure où l'absence de précision des conditions de cette déchéance semble troubler l'objectif principale qu'est la protection de l'intérêt de l'enfant.

**1212.** En effet, contrairement au droit français qui adopte l'égalité totale dans l'attribution de l'autorité parentale et qui fait des conditions de sa déchéance une possibilité qui vise également en égalité les deux parents. En droit marocain, l'attribution du droit de la garde principalement à la mère permet d'influencer manifestement les conditions établies par le législateur quant à la déchéance. L'article 173 du Code de la famille précise que les conditions de la dévolution de la garde prévoit que : « *si un changement susceptible de nuire à l'enfant intervient dans la situation de la personne assumant la garde, celle-ci est déchue de ce droit, lequel est transmis à la personne qui suit dans l'ordre de priorité* », tout en accordant au dévolutaire de la garde de la récupérer lorsque l'empêchement qui lui interdit l'exercice est levé en accordant au tribunal la possibilité de reconsidérer la dévolution de la garde dans le respect de l'intérêt de l'enfant<sup>1024</sup>.

**1213.** Ainsi, la déchéance de droit de garde peut être envisagée à l'égard de la mère ou de toute autre personne l'exerçant suite à la demande présentée au tribunal. Cette demande doit répondre à un nombre de motifs et d'éléments qui justifient la demande de déchéance de la garde. En effet, le législateur définit ces éléments comme suit : d'abord à l'égard de la mère, en cas de son remariage (Article 175) ou lors du changement de résidence de l'enfant sous la garde (Article 178) ou encore à l'égard des autres personnes assurant cette garde présentant un manquement à toutes les conditions établies relatives aux devoirs de toute personne assurant le droit de garde.

---

<sup>1024</sup> Article 170, Code de la famille.

En ce qui concerne la déchéance de la garde à l'égard de la mère en cas de remariage, le législateur introduit et évoque pour la première fois que « *le mariage de la mère chargée de la garde de son enfant n'entraîne pas la déchéance de son droit de garde* ». Toutefois, cette disposition est conditionnée par les éléments suivants :

- 1- Si l'enfant n'a pas dépassé l'âge de sept ans ou si sa séparation de sa mère lui cause un préjudice ;
- 2- 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 ;
- 3- Si le nouvel époux est parent de l'enfant avec lequel il a un empêchement à mariage ou s'il est son représentant légal ;
- 4- Si elle est la représentante légale de l'enfant.

**1214.** C'est dans ce sens que la pratique judiciaire avait affirmé le respect rigoureux de ces conditions à travers de nombreuses décisions rendues dans ce sens. En effet, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rabat du 7 février 2005, les magistrats avaient considéré que l'article 175 du code doit être appliqué en respectant rigoureusement toutes les conditions établies par le législateur. En l'espèce, un père avait introduit une instance auprès du tribunal de première instance faisant valoir son droit de demander la déchéance de la garde de sa fille à l'égard de son ancienne épouse, ayant pour motif le remariage de cette dernière et sa négligence à l'égard de l'enfant suite à son mariage.

La défense de la mère évoque ainsi l'article 175 en précisant que le remariage de la gardienne n'entraîne plus la déchéance de la garde, en soulignant que l'enfant n'a pas encore atteint l'âge de sept ans et que « *le nouvel époux est un parent de l'enfant avec lequel il a un empêchement à mariage* » c'est-à-dire que la situation de la femme répond concrètement aux critères édictés par le législateur. Le père va donc s'aligner sur une autre disposition qui est celle de l'article 398 du même texte qui prévoit que « *demeurent valables, les actes de procédures effectués dans les affaires du statut personnel, avant l'entrée en vigueur du présent code* ». Le père souligne donc que son recours à cette disposition est légitime puisque sa demande a été introduite avant la réforme de 2004 et que la décision doit être rendue conformément aux dispositions de l'ancien statut personnel qui prévoyait la déchéance de la garde à l'égard de la mère qui se remarie.

Le tribunal a donc décidé de répondre favorablement à la demande du père en statuant la déchéance de la garde à l'égard de la mère et en la condamnant aux dépens. Faisant appel à cette décision, la Cour d'appel rejeta le jugement de première instance en précisant : « *qu'attendu que le litige porte sur la déchéance de la garde de la mère du fait de son mariage avec une personne autre qu'un proche parent au degré prohibé de l'enfant et que le nouveau code qui doit recevoir application, lie cette possibilité au fait que l'enfant ait atteint l'âge de sept ans, qu'attendu que l'enfant n'a pas encore atteint cet âge, par ces motifs rejette le jugement de première instance* »<sup>1025</sup>.

---

<sup>1025</sup> Tribunal de première instance de Rabat, jugement n° 904 du 19/4/2004, dossier n° 1214/03/10 cité par R. ZEIDGUY, *op. cit.*, p. 255.

**1215.** Dans un arrêt rendu par la Cour suprême le 16 février 2016<sup>1026</sup>, l'application rigoureuse de l'article 175 du Code de la famille est réaffirmée, dans la mesure où le respect de conditions édictées par cette disposition doit être respecté littéralement. En l'espèce, un père introduit une instance auprès du tribunal de première instance de la ville de Tantan faisant valoir sa demande de déchoir son ancienne épouse de son droit de garde à l'égard de leur fille, le père fonde sa demande sur l'argument du remariage de la mère d'un homme étranger sans avoir respecté la condition établie par l'article 175 qui prévoit que « *le mari doit être un parent de l'enfant avec lequel il a un empêchement à mariage ou s'il est son représentant légal* ». En réponse, la mère évoque le manque de preuve du père de sa fille quant à son mariage mais surtout son manque de preuve de la relation familiale entre elle et son nouveau mari. Le tribunal de première instance lance alors une enquête sur le genre du lien familial entre la mère et son époux, cette enquête va permettre au tribunal<sup>1027</sup> d'accepter la demande du père de la fille et de déchoir la mère de son droit de garde au motif que le nouveau mari de la mère ne figure pas parmi les personnes qui permettent à la mère de conserver son droit de garde.

La mère rétorque en évoquant l'application des articles 174 et 175 et souligne le manque de justification de la décision rendue par le tribunal de première instance en soulignant qu'elle a établi le lien familial entre elle et son mari par les extraits d'actes de naissance qui prouvent que ce dernier est un cousin commun des deux parents.

La Cour d'appel rejette la demande et juge que le lien familial existant entre le mari de la mère et l'enfant ne rentre pas dans l'exception évoquée dans l'article 175. Cette décision sera réaffirmée par la Cour suprême qui a jugé d'insuffisant le fait que le mari de la mère gardienne soit juste un proche dans la famille afin de concrétiser l'exception de l'article 175 mais qu'il est question de répondre précisément à l'article 36 du même texte qui prévoit que « *est prohibé, pour cause de parenté, le mariage de l'homme avec ses ascendantes et descendantes, les descendantes de ses ascendants au premier degré, les descendantes au premier degré de chaque ascendant à l'infini* », ce qui résulte que le mari de la mère gardienne ne figure pas parmi les personnes auxquels la prohibition du mariage avec l'enfant est édictée par le texte ce qui réaffirme le respect total de la loi par la Cour d'appel.

**1216.** En effet, ces deux jugements peuvent être perçus et analysés sur différents niveaux ; premièrement par rapport à la fidélité du législateur à la règle traditionnelle relative à la déchéance de la garde à l'égard de la mère qui se remarie en établissant des conditions qui semblent être une barrière à la conservation de la garde. Autrement dit, le droit de la garde accordé à la mère est un droit conditionné alors que lorsqu'il est accordé au père, le remariage de ce dernier ne semble pas être un motif de déchéance de la garde.

**1217.** Enfin, l'application de cette disposition semble répondre rigoureusement à une perception plutôt traditionnelle de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant qui se trouve encore ici prisonnier d'une discrimination à l'égard de la mère dans la mesure où son remariage est considéré comme une limite au respect de l'intérêt de l'enfant.

---

<sup>1026</sup> Cour suprême, Décision n° 169, Dossier 571/2/1/2015, qui date du 16 février 2016.

<sup>1027</sup> La décision rendue par le tribunal de première instance porte le n° 136, dossier 44/2014 qui date du 23/09/2014.

Cependant, pour les militants des droits des femmes dont Madame ZAHIA AMMAMOU<sup>1028</sup>, la condition du mariage de la mère gardienne par un homme étranger n'est que le reflet d'une discrimination à l'égard de cette dernière en la privant de l'un de ses droits notamment celui de refaire sa vie et de rencontrer une autre personne sans pour autant sacrifier son droit de garde.

De plus, si cette disposition est adoptée dans l'objectif de faire valoir la protection de l'intérêt de l'enfant qui s'explique même en droit musulman par la protection physique et psychologique de l'enfant de toute introduction d'une personne étrangère dans sa vie. Il semble également judicieux de poser la question sur l'égalité des droits et des devoirs accordés aux deux parents que ce soit au niveau juridique ou moral. Cela dit, que dans la majorité des cas, lorsque la mère est gardienne, le père se détache de son rôle et présente un désintérêt à l'égard de l'enfant en faisant surgir son droit de déchoir la mère de son droit de garde que lorsque cette dernière se remarie. Autrement dit, la question de la déchéance de la mère de son droit de garde sert plus à être une arme de guerre entre les deux parents plus qu'une condition de protection de l'intérêt de l'enfant.

**1218.** En outre, un autre élément peut être soulevé quant à cette question du remariage de la gardienne, lorsque le mariage de cette dernière est dissout. En effet, le problème consiste à savoir si le divorce de la gardienne qui été déchue de son droit de garde suite à son mariage, lui ouvre le droit de récupérer son droit de garde ? La réponse à cette question s'illustre à travers l'article 170 du texte de 2004 qui dispose que : « la dévolutive de la garde recouvre son droit lorsque l'empêchement qui lui interdisait de l'exercice est levé ». Cette disposition qui paraît simple dissimule une complexité relative à une absence de distinction entre l'empêchement volontaire et celui involontaire.

Dans ce sens, l'ancien Code de statut personnel précisé dans l'ancien dans son article 110 qui disposait que : « *le dévolutive recouvre son droit de garde, lorsque disparaît l'obstacle involontaire qui l'empêchait de l'exercer* ». Ainsi, le mariage de la mère gardienne ne peut être considéré que comme un obstacle volontaire, un élément qui dans le rite malékite a pour conséquence la déchéance de la garde sans aucune possibilité à la dévolutive de la garde de recouvrer son droit de la garde même lorsque son lien de mariage est rompu.

**1219.** Pour éviter l'application et geler l'effet négatif de ces dispositions visant à priver la femme de son droit de garde, cette dernière peut avoir recours à une solution accordée par le législateur lui-même à travers les articles 114 et 115 du texte qui permettent le divorce par consentement mutuel ou à celui du KHOL' qui permettent l'établissement d'un accord commun entre la mère gardienne et le père de l'enfant affirmant que la mère ne perd pas son droit de garde même lorsqu'elle contracte un nouveau mariage. Dans le même ordre d'idées, le législateur accorde un délai précis pour toute personne souhaitant demander une action de déchéance de droit de garde qui est prévu dans l'article 176 qui dispose que : « *est déchue du droit de garde, la personne ayant vocation pour exercer ce droit et qui a gardé le silence durant une année après qu'elle ait eu connaissance de la consommation du mariage de la femme à qui est confiée la garde de l'enfant, sauf en cas de motifs impérieux* ».

---

<sup>1028</sup> Militante au sein de l'association Tahadi pour l'égalité et la citoyenneté (ATEC).

Cette disposition reflète une importante prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans la mesure où le dépassement du délai prévu par le législateur peut être considéré comme un risque potentiel d'atteinte à la moralité de l'enfant et à son droit de mener une vie stable sans qu'il soit perturbé par les procédures et les changements de lieu de résidence et d'environnement suite à un changement de situation.

**1220.** Cependant, cette prise en considération de l'intérêt moral de l'enfant est limitée à une période d'un an. Ainsi elle doit être comptée à partir de la consommation du mariage et non pas de sa conclusion ce qui rend difficile au demandeur (le père de l'enfant) de connaître la date de la consommation du mariage et donc de sa possibilité d'agir pour déchoir la mère gardienne de son droit de garde. Toutefois, pour la jurisprudence, le demandeur est présumé être méconnaissant de la consommation du mariage de la mère gardienne de prouver la date de consommation puisque la règle est celle de l'ignorance.

**1221.** Parallèlement à cette question de preuve, la conséquence de la déchéance de la garde à l'égard de la mère suite à la consommation de son mariage, soulève un autre problème relatif à l'application de ce retrait, dans la mesure où le père de l'enfant peut recourir à toute sorte de moyens afin de récupérer son enfant. Autrement dit, le père de l'enfant n'est pas tenu de passer par le tribunal de la famille et conserve la possibilité de récupérer son enfant puisqu'il agit de bon droit étant donné que la mère de l'enfant a perdu systématiquement son droit de garde une fois son mariage a été consommé<sup>1029</sup>.

Une situation qui paraît contradictoire avec l'objectif principal évoqué par le législateur en matière de déchéance de garde, puisque cette possibilité offerte au père de récupérer son enfant de toutes les manières possibles peut porter atteinte à l'intérêt moral de l'enfant qui est souvent récupéré par le père sans aucune préparation psychologique de la personne de l'enfant.

**1222.** Autre que cet élément du remariage de la mère gardienne (avec un étranger de la famille) qui débouche à la déchéance du droit de la garde dont la fidélité au droit musulman s'avère évidente, un autre élément adopté par le législateur semble réaffirmer l'attachement du législateur à la perception traditionaliste des rapports familiaux et de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. En effet, en droit marocain, l'élément du voyage de la mère gardienne peut toujours être un élément de cause pour déchoir la mère de son droit de garde. Cette perception est tirée du droit musulman qui fait du principe de la surveillance et du contrôle de l'éducation de l'enfant un droit fondamental accordé au père. Ainsi, le législateur marocain a adopté une vision plus moderne quant à cette question, notamment à travers l'adoption de l'article 182 qui permet au tribunal de fixer les modalités d'exercice des droits de visites lors d'un désaccord ou encore par l'article 186 qui permet que : « *le tribunal tienne compte de l'intérêt de l'enfant soumis à la garde* ». Ainsi, le droit du père à la tutelle légale oblige que l'enfant soit installé à une distance qui lui permet d'exercer d'abord son droit de visite mais également d'exercer son droit de surveillance.

---

<sup>1029</sup> Cette pratique est possible puisqu'elle conserve et illustre une théorie connue dans *le fiqh* qui est appelée 'addafar' et qui signifie la récupération de celui qui détient un droit en entier qu'il soit avec ou sans l'accord de l'autre partie.

**1223.** Ce principe est tiré du droit musulman qui interdit à la mère gardienne d'éloigner l'enfant de son père qui doit malgré le divorce exercer son droit d'éducation ce qui interdit tout déménagement ou voyage de la mère avec l'enfant ; les malékites vont encore plus loin en admettant la possibilité de déchéance du droit de la garde à l'égard de la mère lorsque cette dernière refuse de suivre le père s'il décide de transférer son domicile<sup>1030</sup>.

Par ailleurs, cette règle a été assouplie par le législateur de 2004 qui a aboli l'article 107 de l'ancien texte qui disposait que : « *lorsque la gardienne fixe sa résidence dans une autre ville et qu'il devient difficile de ce fait, au père ou au tuteur de surveiller les conditions de vie de l'enfant et d'assurer ses obligations envers lui, la gardienne perd son droit de garde* » ; cette disposition qui faisait de la déchéance de la garde la règle systématique est devenue aujourd'hui dans la dernière réforme l'exception.

En effet, le législateur accorde une totale liberté d'appréciation au juge à se prononcer sur les différentes situations tout en faisant de l'intérêt de l'enfant son principal objectif. Toutefois, malgré la réforme apportée à travers l'adoption de l'article 178 qui prévoit que : « *tout changement de résidence de la gardienne à l'intérieur du Maroc 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...* ».

**1224.** Ainsi, le nouveau texte ne semble pas révolutionner la question du voyage et de d'éloignement de la mère gardienne du père ou du tuteur de l'enfant, puisqu'il déguise cette possibilité de déchéance de droit de garde à l'égard de la mère par la libre appréciation du juge, celui-ci peut en effet considérer que seul l'élément d'éloignement de l'enfant de son père cause préjudice à l'intérêt de l'enfant dans la mesure où ce dernier ne peut pas être surveillé par son père et donc juger la déchéance de la garde à l'égard de la mère comme légitime<sup>1031</sup>. Par ailleurs, dans certains cas la libre appréciation accordée au juge permet de refuser la déchéance de la garde à la mère gardienne, Ainsi est le cas d'une décision rendue le 19/05/2008 par le tribunal de première instance de Fès, qui a tranché un litige entre deux ressortissants marocains qui possèdent également la nationalité américaine et qui vivaient aux Etats-Unis avant même leur divorce.

Le père des enfants élabore alors une demande de déchéance de la garde à l'égard de la mère de son enfant en invoquant deux arguments : d'abord que la mère gardienne manque manifestement de ses obligations et ne respectant pas l'exécution du jugement de divorce qui établissait l'organisation des visites accordées au père permettant la violation de l'article 184<sup>1032</sup>, assignant que la mère a procédé à un enlèvement de l'enfant pour le faire sortir du territoire. Ensuite, le demandeur fait référence au changement de domicile de la mère de son enfant ce qui le prive de son droit de visite.

---

<sup>1030</sup> D. FELLER, *op. cit.*, p.172.

<sup>1031</sup> Jugement n° 3178, Dossier n°1842/1/2008.

<sup>1032</sup> L'article 148 dispose que : « le tribunal prend toutes les mesures qu'il estime adéquates, y compris la modification de l'organisation de la visite ainsi que la déchéance de la garde en cas de manquement ou de manœuvres frauduleuses dans l'exécution de l'accord ou de la décision organisant la visite ».

Dans cette affaire, le principal élément de référence pour le tribunal est celui de l'intérêt de l'enfant dans la mesure où il était question de connaître la situation de l'enfant et de son mode de vie notamment sa scolarisation, son domicile habituel qui reflètent sa stabilité dans l'environnement où il vit. Ainsi, pour le tribunal, la scolarisation de l'enfant aux Etats-Unis depuis l'âge de six ans, le déplacement de la mère avec son enfant vers le domicile habituel où il a toujours vécu avec le divorce de ses parents ne peut en aucun cas être un élément de déchéance de la garde de la mère et en l'occurrence une violation de la décision rendue par la justice quant à l'organisation du droit de visite puisque la mère ne s'est pas installée pour la première fois à l'étranger.

**1225.** Dans une autre affaire similaire, un arrêt rendu le 05 Avril 2016 par la Cour suprême<sup>1033</sup> qui a considéré l'intérêt de l'enfant comme une priorité par rapport au déménagement de l'un des parents. En l'espèce, un père de deux enfants avait introduit une demande en justice contre la mère de ses enfants et la gardienne de ces derniers suite à un divorce prononcé antérieurement. Dans sa demande, le père s'appuie sur son droit d'être proche de ses enfants et de surveiller leur éducation tel qu'il est disposé dans l'article 186 du Code de la famille, précisant que la mère vit au Canada avec leur deux enfants et qu'il souhaite qu'elle soit déchu de son droit de garde afin que les enfants puissent rentrer vivre au Maroc. Ainsi, suite à l'absence de la mère gardienne lors de l'audience au tribunal de première instance, ce dernier considère que les preuves présentées par le père des enfants sont suffisantes pour prononcer la déchéance de la garde de la mère.

Cette dernière fait alors appel de cette décision, la Cour d'appel rejette le premier jugement en considérant que les preuves apportées par le demandeur sont insuffisantes et modifient la réalité de la situation familiale puisqu'il s'est avéré pour la Cour que le couple avait déménagé avec leurs enfants au Canada et que le père est reparti vivre seul au Maroc bien avant que le divorce ne soit prononcé ce qui ne peut pas représenter des motifs pour déchoir la mère de son droit de garde.

La Cour suprême va réaffirmer le jugement de la Cour d'appel et va aller encore plus loin, considérant que le déplacement de la mère gardienne était fait dans le respect du cadre familial puisqu'elle a déménagé avec le père des enfants pour s'installer au Canada et ils ont même eu des cartes de résidence. De plus la Cour suprême va souligner un autre élément qu'elle juge de principal, qui est celui de la prise en considération de l'intérêt des enfants qui sont bien installés et bien intégrés dans la société où ils vivent et qu'un retour au Maroc puisse porter un préjudice à leur stabilité. La Cour a jugé que le père conserve son droit de visite et qu'il ne soit pas interdit à l'exercer, ce qui permet de refuser la demande du père à déchoir la gardienne de son droit de garde.

**1226.** De la pratique judiciaire, il ressort que la liberté d'appréciation accordée au juge lui permet dans un premier temps de prendre en considération l'intérêt de l'enfant et de modeler cet intérêt selon la situation familiale à laquelle il est confronté afin de protéger l'enfant.

---

<sup>1033</sup> Cour suprême, Décision n° 303, rendue le 05 avril 2016, n° de dossier : 979/2/1/2015.

Dans un second temps, ces jugements limitent d'une manière indirecte le droit de la mère gardienne de voyager avec son enfant pour la première fois après un divorce dans la mesure où son départ est considéré comme un comportement privant le père de son droit de visite et portant une atteinte à l'intérêt de l'enfant avec toutes les conséquences qui puissent surgir suite à cette privation, qu'elles soient d'ordre personnel ou juridique liées au conflit de lois entre le pays d'origine et le pays d'accueil<sup>1034</sup>.

**1227.** En outre, cette question du voyage de la mère gardienne avec l'enfant permet également de souligner la limite à laquelle cette dernière peut être affrontée dans son droit de garde suite à la conservation de la tutelle légale par le père, ce dernier qui dans la majorité des situations demande une interdiction de voyage au tribunal qu'il joint systématiquement au jugement de l'attribution de la garde<sup>1035</sup>. Toutefois, le texte allège cette restriction, en prévoyant qu'en cas de refus du tuteur légal le voyage de l'enfant à l'étranger. Aujourd'hui, le juge des référés peut être saisi afin d'obtenir une autorisation pour la mère à cet effet. Un rôle qui est aujourd'hui assuré également par le parquet qui veille d'abord à l'application des règles du Code de la famille mais également des conventions bilatérales qui lient le Maroc avec de nombreux pays, relatives à l'entraide judiciaire en matière familiale ; telle que la convention franco-marocaine du 10 Août 1981 relative au statut des personnes et de la famille, ou celle franco-espagnole du 30 Mars 1997 relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde et de droit de visite<sup>1036</sup>.

**1228.** Un autre élément introduit par le législateur par rapport aux éléments permettant la déchéance du droit de garde est celui de la mauvaise conduite ou de comportement immoral. En effet, ces éléments acquièrent une grande importance à l'égard des deux parents en droit français et dont l'évolution a été explicitement marquée par l'introduction du principe de l'intérêt de l'enfant.

**1229.** En droit marocain par contre, la question de la conduite et des comportements est assez récente puisqu'elle est introduite à travers les dispositions de l'article 54 du texte qui évoquent les devoirs des parents à l'égard de leurs enfants. Cet article renvoie d'une manière indirecte à l'obligation des parents de respecter certaines valeurs dans l'objectif d'assurer la protection et la bonne éducation de l'enfant. Cependant, si le législateur prévoit à travers l'article 177 relatif à la déchéance de la garde que : *« le père, la mère et les proches parents de l'enfant soumis à la garde et tous tiers doivent aviser le ministère public de tous les préjudices auxquels l'enfant serait exposé afin qu'il prenne les mesures qui s'imposent pour préserver les droits de l'enfant y compris la demande de la déchéance de garde »*, elle est néanmoins une disposition très vaste qui ne permet pas de souligner et de préciser la mauvaise conduite et le mauvais comportement.

---

<sup>1034</sup> Il est à noter que la mère gardienne ne peut pas voyager avec son enfant à l'étranger sans l'accord du tuteur légal de l'enfant qui demeure le père.

<sup>1035</sup> Article 179 du Code de la famille marocain.

<sup>1036</sup> Publiée dans le Bulletin officiel n° 4700 du 17 juin 1999.

**1230.** C'est dans ce sens que la jurisprudence démontre que c'est souvent le comportement et la conduite, notamment à caractère moral de la mère, qui sont visés et remis en cause par son ex-mari, dans l'objectif de justifier le danger que celle-ci peut représenter pour l'enfant et donc justifiant la raison d'un réexamen du tribunal de l'attribution de la garde à l'égard de la mère.

En effet, dans la majorité des affaires relatives à la demande d'une déchéance de la garde à l'égard de la mère, cette dernière est visée par des comportements de mal conduite c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de sa mauvaise fréquentation, de ses sorties ou encore lorsqu'on lui reproche d'être dans une relation extraconjugale.

Toutefois, les jugements relatifs à ces situations semblent connaître une divergence quant à l'appréciation judiciaire entre des jugements favorables à la déchéance de la garde suite à l'application de l'article 177, et d'autres refusant de déchoir la mère de son droit de garde lorsqu'il ne s'agit pas de faits graves à l'encontre de l'enfant. C'est dans ce sens que le tribunal de première instance de Marrakech avait refusé la déchéance de la garde à l'égard d'une mère dont l'ex-époux l'accuse de mauvais comportements notamment de sorties pendant la nuit, en se basant sur le témoignage des voisins. Le tribunal a jugé alors d'insuffisant l'élément du témoignage en se basant sur la jurisprudence de la Cour suprême en matière de témoignage, et donc a décidé d'écarter l'élément du témoignage tout en rejetant la demande du père de déchoir son ex-épouse de son droit de garde<sup>1037</sup>.

**1231.** Une autre décision avait également reflété une appréciation favorable à la conservation du droit de la garde à l'égard de la mère en faisant de l'intérêt de l'enfant le principe fondamental du jugement. Ce dernier a en effet privilégié l'intérêt de l'enfant qui répond à sa présence au côté de sa mère malgré que cette dernière soit condamnée par une peine d'emprisonnement suite à un comportement immoral, le tribunal ayant estimé qu'il était injuste de condamner la mère à deux reprises surtout que le tribunal s'était assuré que l'enfant ne représentait aucun trouble psychologique, scolaire ou autre<sup>1038</sup>.

Cependant, dans un autre jugement rendu par la Cour d'appel ayant confirmé un premier jugement du tribunal de première instance condamnant la mère en ordonnant la déchéance de son droit de garde en se référant à l'application de l'article 173 du texte dans la mesure où la mère a été condamnée pour un comportement jugé d'immoral, condamnation pour cause d'adultère<sup>1039</sup>.

Ainsi en la matière, l'instabilité des jugements et leurs divergences semblent être le reflet d'une considération imprécise de la déchéance du droit de la garde à l'égard de la mère et en l'occurrence d'une prise en considération dissemblable de l'intérêt de l'enfant en matière de garde, dans la mesure où l'imprécision des raisons de la déchéance du droit de la garde à l'égard de la mère soit fondée principalement sur une perception plutôt traditionnelle empêchant une égalité d'attribution de ce droit sous la seule condition du respect de l'intérêt de l'enfant, chose que le législateur n'a pas réussi à établir à travers les dispositions adoptées dans le texte de 2004.

---

<sup>1037</sup> Jugement n° 2858 du 26/09/2005, dossier n° 2680/06.

<sup>1038</sup> Jugement n° 1314, du 22/03/2007, dossier n° 2680/06, cité par Assia GOURRAM, thèse, *op. cit.*, p. 320.

<sup>1039</sup> Jugement publié à AL MAAYAR, Ordre des avocats du bureau de Fès, juin 2007, n° 37, p. 180, cité par MOUFADIL Ouical, L'évolution du droit de la femme au divorce à l'épreuve de la pratique judiciaire en droit marocain, *op. cit.*, p. 306.

## ***B- Les conséquences de l'éloignement et l'intérêt de l'enfant.***

**1232.** En droit français comme en droit marocain, l'évolution de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant est devenue le fil conducteur d'une recherche permanente d'un équilibre au sein des relations familiales. Cependant, la différence des perceptions et des institutions adoptées dans chacun des deux systèmes permet de souligner des différences assez manifestes de la prise en considération de ce principe. En effet, si le législateur français a fait de l'autorité parentale une attribution et un exercice égalitaire entre les deux époux, faisant ainsi du maintien des relations entre les parents et leur enfant la règle, et de l'éloignement une exception, dans l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant.

**1233.** Le législateur marocain quant à lui peine encore à concrétiser le principe de l'intérêt de l'enfant tel qu'il est reconnu dans la CIDE au sein des institutions constituant l'autorité parentale qui sauvegarde un caractère traditionnel telles que la garde ou la tutelle légale. Ainsi, la différence dégagée des deux systèmes juridiques permet de souligner les conséquences de chaque perception adoptée en matière de concrétisation de l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où la prise en considération de cet intérêt dépend aujourd'hui des effets des droits et des devoirs attribués aux parents et du rôle protecteur assuré par chaque législation à l'égard de l'enfant.

**1234.** En effet, en droit français, le législateur a prévu tout un arsenal juridique visant à protéger l'intérêt de l'enfant suite à l'éloignement de ce dernier de ses parents d'une manière générale, et au retrait de l'autorité parentale à ses parents d'une manière spécifique. En effet, la réglementation française permet de souligner quelques différences par rapport à ce retrait d'autorité parentale qui, selon le législateur peut être partiel visant uniquement quelques attributs énoncés dans un jugement rendu par le juge des enfants, ou total visant l'ensemble des attributs de l'autorité parentale, pouvant également être appliqué à l'égard de l'un ou des deux parents. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un retrait partiel, le Code civil prévoit à travers l'article 379-1 que « *le jugement peut, au lieu du retrait total de l'autorité parentale, se borner à prononcer un retrait partiel de l'autorité parentale, limité aux attributs qu'il spécifie* ». Ainsi, cette disposition permet au juge de contrôler et de préciser l'ensemble des mesures de la prise en charge de l'enfant tout en définissant le rôle des parents et les limites de leurs droits. Dans ce cas, les parents conservent d'abord leur devoir des obligations alimentaires à l'égard de l'enfant, mais également des droits privilégiés dites « exceptionnelles » qui se limitent principalement à titre d'exemple au consentement au mariage de l'enfant, à son adoption ou encore à son émancipation. Toutefois, lorsque les parents perdent leur droit de consentir à l'adoption de l'enfant, il devient évident que lors de l'adoption de ce dernier, les parents perdent systématiquement l'ensemble des attributs de l'autorité parentale.

**1235.** En effet, concernant le retrait total de l'autorité parentale, le législateur prévoit dans le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 379 du Code civil que « *le retrait de l'autorité parentale porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale (...)* ».

De même, le texte prévoit que le retrait doit principalement s'étendre à tous les enfants qui sont déjà nés au moment du jugement du retrait, toutefois, l'article 379-1 accorde une liberté au tribunal qui conserve la liberté de limiter et d'apprécier l'application du retrait aux autres enfants, en dépendant de la situation de chacun notamment par rapport à leur âge ou encore des comportements des parents. Ce retrait prononcé par le tribunal n'intègre que les attributs de l'autorité parentale c'est-à-dire les droits et devoirs qui sont liés à cette dernière<sup>1040</sup> qui peuvent aller jusqu'à la possibilité du changement du nom de l'enfant sans que le parent ou les parents déchus de l'autorité parentale aient la possibilité de s'y opposer puisqu'elle constitue une prise en considération de l'intérêt de l'enfant<sup>1041</sup>. Par ailleurs, le retrait de l'autorité parentale n'affecte pas le lien de filiation et en l'occurrence des droits qui en ressortent tel que les droits de successions, tout en conservant la possibilité de sauvegarder un droit de correspondance qui peut être accordé par le juge selon la considération de ce dernier de l'intérêt de l'enfant qui peut exiger soit la conservation de ce droit soit son écartement.

**1236.** Dans l'acheminement de ces dispositions adoptées par le législateur français, ce dernier a également adopté une organisation qui permet la protection de l'enfant à la suite du retrait de l'autorité parentale. En effet, le législateur s'est intéressé aux différentes possibilités qui peuvent permettre la réorganisation ou le remplacement de cette autorité parentale. Il évoque dans un premier temps le retrait de l'autorité parentale à l'égard d'un seul parent, en prévoyant à travers l'article 373-1 que « *si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité* », c'est-à-dire que lorsqu'un parent est déchu de l'autorité parentale, cette dernière est en principe dévolue à l'autre parent si toutefois le parent qui va assurer cette autorité parentale est en état de l'exercer et de protéger l'intérêt de l'enfant. Ainsi, ce retrait de l'autorité parentale à l'égard d'un seul parent peut également être partiel, permettant donc à ce parent de partager et d'exercer les droits et devoirs qui n'ont pas fait l'objet d'un retrait dans le jugement avec l'autre parent titulaire de l'autorité parentale<sup>1042</sup>.

**1237.** Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'un retrait de l'autorité parentale à l'égard des deux parents, l'enfant est confié provisoirement à une personne proche c'est-à-dire à un parent ou à un ami proche qui peut assurer la protection et sa prise en charge. Cette prise en charge se limite uniquement à effectuer les actes usuels relatifs à l'éducation et à la surveillance de l'enfant<sup>1043</sup>.

**1238.** Les parents conservent pendant cette période leur droit d'entretenir des relations personnelles avec leur enfant selon les modalités établies par le tribunal en attendant la désignation d'un tuteur qui peut être sous trois formes familiale, sociale ou administrative.

---

<sup>1040</sup> Il importe de souligner que même lors d'un retrait total de l'autorité parentale, le juge peut prévoir par le billet d'une disposition expresse du jugement que le parent déchu peut à titre exceptionnel ne pas être dispensé de son obligation alimentaire à l'égard de l'enfant.

<sup>1041</sup> Conseil d'Etat, 4 décembre, 2009, req., n° 309004, cité in Le rapport de l'observatoire national de la protection de l'enfance, Octobre 2018, p. 22.

<sup>1042</sup> Rapport, observatoire nationale de la protection de l'enfance.

<sup>1043</sup> Annie BOUYS, Alain VOGELWEITH, Autorité parentale et aide sociale à l'enfance, dans *Enfances & psy*, 2003/2, n° 22, pp. 38-44. Disponible sur : [www.caim.fr](http://www.caim.fr).

La première se présente sous forme de « tutelle qui s'ouvre lorsque le père et la mère sont deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale » Elle permet de désigner un tuteur parmi les membres les plus proches de la famille et un subrogé tuteur qui seront tenu d'exercer l'ensemble des droits et des devoirs de l'autorité parentale sous la surveillance du juge<sup>1044</sup>. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une déchéance partielle d'autorité parentale, la question est encore plus complexe dans la mesure où le parent conserve la titularisé et l'exercice de tous ses droits non retirés par le juge.

**1239.** Par ailleurs, en absence d'une possibilité de désignation d'une tutelle familiale, le juge confie l'enfant au service d'aide sociale de l'enfance (ASE). Il faut différencier entre l'enfant dont le parent conserve partiellement des droits sur lui, il y aura alors un partage d'autorité parentale entre le parent et le service qui attribue souvent les droits et les devoirs relatifs à l'éducation et à la protection permettant au parent de conserver uniquement son droit relatif au consentement au mariage de l'enfant, de son émancipation ou encore de son adoption. Tandis que, lorsqu'il s'agit de retrait total de l'autorité parentale, l'enfant est confié à l'ASE en qualité de pupille de l'Etat dont le préfet exerce la fonction de tuteur avec l'intervention du conseil de famille.

**1240.** Toutefois, le placement de l'enfant doit être dans toutes les situations précitées répondre à son intérêt en protégeant son droit à une vie familiale à travers la préservation du droit de visite du parent et la limitation dans le temps de cet emplacement faisant de son retour dans son foyer familial l'objectif principal. C'est dans ce sens que la cour européenne des droits de l'Homme effectue un contrôle quant au respect notamment de l'article 8-1 de la CEDH relatif au respect de la vie familiale. La cour veille donc à limiter restriction ou limitation de droit de visite risque d'amputer sur les relations entre le parent et son enfant et de compromettre toute facilité et toute aide de rétablir et de renforcer les liens familiaux entre les personnes concernées afin de surmonter les difficultés<sup>1045</sup>. Ainsi, dans ce sens, tout droit de visite fait aujourd'hui l'objet d'un contrôle avec prudence que ce soit par la jurisprudence européenne ou nationale notamment de la Cour de cassation qui vise dans l'ensemble à établir une effectivité des visites ou encore à imposer aux juges de définir l'ensemble des modalités du droit de visite en refusant toute délégation aux services sociaux<sup>1046</sup>.

**1241.** Cependant, pour Madame Claire NEIRINCK, la modification apportée par la loi du 5 mars 2007 a permis de créer une certaine difficulté lorsque le juge des enfants fixe « la fréquence et la nature des droits de visites accordées aux parents, néanmoins il peut laisser la possibilité aux deux parties (le parent et le service ou l'établissement) de décider conjointement de l'ensemble des conditions de cet exercice. Ce qui semble être difficile et met en difficulté la possibilité de mettre en accord le parent et celui à qui l'enfant est confié »<sup>1047</sup>. De plus, une autre limite peut être soulevée par rapport à ce droit qui a pour objectif le maintien et le renforcement des relations entre le parent et l'enfant, c'est quand il est considéré amputé lors des visites médiatisées.

<sup>1044</sup> Il convient tout de même de convier un conseil de famille lorsqu'il est question de consentir un mariage, de l'émancipation de l'enfant et de son adoption.

<sup>1045</sup> CEDH, 1er juillet 2004, Couillard Maugery c. France, RAJIS-JDJ, janvier 2005, p. 56, cité par Claire NEIRINCK, Placer l'enfant : Pourquoi ?, Association jeunesse et droit, journal du droit des jeunes, 2012/1, n° 311, p. 54.

<sup>1046</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>1047</sup> *Id.*, *ibid.*

La loi du 5 mars 2007 avait validé l'adoption des visites organisées avec la présence d'un tiers désigné par le service ou l'établissement à qui l'enfant est confié. Cette mesure est en principe un élément visant à protéger l'enfant de tout danger physique ou psychologique. Toutefois, sa pratique ampute le droit de visite en limitant la possibilité d'une reprise de vie familiale suite au cadre et aux conditions de son exercice notamment la suppression de la possibilité à l'enfant d'être accueilli chez le parent, ou encore l'absence d'intimité surtout que le rôle du tiers n'est pas précisé par la loi<sup>1048</sup>.

**1242.** Dans le même ordre d'idées, il semble évident que les conséquences de tout éloignement de l'enfant de son parent doit répondre à une prise en considération primordiale de son intérêt. En France, ce dernier représente de plus en plus le repère de toutes les mesures prises dans l'objectif de protéger l'enfant lorsqu'une déchéance d'autorité parentale prend lieu à l'égard de l'un ou des deux parents.

**1243.** Contrairement à cette perception développée qui prévoit toute une réglementation législative dans l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant, le droit marocain quant à lui ne s'est pas encore détaché du modèle familial traditionnel, qui comme nous l'avons précisé antérieurement, adopte une perception spécifique de l'institution de la garde.

En effet, la question de l'éloignement de l'enfant de l'un ou des deux parents n'est pas traitée de la même manière, puisque le législateur se confronte à traiter la question au niveau des deux institutions notamment la garde et la tutelle légale.

**1244.** Ainsi, la garde est confiée dans un premier temps à la mère qui doit répondre à des conditions physiques et morales dont celles relatives à la religion, au remariage et sa à la capacité physique. Toutefois, lorsque cette dernière se retrouve déçue de son rôle, le législateur établit une liste précise évoquant les personnes à l'égard de qui l'enfant peut être confié. Cette dévolution de la garde répondant à un ordre de priorité, prévoit dans son article 171 du Code de la famille que « *la garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père, et puis à la grand-mère maternelle de l'enfant.* ». Cette disposition répond fidèlement à la pratique traditionnelle du droit musulman et plus précisément de l'école malékite qui adopte explicitement la règle du passage systématique de la garde de la mère à « *ses ascendantes, la plus proche en excluant la plus éloignée* ».

Cet alignement privilégie même les tantes maternelles et paternelles de la mère qui précèdent les ascendantes du père<sup>1049</sup>. Un principe qui reflète le sens même de l'attribution de la garde prioritairement à la mère considérant qu'elle entreprend un rapport de tendresse innée avec son enfant qui se transmet systématiquement aux femmes de sa famille.

**1245.** Cependant, dans son processus de modernisation, le législateur marocain a tenté d'intégrer d'une manière explicite le principe de l'intérêt de l'enfant en accordant au tribunal un libre pouvoir d'appréciation de décider quelle personne peut assurer la protection de l'enfant en précisant qu'à défaut de la mère et de la grand-mère il revient au tribunal de décider « *en fonction des présomptions dont il dispose, et toujours dans l'intérêt de l'enfant, d'attribuer la garde à l'un des proches parents les plus aptes à l'assumer* ».

---

<sup>1048</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>1049</sup> Dina CHARIF FELLER, *op. cit.*, p. 159.

Toutefois, dans la pratique cette liberté d'appréciation accordée au juge est souvent appliquée d'une manière traditionnelle sauvegardant la perception du droit musulman qui privilégie le placement de l'enfant dans la famille maternelle.

**1246.** Néanmoins, le législateur fixe quelques règles jugées indispensables afin de protéger l'intérêt de l'enfant lors de son placement en soulignant que le tribunal « *ordonne que soit assuré un logement décent à l'enfant soumis à la garde, au même titre que les autres obligations découlant de la pension alimentaire* ». Dans le même sens, le législateur va encore plus loin en prévoyant que dans l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut faire appel aux services d'une assistante sociale pour établir un rapport précisant les conditions de l'endroit où l'enfant est confié en garde. Elles doivent répondre aux besoins matériels et moraux de l'enfant<sup>1050</sup> En plus la personne assurant la garde doit être honnête et doit veiller à l'éducation, la scolarisation et la religion de l'enfant<sup>1051</sup>.

**1247.** Par ailleurs, en droit marocain la spécificité de l'institution de l'autorité parentale et la séparation entre l'institution de la garde et celle de la tutelle légale permet de soulever de nouvelles observations relatives aux différentes situations dans lesquelles le droit de la tutelle légale est assuré principalement par le père. En effet, lorsque la mère perd la garde, le droit marocain la confie d'abord au père qui devient le gardien et le tuteur. Toutefois, lorsque les deux parents n'assurent pas la garde selon les conditions prévues par la loi, et lorsqu'elle est confiée à une autre personne, le père demeure titulaire de la tutelle lui permettant d'avoir des droits sur la personne et les biens de l'enfant.

**1248.** Autrement-dit, lorsqu'il est question uniquement de la déchéance de la garde à l'égard de la mère, le père conserve son statut de tuteur légal et c'est à lui que revient la prise de toutes les décisions relatives à l'enfant. Ceci limite les droits accordés à la personne exerçant la garde. Ainsi, le législateur de 2004 semble resté en conformité avec le *fiqh* en matière de la tutelle légale, en admettant que le père est prioritairement considéré comme la personne qui exerce la (*wilaya*) sur la personne et les biens de l'enfant. Il conserve fidèlement les principes du droit musulman qui s'illustrent en trois sortes de tutelle : légale, testamentaire désignée par le père ou la mère et dative accordant au juge le rôle d'un organe de contrôle<sup>1052</sup>.

**1249.** Le législateur de 2004 n'établit pas d'une manière explicite les raisons pour lesquelles le père peut être déchu de son droit de tutelle légale sur ses enfants. Ainsi dans son article 236, le législateur prévoit que « *le père possède le droit de tuteur légal de ses enfants, tant qu'il n'a pas été déchu de cette tutelle par un jugement...* ». Cette absence de précision quant aux éléments permettant au juge de déchoir le père de son droit de tutelle permet d'affirmer que le législateur vise à renforcer le pouvoir d'appréciation du juge lui permettant de juger en fonction de chaque cas et en fonction de la situation de chaque famille.

---

<sup>1050</sup> Article 172, Code de la famille.

<sup>1051</sup> Article 173, Code de la famille.

<sup>1052</sup> M. André COLOMER, La tutelle des mineurs dans la Moudawwana ou code du statut personnel marocain, *in* Revue internationale de droit comparé, Vol. 13 n° 2, Avril-juin 1961, pp 327-337.

Ainsi, cette liberté permet au juge de désigner un tuteur qui peut être la même personne à qui la garde est confiée. Il doit néanmoins jouir de la pleine capacité, être diligent, résolu et honnête<sup>1053</sup>. Par ailleurs, cette liberté d'appréciation est accordée au juge en matière de placement de l'enfant suite à une déchéance de garde ou de tutelle de ses parents à son égard dans l'objectif de le protéger. En réalité le juge se trouve souvent confronté à l'obligation de placer l'enfant au sein de sa famille maternelle même si elle n'est pas considérée comme sa meilleure protectrice. En effet, le manque de structures de la protection de l'enfance oblige le juge de prendre en considération la réalité et de privilégier le choix le plus bénéfique à l'enfant ; c'est dans ce sens que le juge marocain ne privilégie pas la question de la déchéance

## **Section 2 : La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale.**

**1250.** Dans les sociétés développées tel que la France, l'individualisation des droits au sein de la société et de la famille en particulier, a permis l'évolution de l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale. En effet, le passage « *d'une égalité parentale à la coparentalité, des droits de l'enfant à l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'égalité entre enfants à un droit commun de l'autorité parentale* »<sup>1054</sup> a abouti aujourd'hui à une attribution et un exercice conjoint de l'autorité parentale entre le père et la mère, c'est-à-dire que les deux parents sont à égalité de droits et de devoirs à l'égard de l'enfant, sans aucune différenciation liée à leur statut marital<sup>1055</sup>. L'affirmation de cette égalité n'est pas aussi simple et claire qu'elle peut paraître dans la mesure où elle ne reflète pas réellement le sens et le genre de cette égalité : Est-elle une sorte d'accord entre le père et la mère ? Est-elle un partage de prise de décision entre eux sur toutes les questions qui concernent l'enfant, ou une complémentarité entre les deux parents dans l'intérêt de l'enfant ? Les trois questions permettent d'établir un constat à une seule affirmation qui est la participation mutuelle et conjointe des deux parents visant la prise en charge de l'enfant d'une manière égale dans toute complémentarité afin que son intérêt soit protégé.

**1251.** C'est dans ce sens que les droits et les devoirs reconnus par la loi à l'égard des parents sont aujourd'hui déployés dans l'intérêt de l'enfant, dépassant toute prérogative subjective et individuelle dans la mesure où « *la notion de l'intérêt de l'enfant constitue la pierre angulaire de l'autorité parentale : elle en est la condition, le critère, la mesure et la fin* »<sup>1056</sup>. Par ailleurs, comme nous l'avons développé antérieurement, le caractère large et souple du concept de l'intérêt de l'enfant permettant toute possibilité d'appréciation dont celle des parents, se trouve face à une difficulté d'exercice de l'autorité parentale entre le travail et le contrôle qui permettent de mener un équilibre au sein de cet exercice.

---

<sup>1053</sup> Article 246, Code de la famille marocain.

<sup>1054</sup> Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, pp. 594-598.

<sup>1055</sup> Guy RAYMOND, L'autorité parentale sous contrôle ?, *Enfances & Psy*, 2003/ 2, n° 22.

<sup>1056</sup> *Ibidem*, p. 596.

Toutefois, suite à l'évolution de tous les éléments précités, cet exercice se trouve aujourd'hui sous la pression de l'évolution continue des droits de l'enfant, du rôle de contrôle exercé par l'Etat, de la prise en considération progressive et générale de l'intérêt supérieur de l'enfant, et de la matérialisation des éléments constitutifs de ce principe.

**1252.** Cette position n'a pas toujours été adoptée. D'abord en France, cette intervention faisait partie de l'exception dans la mesure où les juges ont plutôt fixé sur le fondement de la faute aboutissant au divorce. Ainsi, la loi du 4 juin 1970 prévoyait à travers l'article 372-1 qu'en cas de désaccord entre les deux parents quant à l'intérêt de l'enfant, ou lorsqu'il s'agit d'une pratique antérieure du couple, le parent le plus diligent pourrait ainsi saisir le juge pour enfant afin qu'il puisse statuer sur cet exercice.

De plus, à ce stade une tentative de conciliation visant les époux est entamée et en cas d'échec, les époux restaient toujours unis par le lien du mariage en ayant la possibilité d'obtenir une résidence séparée qui trouvait sa référence dans l'article 215 de l'ancien code civil, ou aussi permettre une séparation de fait<sup>1057</sup> sans conséquences sur l'exercice de l'autorité parentale permettant le recours au juge des tutelles dans l'objectif de fixer les modalités de la garde entre les deux parents.

**1253.** Cette situation va connaître une évolution progressive vers un exercice conjoint de l'autorité parentale d'abord suite aux nombreux litiges relatifs à l'exclusion des pères de la vie de l'enfant, puis au développement de la famille naturelle et des parents divorcés pour qui l'élargissement de l'exercice en commun était devenu possible. C'est dans ce sens que l'évolution juridique a permis l'adoption de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en ignorant progressivement la question de l'entente préalable des époux. L'exercice commun devenait alors le principe et son écartement dépend uniquement de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et donc il n'était plus question de recueillir l'avis des parents sur cet exercice commun. Toutefois, l'exercice commun de l'autorité parentale n'a pas été systématique pour les familles naturelles, dans la mesure où l'article 374 alinéa 2 du Code civil issu de la loi du 4 juin 1970 permettait aux parents naturels d'élaborer une demande d'exercice commun de l'autorité parentale sans en faire une obligation. La loi MALHURET<sup>1058</sup> a également renforcé cette possibilité en offrant aux parents d'élaborer une simple déclaration devant le juge des tutelles afin d'exercer conjointement une autorité parentale sur la personne de l'enfant né hors mariage. Ainsi, il a fallu attendre la réforme de 2002 afin de renforcer l'exercice commun de l'autorité parentale pour les parents qui ne sont pas mariés et de pouvoir généraliser l'obligation de leur engagement (sauf cas d'exception) dans l'exercice commun de l'autorité parentale. En droit marocain, malgré qu'elle soit récente, la concrétisation de l'intégration du principe de l'intérêt de l'enfant, de sa garde (*hadana*) et de la tutelle légale ont également permis de marquer une évolution en matière d'attribution et d'exercice de cette institution malgré qu'elle soit dotée d'une spécificité quant à la question d'égalité des droits et des devoirs des parents à l'égard de leur enfant.

---

<sup>1057</sup> T. FOSSIER, L'intervention du juge des tutelles dans la séparation de fait de parents légitimes, JCP, G, I, 1987, 3291, cité par Diyae SFENDLA, thèse, *op. cit.*, p. 415.

<sup>1058</sup> Loi n° 87-570 du 22 juillet, 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale.

**1254.** La question de l'exercice de l'autorité parentale dans les deux systèmes juridiques, vise principalement comme objectif à permettre à l'enfant de grandir et d'évoluer dans un environnement sain exigeant aux parents d'exercer leur fonction d'autorité parentale dans le respect de sa personne. En effet, la question de l'environnement sain se réfère dans un premier temps à l'environnement familial qui renvoie systématiquement à la responsabilité principale des parents ou des représentants légaux d'élever l'enfant et d'assurer son développement.

La garantie de cet environnement familial sain doit être la priorité des parents lors de leur union ou de leur séparation. D'ailleurs, c'est en se référant à cet environnement que les juges fondent leur décisions quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale; des décisions trouvant également un renforcement dans l'article 18-1 de la CIDE qui prévoit 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* ».

Ceci renvoie systématiquement à l'environnement parental qui doit répondre à une prise en considération de l'intérêt de l'enfant. En effet, c'est à la recherche d'une garantie de développement de l'enfant dans un environnement sain et dans un cadre stable, que l'autorité parentale (Paragraphe 1)

ne cesse de s'élargir sur d'autres règles, notamment celles relatives au déplacement illicite des enfants devenant aujourd'hui un nouveau champ de concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : L'environnement parental et l'intérêt supérieur de l'enfant.**

**1255.** Dans les deux systèmes juridiques, l'autorité parentale est désormais définie comme étant une fonction qui vise à protéger la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant. L'objectif de cette fonction est celui d'éduquer et de veiller sur le développement de la personne de l'enfant tout en respectant son droit d'être associé aux décisions qui le concerne selon son âge et son degré de maturité. Par ailleurs, l'évolution de cette fonction attribuée aux parents ne se limite pas aux autorisations et aux décisions, mais elle se traduit désormais par des actions concrètes et par l'implication des parents dans la vie de leur enfant à travers les différents domaines de développement de ce dernier.

**1256.** En France la loi du 4 mars 2002 établit un droit commun de l'autorité parentale permettant de regrouper l'ensemble des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale en adoptant une nouvelle perception égalitaire permettant à tous les enfants de bénéficier des mêmes droits quelques soient les circonstances de la naissance de l'enfant et à tous les parents quelques soient le statut de leur couple. C'est ainsi que l'article 287 qui pose le principe d'un exercice commun des parents est fondé uniquement sur le lien de filiation<sup>1059</sup>. Autrement dit, à partir du moment de la reconnaissance de l'enfant par les deux parents, ces derniers sont tenus d'exercer conjointement l'autorité parentale, sauf

---

<sup>1059</sup> Solène PELLETIER, Les exercices de l'autorité parentale, *in* Journal du droit des jeunes, 2003/9, n° 229.

Dans ce sens, il importe de souligner qu'avant l'adoption de cette égalité d'exercice de l'autorité parentale sans aucune prise en considération du statut marital des parents ou des circonstances de naissance de l'enfant, le législateur français exigeait l'existence d'un ensemble de preuve de la vie commune des parents.

dans les cas d'exception qui sont prévus par l'article 372 du code prévoyant que l'exercice de l'autorité parentale est exercé par l'un des parents lorsque « *la filiation est établie à l'égard d'un seul parent après la première année de naissance de l'enfant dont la filiation est établie à l'égard de l'autre parent, qui reste le seul investi dans cet exercice, lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent. Néanmoins, elle peut être exercée en commun en cas de déclaration conjointe du père et de la mère adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal judiciaire ou sur décision du juge aux affaires familiales* ». De ceci, il semble évident que la règle en matière d'exercice de l'autorité parentale est celle de l'accord commun des parents et de la coparentalité : l'exercice unilatéral n'est qu'une exception.

Toutefois, dans les deux cas de figure et malgré la prudence du législateur à protéger l'intérêt de l'enfant à travers l'exercice commun de l'autorité parentale, nombreuses sont les difficultés relatives à une coparentalité non respectée suite à la séparation des parents. **1257.** Dans le même ordre d'idées, en se référant à ces difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, que le législateur marocain a peine à prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant malgré l'introduction de la protection exprimée par l'article 54 posant l'ensemble des principes protecteurs à son égard pendant l'exercice de l'autorité parentale. Cela impose aux parents de veiller à la préservation de l'identité de l'enfant, à sa santé, à la garantie de <sup>1060</sup> sa filiation, à sa garde ainsi qu'à sa pension alimentaire. De même il faut préserver son intégrité physique et psychologique, garantir et assurer son enseignement et sa formation en s'adaptant à son aptitude physique et intellectuelle et enfin lui assurer une orientation religieuse et une transmission des règles de la bonne conduite. Ainsi, cette disposition est considérée comme la première intention particulière du législateur à l'égard de l'enfant soulignant le rôle attribué aux deux parents et concrétisant leurs fonctions en créant de nouveaux rapports entre les parents et l'enfant<sup>1061</sup>. Toutefois, le respect des modalités de la réalisation de cette disposition se trouve souvent éparpillé entre le droit de garde attribuée à la mère et l'attribution de la tutelle légale à l'égard du père qui offre à ce dernier le monopole de tous les actes relatifs à l'enfant, tout en conservant l'obligation des deux parents de répondre aux obligations prévues dans l'article 54 du Code de la famille. Pour les deux systèmes juridiques, la recherche de l'établissement d'un exercice d'autorité parentale conjoint vise principalement à garantir l'intérêt de l'enfant à vivre dans un environnement sain lui permettant d'abord d'entretenir des relations avec ses deux parents puis de leur demander de respecter leurs engagements sur le niveau matériel ou moral.

---

<sup>1061</sup> Il importe de souligner que le législateur a conféré pour la première fois une protection particulière à l'enfant handicapé à travers la consécration d'une protection spécifique à son égard en prévoyant une adaptation spécifique à l'enfant en matière d'enseignement et de formation.

#### ***A- Une garantie d'évolution de l'enfant dans un environnement sain.***

**1258.** Garantir à un enfant le développement et l'épanouissement personnels exige son existence dans un environnement sain qui renvoie aux différents milieux dans lesquels il peut évoluer. En effet, l'évolution de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans la majorité des systèmes juridiques dont ceux que nous étudions, renvoie à une prise en compte de différents types d'environnements pouvant être d'ordre familial, social, scolaire ou encore amical. Toutefois, le premier environnement visé dans la majorité des études élaborées par les spécialistes des droits de l'enfant, est l'environnement familial qui doit répondre à une certaine stabilité dont les parents sont tenus d'assurer afin de garantir à l'enfant son droit à une vie familiale lui permettant le meilleur épanouissement.

**1259.** Ainsi, pour garantir cet environnement sain, il est avant tout question de la concrétisation d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, afin d'accorder à l'enfant une stabilité psychologique à travers le maintien des relations avec ses deux parents qui doivent ensemble assurer et veiller sur ses besoins, sa protection et son éducation. Cette question est d'abord soulevée lors de l'union des parents, elle s'illustre à travers les droits et les devoirs indissociables qui découlent d'une manière naturelle de la paternité et de la maternité, et qui sont assurés par les deux parents au nom de leur responsabilité et de leur autorité. Madame DEUKEUWER-DEFOSSEZ précise que « *pour responsabiliser le père et la mère, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité, il convient aussi d'insister sur les pouvoirs qui leur appartiennent pour bien mener leur mission ; il y'a responsabilité parce qu'il y'a autorité* »<sup>1062</sup>. Cet exercice ne soulève pas de grandes problématiques puisqu'il est exercé comme un accord commun dont l'intérêt de l'enfant est le principe conjoint au sein du couple.

**1260.** Par ailleurs, dans les deux systèmes juridiques, l'exercice de l'autorité parentale peut porter atteinte à l'environnement de l'enfant lors de la séparation des parents. En effet, lorsque ces derniers se séparent, l'enfant devient alors l'élément déclencheur de nombreux désaccords suite à la désignation du rôle de chacun des parents à son égard, sauf lorsqu'il s'agit d'un accord établi entre les deux précisant leurs attributions. D'ailleurs, en droit français cette possibilité trouve son assise dans l'article 213 du Code civil qui dispose que « *les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* » et l'article 372 qui renvoie à la possibilité d'établir un accord commun quant à cet exercice. En droit marocain, le législateur prévoit les droits et les obligations de chacun à l'égard de l'enfant dans l'article 54 et dans l'article 181 qui dévoile que « *le père et la mère peuvent convenir, dans un accord de l'organisation de la visite...* ».

---

<sup>1062</sup> Françoise. DEUKEUWER-DEFOSSEZ, Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, la documentation française, nov., 1999, p. 74, cité par Diaa SFENDLA, thèse, *op. cit.*, p. 414.

**1261.** En effet, en France l'aménagement des modalités de l'exercice de l'autorité parentale est confié au juge des affaires familiales (JAF). En l'absence d'un accord commun des parents, ce dernier élabore son appréciation afin d'homologuer<sup>1063</sup> un accord parental permettant le respect des droits de toutes les parties et faisant de l'intérêt de l'enfant comme objectif principal. Le juge se présente donc comme étant le garant du double lien parental à travers toutes les mesures dont il est appelé à prendre et à respecter dans l'objectif d'assurer « *l'effectivité du maintien des liens entre l'enfant et ses parents* », en obligeant chacun des parents à respecter le droit de l'autre et à maintenir une relation avec l'enfant préservant son intérêt.

**1262.** De même pour le législateur marocain qui définit le rôle du tribunal dans l'article 182 prévoyant qu'en cas de désaccord, ce dernier fixe toutes les modalités relatives à l'exercice de cette autorité parentale qui s'illustre principalement dans la tutelle légale mais également dans les devoirs des deux parents à l'égard de l'enfant.

En outre, dans les deux systèmes juridiques, lorsqu'il est question d'un désaccord entre les parents sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge ou le tribunal est principalement en quête de l'intérêt de l'enfant à travers des éléments qui permettent de garantir à ce dernier un environnement sain où l'épanouissement de sa personne est le seul objectif.

En effet, cet environnement sain renvoie d'une manière systématique à la stabilité de l'enfant basée sur les repères d'ordre affectif, spatial ou encore temporel dans la mesure où ils représentent l'élément fondamental de toute prise de décision par le juge en matière d'exercice d'autorité parentale puisqu'ils constituent des critères de décisions dans l'intérêt de l'enfant.

**1263.** Ainsi, ces critères sont intégrés dans les textes juridiques d'une manière non détaillée, dans la mesure où toute référence à ces critères est plutôt visée sur la prise en considération de la protection physique et psychologique de l'enfant sans pour autant adopter des textes internes ou internationaux qui les évoquent d'une manière explicite. Toutefois, ce sont les juges qui ont fait de ces éléments des critères de décisions dans l'ensemble des affaires relatives à l'exercice de l'autorité parentale, notamment lorsqu'il s'agit des précisions de ces repères tel que l'éloignement de l'enfant de son milieu où il est scolarisé ou de l'endroit ou encore de l'éloigner de l'un de ses parents. D'ailleurs, c'est dans ce sens que la première chambre civile de la cour de cassation avait rendu une décision le 19 novembre 2009 en précisant que « les enfants ont tous leurs repères matériels et affectifs en France »<sup>1064</sup>, ou encore dans une autre décision évoquant le repère affectif de l'enfant à ses parents. La Cour d'appel de Lyon avait décidé dans un arrêt du 12 mars 2012 que « *l'intérêt supérieur de l'enfant en bas âge était de retrouver ses repères auprès de sa mère* »<sup>1065</sup>.

---

<sup>1063</sup> Article 373-2-7 du Code civil.

<sup>1064</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 09-68179 ; D. 2010. Pan. 1904, obs. A. GOUTTENOIRE ; P. Murat, Dr. Fam. 2010, comm. 2

<sup>1065</sup> Cour d'appel Lyon, 12 mars 2012, n° de RG 11/01093.

C'est la position adoptée par la jurisprudence marocaine qui, dans un jugement rendu par la Cour suprême le 05 avril 2016, a refusé la déchéance de la garde à une mère précisant que « *les enfants ont déjà leurs repères notamment l'habitation et la scolarisation dans le pays où réside la mère* » et donc considérant que l'intérêt de l'enfant est fondé sur ces éléments de repères<sup>1066</sup>.

**1264.** En outre, c'est dans ce sens que l'importance accordée au maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents n'est pas insignifiante. En effet, ce maintien des liens représente un élément fondateur de l'environnement familial que l'enfant doit conserver malgré la séparation de ses deux parents. Pour l'enfant, le maintien de ces liens représente une source d'atténuation de la souffrance qu'il peut vivre suite à la séparation de ses parents. Cette séparation qui le met face à une double difficulté, d'abord face à la perte du couple de ses parents puis à son obligation de s'adapter à un changement rapide dépendant d'une nouvelle situation qui l'oblige à vivre avec l'un de ses parents ou à être en garde alternée et subir toutes les conséquences de ce changement pouvant être brutal pour lui notamment s'il est en bas-âge<sup>1067</sup>. Pour la psychologue Carole MANCHANT, cette perturbation subite par l'enfant est principalement due à l'attachement qu'il ressent à l'égard de ses parents, qui lui procurent, une fois ensemble, le sentiment de la sécurité puisqu'il comprend qu'il est toujours dépendant d'eux sans penser à leur rupture ou à être séparé de l'un d'entre eux puisque pour lui cela signifie une menace à son intégrité physique et psychologique sauf lorsqu'il est question de violence conjugale où l'enfant est le déclencheur de la séparation<sup>1068</sup>.

**1265.** Ainsi, l'enfant conserve de toute séparation, le sentiment de la menace et de l'inquiétude qu'il doit gérer mais doit également faire le deuil de cette relation commune qui existait à trois en contrôlant tous ses sentiments selon son âge, sa maturité et sa capacité de compréhension de son entourage. C'est dans ce cadre que le maintien des relations parents-enfants se présente comme un élément assouplissant les conséquences subites par l'enfant suite à la séparation, afin de lui éviter le sentiment d'insécurité, le sentiment dépressif, le trouble de sommeil ou la perte de confiance en soi et aux adultes. Par ailleurs, l'importance accordée à ce maintien des relations entre l'enfant et ses parents, se traduit pratiquement et systématiquement à travers la question de la résidence de l'enfant. En effet, suite à la séparation des parents il devient question de choisir entre une résidence habituelle chez l'un des parents ou une résidence alternée.

**1266.** Les perceptions en la matière divergent dans la mesure où la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en matière de résidence dépend de son environnement et de la stabilité qui peut lui être procurée. En effet, la recherche de cette stabilité figure dans l'ensemble des repères de l'enfant qui visent et permettent son orientation dans le temps et dans l'espace, il importe donc de maintenir ses repères et ses habitudes au détriment des décisions ou des envies parentales.

---

<sup>1066</sup> Décision n° 303, Dossier n° 979/2/1/2015, rendue le 05 avril 2016.

<sup>1067</sup> Carole MONCHANT, Les liens parents-enfants à l'épreuve de la séparation : regards croisés, *in* l'enfant à l'épreuve de la séparation parentale, sous la direction de Laëtitia ANTONINI-COCHIN et Marie-cécile LASSERRE, l'harmattan, 2019, p. 97.

<sup>1068</sup> *Ibid*, p. 100.

En France, le modèle familial adopté repose sur le principe d'un maintien de coparentalité dans toutes les situations. C'est à travers la loi du 4 mars 2002 que le législateur a permis au juge la possibilité d'ordonner la résidence alternée en cas de séparation dans l'objectif de favoriser et conserver le maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents.

**1267.** Toutefois, cette réforme vient apporter un assouplissement à la jurisprudence qui, avant cette loi n'était pas favorable à l'admission de la résidence alternée de l'enfant<sup>1069</sup>. La loi de 2002 a donc adopté une nouvelle perception du rôle et de la place du père qui été souvent dévalorisée dans la question de sa participation à l'éducation de l'enfant, tentant ainsi de replacer son rôle dans la vie de l'enfant.

Cette loi va donc souligner le droit et le devoir des deux parents à assurer leur rôle dont la référence principale est celle prévue par la CIDE à travers les articles 7, 9 et 18 qui prévoient que l'enfant a le droit d'être élevé par ses deux parents, que les Etats parties sont tenus à respecter ce droit sauf si l'intérêt supérieur de l'enfant exige le contraire et que les deux parents s'engagent à assurer la reconnaissance du principe selon lequel ils ont une responsabilité commune pour élever l'enfant et assurer son développement ».

En adoptant la possibilité d'une résidence alternée en cas de séparation, le législateur a souhaité d'abord renforcer l'égalité entre les parents en matière d'autorité parentale malgré qu'elle ne soit pas systématique suite à l'exercice conjoint de l'autorité parentale puisque le partage égalitaire de l'hébergement n'est pas considéré comme une obligation<sup>1070</sup> et dans certaines situations elle ne répond pas à la réalité du vécu parental dans la mesure où l'alternance de l'enfant entre deux domiciles peut perturber sa stabilité.

**1268.** Toutefois, si la résidence alternée reflète l'objectif de protéger l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant dans le maintien des relations avec ses parents, certaines réflexions remettent en cause la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. D'ailleurs, le législateur évoque la question de la garde alternée dans l'article 373-2-9 alinéa 2 « *qu'à la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* ». Ainsi, cette disposition, qui n'évoque pas explicitement l'intérêt de l'enfant mais qui laisse entendre que l'objectif principal est celui de la protection de l'intérêt de l'enfant, est discutée dans la mesure où la question de l'unification de l'exercice de l'autorité parentale peut paraître comme une instrumentalisation de la question de la résidence de l'enfant ne représentant pas un foyer d'unification de l'exercice de l'autorité parentale alors que les décisions relatives à la résidence alternée doivent être prises en fonction de chaque<sup>1071</sup>.

---

<sup>1069</sup> Les juges de fond voyaient dans la résidence alternée une sorte de perturbation de la stabilité de l'enfant.

<sup>1070</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 avr. 2007, Rev. Dr. Fam, 2007, comm. 143, note par. Pierre MURAT.

<sup>1071</sup> Thèse, Diae SFENDLA, thèse, *op. cit.*, p. 423.

**1269.** Toutefois, le législateur affirme, à travers la réforme de 2002, que l'attribution de la garde alternée est un reflet systématique de l'individualisation des droits et de l'égalité des parents dans l'exercice de cette autorité en considérant que ces éléments sont considérés supérieurs à une perception traditionnelle de la famille et de l'exercice de l'autorité parentale.

De la même manière, cette vision est consolidée par les mesures financières qui favorisent ce mode de résidence, et qui sont adoptées notamment en matière de partage des allocations familiales prévu dans les articles L521-2 et R 521-2 du Code de la sécurité sociale ; les aides aux logements qui sont attribuées à chacun des parents ou à l'enfant effectuent la résidence en alternance considérant que chaque foyer est un foyer à part pour l'enfant<sup>1072</sup>.

Cependant, malgré que la loi permette depuis 2002 d'exercer la résidence alternée, cette dernière représente selon les statistiques du ministère de la justice 12% en 2020 donc 480.000 des enfants partagent d'une manière égale la résidence entre les deux domiciles de leurs parents<sup>1073</sup>. Un taux, bien que élevé par rapports aux années précédentes, demeure très limité sous différents éléments. Il s'agit d'une limite sociale se manifestant dans l'investissement des deux parents dans la sphère professionnelle qui influence et joue un rôle déterminant dans la mise en place de cette modalité d'exercice. De plus, malgré l'engagement des femmes dans le milieu professionnel et leur indépendance financière, nombreuses sont celles qui s'investissent d'une manière plus importante dans l'exercice de l'autorité parentale et conservent encore plus la perception traditionnelle visant à attribuer la garde de l'enfant principalement à la mère bien que l'exercice de l'autorité parentale soit attribué aux deux parents.

Ainsi, il semble évident que le principe de l'intérêt de l'enfant représente le moteur de la modalité d'exercice de l'autorité parentale. Son caractère mou permet ici d'adopter et de percevoir les deux perceptions différentes de son intérêt tantôt en le considérant dans la résidence alternée lui permettant d'entretenir des relations incessantes d'une manière égale avec ses deux parents, tantôt en recherchant son environnement familial sain à travers sa stabilité.

**1270.** En droit marocain, la perception de l'environnement sain ne répond pas d'une manière identique à celle adoptée par le droit français. En effet, le législateur marocain a choisi d'adopter une perception spécifique à l'autorité parentale en la divisant entre la garde principalement attribuée à la mère et la tutelle légale attribuée au père. Cette différenciation aboutit systématiquement à un exercice différent de l'autorité parentale et donc à une application très limitée de l'article 7 de la CIDE qui incite à ce que « *l'enfant soit éduqué par ses deux parents* ».

---

<sup>1072</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> ch. 30 mars 2017, n° 161372, à la règle des attributions financières partagées, les prestations sociales font exception dans la mesure où il y a qu'un seul allocataire unique qui peut les percevoir.

<sup>1073</sup> Etude de l'institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), publiée le 3 mars 2021.

Cette étude souligne que les différences sociales et professionnelles des milieux familiaux sont significatifs, dans la mesure où les parents dont l'enfant réside en alternance entre eux sont davantage diplômés et plus souvent en emploi (dont 57% sont cadres ou exerçant des professions intermédiaires).

Dans la réforme menée en 2004, le législateur évoque dans le chapitre relatif à la garde que la personne chargée de la garde doit dans la mesure du possible « *prendre toutes les dispositions nécessaires à la préservation et à la sécurité, tant physique que morale, de l'enfant soumis à la garde, et de veiller à ses intérêts en cas d'absence de son représentant légal et, en cas de nécessité, si les intérêts de l'enfant risquent d'être compromis* ».

**1271.** En effet, cette préservation physique et notamment psychologique dissimule d'une manière indirecte le rôle de la personne assumant la garde de protéger l'enfant et de lui garantir un environnement familial sain. Toutefois, cet environnement ne peut être concrétisé sans l'existence et le rôle assumé par l'autre parent. Ainsi, comme nous l'avons précisé, le droit marocain accorde principalement le droit de la garde à la mère c'est-à-dire que sa résidence principale est celle de la gardienne en éradiquant ou en ignorant la possibilité d'une résidence alternée. Néanmoins, le législateur de 2004 a accordé une grande importance et a établi une nouvelle organisation du droit de visite de l'enfant soumis à la garde.

**1272.** Le Code de la famille prévoit que la personne qui n'est pas gardienne et qui est souvent le père, conserve son droit de visite afin de permettre à l'enfant d'entretenir des relations avec les deux parents. Toutefois, le texte apporte une sorte de modernité à travers la possibilité offerte dans l'article 181 qui prévoit que « *le père et la mère peuvent convenir, dans un accord, de l'organisation de la visite et la communiquent au tribunal qui en consigne le contenu dans la décision accordant la garde* ». Une modernité qui renvoie à la possibilité de convenir à un accord commun entre les parents mais qui conserve la perception traditionnelle en y ajoutant que l'accord doit être réalisé dans le cadre du droit de visite.

**1273.** Ainsi, le législateur éloigne encore plus la possibilité d'adopter une résidence alternée, une perception qui réaffirme son attachement à la vision religieuse musulmane de l'inexistence d'une coparentalité notamment lorsqu'il s'agit des couples désunis. De plus, le partage de l'institution de l'autorité parentale entre la garde et la tutelle légale rend encore plus complexe l'instauration d'une résidence alternée et instaure un partage de tâches qui consiste à attribuer à la femme la garde habituelle et à l'homme le droit de visite chaque week-end en principe.

Toutefois, le législateur adopte la possibilité d'intervention du juge afin de protéger l'intérêt de l'enfant et de lui garantir un environnement sain à travers l'article 183 qui prévoit que le tribunal veille à ce que l'organisation du droit de visite soit dans le respect de la personne de l'enfant et lui permet alors de prendre toutes les mesures nécessaires dont la modification afin que ce droit de visite ne porte pas préjudice aux deux parties ou à l'enfant en particulier.

**1274.** Ainsi, en droit marocain le mode d'exercice adopté par le législateur correspond plus à l'exercice séparé de l'autorité parentale en droit français. En effet, ce mode d'exercice est organisé lorsque l'intérêt de l'enfant le commande. Il signifie principalement que l'un des parents assume au quotidien la charge de l'enfant et que l'autre parent dispose d'un droit de visite et d'hébergement (sauf lorsque le juge interdit l'accès à ce droit au nom de l'intérêt de l'enfant). Ce parent, appelé le parent (gardien) dispose ainsi de toutes les prérogatives attribuées par le Code civil.

Toutefois, il est toujours tenu d'agir dans le respect du rôle de l'autre parent à savoir l'informer de tous les événements importants relatifs à la vie de l'enfant, surtout ceux qui peuvent affecter son droit de visite tel que le changement de domicile<sup>1074</sup>.

Par ailleurs, le parent qui dispose d'un droit de visite conserve « *son droit et devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier* »<sup>1075</sup>.

**1275.** Dans les deux systèmes juridiques, la préoccupation du législateur, quant à la question de l'environnement familial de l'enfant et de l'obligation de lui garantir le droit d'entretenir des relations avec ses parents malgré la séparation, se manifeste clairement dans le rôle du juge qui se renforce de plus en plus en la matière. En effet, en France, la loi de 2002 a explicitement renforcé le rôle du JAF dans les conflits pouvant surgir à cause de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi l'article 373-2-6 accorde au JAF un large pouvoir et une compétence partant d'une possibilité de conseiller les parents à recourir à une médiation afin d'assurer les droits et les devoirs de chacun et de garantir l'intérêt de l'enfant. Il peut également coordonner les accords établis entre les parents en matière d'exercice de l'autorité parentale et de veiller à apporter des solutions à tous les conflits parentaux dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant.

**1276.** Ce rôle est également renforcé par celui du juge des enfants qui a en plus un rôle d'assistance éducative notamment lorsque la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant sont mises en danger suite à un manquement des parents lors de l'exercice de l'autorité parentale. Dans ce cas, il est appelé à entendre l'enfant et à mener les enquêtes qu'il estime nécessaires dans l'objectif de décider du placement de l'enfant dans un établissement ou chez une personne digne de confiance afin de le protéger. De même pour le juge marocain qui acquiert dans la réforme de 2004 un rôle de contrôle beaucoup plus important se traduisant même dans la pratique judiciaire. Par exemple un jugement, rendu par la Cour suprême le 16 février 2016, permet la déchéance du droit de la garde de la mère suite à un non respect des modalités et de l'organisation du droit de visite à l'égard du père de sa fille en déménageant d'une ville à une autre le privant ainsi d'entretenir des relations avec son enfant<sup>1076</sup>.

---

<sup>1074</sup> Guy RAYMOND, *op. cit.*

<sup>1075</sup> Article 373-2-1, Code civil.

<sup>1076</sup> Décision n° 168 dossier n° 717/2/1/2015, rendue le 16 février 2016.

## ***B-Une garantie d'évolution de l'enfant dans un cadre stable.***

**1277.** Dans tous les textes nationaux et internationaux, la référence à la protection de l'enfant et à la prise en considération de son intérêt supérieur renvoie aux différents éléments qui peuvent constituer la concrétisation de ce principe. En effet, ces éléments peuvent se manifester sous différents caractères répondant à tout ce dont l'enfant a besoin afin de le protéger, mais également de l'accompagner jusqu'à sa majorité et la fin de sa vulnérabilité. Parmi les piliers de cet accompagnement, il y a la qualité de la stabilité que l'adulte est appelé à fournir à chaque enfant.

**1278.** Cette stabilité, le Larousse universel l'associe avec quelques sens qui reflètent son importance. En effet, elle est : « une qualité de ce qui est établi d'une manière durable, ferme, constante, permanente. En mécanique : propriété d'un corps dérangé de son état d'équilibre de pouvoir revenir à cet état ». Ainsi elle permet de répondre à la réunion de différentes dimensions de la vie de chaque personne dont l'objectif est d'établir un équilibre favorable au développement de chaque personnalité<sup>1077</sup>.

**1279.** Chez l'enfant comme nous l'avons déjà mentionné, la stabilité est principalement recherchée dans le cadre familial qui doit en effet fournir à l'enfant tous les éléments nécessaires à son développement dans un cadre d'accompagnement personnel visant à le préparer à la vie d'adulte. Ces éléments peuvent être d'ordre affectif, matériel ou moral. Ainsi, pour une personne vulnérable comme l'enfant, le respect et la garantie de ces éléments illustrent systématiquement le cadre dans lequel l'enfant se développe sous la bienveillance de ses deux parents qui eux l'exerce sous le « parapluie » de l'autorité parentale.

**1280.** Exercer l'autorité parentale c'est assurer l'ensemble des droits et devoirs parentaux à l'égard de l'enfant, afin de garantir à ce dernier un meilleur développement et épanouissement. Ainsi, l'aspect de l'entretien de l'enfant représente un fondement majeur de la responsabilité parentale à son égard partant du principe de « *qui fait l'enfant doit le nourrir* », qui s'élargit aujourd'hui à l'entretien de l'enfant dans son sens large.

L'article 27 de la CIDE prévoit que « *les Etats parties reconnaissant le droit de tout enfant à avoir un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social* » et qu'il revienne « *aux parents ou autre personne 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* » ; une disposition qui souligne l'attribution du rôle de l'entretien de l'enfant principalement aux parents. En effet, cette perception est adoptée par les deux systèmes juridiques dans la mesure où l'entretien des enfants est une obligation qui incombe aux parents qu'ils soient unis ou séparés.

**1281.** Ainsi, en droit français l'article 371-2 du Code civil pose le principe de cette obligation en prévoyant que tous les parents ont l'obligation de contribuer à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants, en prenant compte de la situation financière de chacun des parents et aux besoins de l'enfant.

---

<sup>1077</sup> Marie-Christine SEYS, Dans un monde qui bouge, quelles sources de stabilité individuelle ?, in Actualités en analyse transactionnelle, 2008/4, n° 128.

Cette obligation d'entretien, dotée aujourd'hui d'un caractère moral<sup>1078</sup>, incombe uniquement aux parents puisqu'elle repose principalement sur le lien de la filiation et de parenté. Ainsi, même le parent déchu de son autorité parentale, demeure titulaire de son obligation de participer à l'entretien de son enfant tant que le lien de filiation est établi.

**1282.** L'obligation d'entretien de l'enfant par ses deux parents représente une pièce maîtresse de la concrétisation et de l'effectivité du lien de parenté. Elle vise à garantir à l'enfant une vision d'avenir quant à ses besoins et son éducation et à la préparation de son avenir<sup>1079</sup>. C'est en suivant cette perception qu'il est d'abord question de souligner la différence entre l'obligation d'entretien et l'obligation alimentaire. Cette distinction ne semble pas évidente puisqu'elle permet d'établir un nombre d'éléments similaires entre les deux obligations. D'une manière générale, l'obligation d'entretien relève du cadre général de l'obligation alimentaire en faisant vivre l'enfant; elle est impérative et dépend des ressources des parents<sup>1080</sup>.

**1283.** Cependant, nombreuses sont les différences qui peuvent être soulevées à ce sens. Tout d'abord il est question de la dotation de l'obligation d'entretien par le caractère d'éducation qui vient élargir son champ de concrétisation dans les rapports entre l'enfant et son parent. L'obligation d'entretien, à l'opposé de celle alimentaire, est de caractère unilatérale et non réciproque, c'est-à-dire qu'elle incombe uniquement aux parents et non pas aux enfants<sup>1081</sup>. C'est une charge naturelle qui découle de la paternité et de la maternité. Elle se concrétise en nature puisqu'elle peut prendre forme même lors de l'exercice de la vie familiale et enfin elle incombe uniquement aux parents sans obliger les grands-parents à l'assumer même suite au décès de ces derniers<sup>1082</sup>.

**1284.** Cette question d'obligation d'entretien a connu une grande évolution à travers l'adoption de la loi de 2002 qui a permis la mise en place d'un ensemble de dispositions visant à cadrer les dispositions de l'ancien régime qui était « *partiel et éclaté entre les devoirs des époux et les effets du divorce* »<sup>1083</sup>. Toutefois, si la question de l'entretien de l'enfant ne pose pas de problème lors de l'union parentale, néanmoins lors de la séparation des parents, elle devient source de conflits dont le JAF est tenu d'apporter des solutions adaptées à chaque situation prenant en considération de nombreux éléments dont la résidence de l'enfant<sup>1084</sup>, l'évaluation du coût de son entretien et de son éducation, la situation financière de chacun des parents, etc.

**1285.** Cependant, la jurisprudence n'a pas attendu l'évolution législative afin de faire du principe d'entretenir son enfant une obligation pour les deux parents à l'égard de leurs enfants<sup>1085</sup>.

---

<sup>1078</sup> François BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, perspectives comparatistes et internationales*, éd. economica, 1998, p. 137.

<sup>1079</sup> Carole SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français étude critique*, presse universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2009, p. 476.

<sup>1080</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *Droit de la famille*, 6ème éd., LGDJ, 2018, p. 798.

<sup>1081</sup> Il importe de souligner qu'un parent dans le besoin peut demander des aliments à son enfant fortuné mais il ne peut jamais l'obliger à assurer une obligation d'entretien.

<sup>1082</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *id, ibid.*, pp. 779-800.

<sup>1083</sup> *Ibid.*

<sup>1084</sup> Dans 79% des cas, la résidence des enfants est fixée chez la mère; 12% des enfants en résidence alternée; et 7% uniquement des enfants résident chez leur père.

<sup>1085</sup> Cass., 1ère civ., 12 février 2020, n°19-10. 200.

**1286.** Ceci a été agréé avant même l'adoption de la loi de 1972 sur l'égalité des filiations, puisque dans un jugement rendu en 1935<sup>1086</sup>, la Cour de cassation avait déjà affirmé la solidarité parentale à l'égard de leurs enfants qu'ils soient légitimes ou naturels en admettant une action en remboursement des frais d'entretien et d'éducation intentés par la mère naturelle contre le père de l'enfant<sup>1087</sup>. Une position qui va être renforcée d'abord par la loi de 1975 qui précise d'une manière explicite que le divorce ou juste la séparation ne met pas fin aux obligations et aux devoirs parentaux à l'égard des enfants, permettant donc au parent chez qui l'enfant réside de bénéficier de la contribution de l'autre parent. Cette position est aussi améliorée par la loi adoptée en 2002 quant aux modalités, égalités et mécanismes d'application. De plus, l'entretien de l'enfant par ses deux parents est considéré depuis 1974 par la Cour de cassation comme « une règle légale et d'ordre public » qui ne peut pas être l'objet de renonciation ou de refus.

**1287.** Aujourd'hui, l'article L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire dispose que le juge aux affaires familiales connaît des actions liées à la fixation des obligations alimentaires et à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Ainsi, c'est au JAF qu'il revient de décider des modalités d'exécution de l'obligation d'entretien. Cette dernière est fondée sur la détermination du juge de la contribution à l'entretien et à l'éducation. En effet, pour élaborer cette décision, le JAF doit se référer à deux éléments principaux qui sont les ressources et les charges de chacun des parents et les besoins de l'enfant. En effet, si pour le premier élément, le rôle du juge peut être fondé sur les documents présentés par chacun des parents, le second élément quant à lui, demeure flou face aux différents besoins de l'enfant. Ils peuvent être référencés à un barème ou à une table de référence publiée par la chancellerie depuis l'année 2010 afin de faciliter au juge l'élaboration d'une réflexion commune lors des audiences avec les parties concernées et de lui permettre d'évaluer et d'estimer le besoin de l'enfant tout en étant en harmonie avec les autres décisions de justice<sup>1088</sup>.

**1288.** De plus, un autre élément peut également faire l'objet d'une réflexion profonde quant à la participation commune à l'entretien de l'enfant est celui de la durée de cette obligation. En effet, l'obligation d'entretien ne dispose pas d'une limite d'âge mais elle perdure jusqu'à ce qu'il soit capable et qu'il soit en mesure de répondre financièrement de ses besoins en acquérant une autonomie financière.

Toutefois, cette possibilité n'a été acquise juridiquement qu'à travers la loi de 2002 qui a modifié l'article 371-2 du Code civil, faisant de la majorité un élément secondaire qui n'entraîne pas la cessation de l'obligation d'entretien. Cette réforme a été fondée principalement sur l'évolution sociale et économique qui intègre la réalité des enfants qui continuent leurs études même lorsqu'ils deviennent de nouveau majeurs et qu'ils se trouvent rarement en mesure de s'autofinancer les études et subvenir aux besoins personnels.

---

<sup>1086</sup> Cass. Civ. 27 novembre 1935 D.P. 1936-1-25, note A. cité par François BOULANGER, *op. cit.*, p. 138.

<sup>1087</sup> *Id, ibid.*

<sup>1088</sup> Isabelle IMBERT-DUHAMEL, Les difficultés relatives à la contribution à l'éducation de l'enfant, *in* l'enfant à l'épreuve de la séparation parentale, *op., cit.*, p. 60-62.

D'ailleurs dans un arrêt rendu le 12 février 2020, la Cour de cassation rappelle que le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant est estimé et adapté aux ressources de chacun des parents et aux besoins de l'enfant conformément à l'article 371-2 du code civil. Cass., 1ère civ. 12 février 2020, 19-13. 368.

**1289.** Cependant, c'est l'élément de l'avènement de la majorité de l'enfant qui a toujours posé problème en matière d'obligation d'entretien dans la mesure où il déclenche chez le parent débiteur la volonté d'interrompre son obligation estimant que la majorité de l'enfant déclenche systématiquement sa capacité de subvenir à ses besoins.

Ainsi, c'est face à cette situation que le législateur de 2002 a intégré le progrès déjà établi par la jurisprudence qui avait déjà pris en considération « l'obligation parentale d'entretien » en intégrant le principe de cette obligation et de son maintien même lorsque l'enfant est majeur<sup>1089</sup>, et de son renforcement par la loi du 28 décembre 2019 relative visant à agir contre les violences au sein de la famille permettant la modification de l'alinéa 2 en disposant que l'obligation de l'entretien « ne cesse de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni lorsque l'enfant est majeur ». Par ailleurs, l'application de cette disposition c'est-à-dire le maintien de l'obligation d'entretien de l'enfant même après la majorité reste subordonnée encore aujourd'hui et comme dans le passé à quelques conditions dont celles relatives à la poursuite des études sérieuses ou suite à la recherche active d'un premier emploi<sup>1090</sup>.

**1290.** Cependant, cette question soulève un problème de fond qui est celui de savoir si l'obligation d'entretien répond uniquement à une obligation rattachée à la continuité des études de l'enfant même lorsqu'il est jeune majeur, ou bien elle doit se doter encore du caractère d'éducation qui prend en considération la moralité de la tâche du parent sans que l'enfant exprime le besoin. Autrement dit, l'obligation d'entretien de l'enfant doit-elle continuer malgré l'arrêt des études de ce dernier où doit-elle continuer dans le cadre d'une solidarité familiale jusqu'à ce que le jeune majeur ait une stabilité financière ? En réponse, la jurisprudence a déjà apporté à travers différents arrêts la perception qu'il faut adopter quant à l'entretien de l'enfant assurant que cet entretien de l'enfant doit durer « jusqu'à ce qu'il termine ses études supérieures et obtienne une situation professionnelle stable et rémunérée »<sup>1091</sup>.

Ainsi cette décision permet de constater un élargissement du champ de cette obligation d'entretien qui peut aller jusqu'à dépasser le fait que le jeune majeur trouve un travail mais elle se réfère encore plus à sa stabilité professionnelle. Par ailleurs, compte tenu des décisions jurisprudentielles, le caractère du besoin de l'enfant semble le fondement de l'obligation d'entretien, or l'obligation d'entretien n'est pas doté des mêmes caractéristiques que l'obligation alimentaire et doit correspondre plus à un engagement de moralité avant qu'il soit une réponse au besoin de l'enfant.

**1291.** L'obligation d'entretien de l'enfant peut prendre différentes natures ; elle peut être sous forme d'un versement mensuel d'une somme d'argent ou en nature par le fait de lui procurer un logement. D'ailleurs c'est dans ce sens que l'article 211 dispose que : « le juge aux affaires familiales prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure, l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire ».

<sup>1089</sup> Carole SIFFREIN-BLANC, *op. cit.*, p. 480.

<sup>1090</sup> Cass. 1ère Civ. 9 février 2011, n° 09-71102.

Cass. Ch. 1ère civ. 12 février 2020, n° 18-25.359. Dans un autre arrêt La cour de cassation s'est également prononcée sur l'obligation des parents d'entretenir et d'éduquer leurs enfants au-delà de leur majorité tant qu'ils ne sont pas autonomes.

<sup>1091</sup> CA Reims, 19 septembre 2002, juris-data n° 2002-202438, cité par Carole SIFFREIN-BLANC, *op. cit.*, p. 481.

Dans la majorité des situations conflictuelles relatives à l'obligation d'entretien de l'enfant, un autre problème peut être soulevé et qui renvoie à l'effectivité de cette obligation qui doit être assurée par les parents notamment lorsqu'il s'agit d'une longue durée incluant les études et la stabilité de l'enfant. Une situation qui crée forcément des difficultés de contribution conjointe des parents à l'éducation de l'enfant, notamment lorsqu'il s'agit d'un parent dont les créances sont les plus faibles. C'est dans ce sens que l'Etat intervient depuis les années 1950 à travers l'adoption d'un nombre de mesures telles que l'introduction du rôle de la caisse des allocations familiales, permettant ainsi de venir en aide aux familles qui se trouvent dans cette difficulté afin de protéger l'enfant de la précarité. Toutefois, les mesures adoptées visent à éviter des difficultés pour l'enfant et non pas d'assumer le rôle du parent, puisque ce dernier n'est dispensé de cette obligation que s'il est dans l'impossibilité matérielle d'y répondre.

**1292.** Par ailleurs, malgré que le législateur ait prévu des voies d'exécution strictes afin de contraindre le parent de répondre à l'entretien de l'enfant, le droit civil envisage peu de sanctions à l'égard du parent n'assurant pas l'effectivité de sa responsabilité d'entretien en lui accordant la possibilité de remboursement de ses dettes auprès de la caisse des allocations familiales et en éloignant le plus possible sa sanction. Toutefois, sanctionner le parent qui n'assume pas sa responsabilité d'entretien n'est pas absent ou impossible.

En effet, l'absence de cet entretien permet d'avoir recours au Code pénal qui vient en renfort du droit civil permettant à travers l'article 227-3 d'incriminer le parent n'assurant pas sa responsabilité d'entretien d'abandon pécuniaire de famille en disposant que : « *le fait pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, ...une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par les titres V, VI, VII et VIII du livre 1<sup>er</sup> du code civil en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Ainsi, le rôle du droit pénal en droit de la famille est de caractère répressif dont l'objectif est de caractère protecteur à l'égard de la famille et de l'enfant en particulier puisque tout manque d'entretien d'enfant est considéré comme porteur de préjudice à ce dernier<sup>1092</sup>.

Pour le législateur français l'obligation d'entretien de l'enfant semble être d'une part une préoccupation de fond à travers laquelle l'intégration du principe de l'intérêt de l'enfant semble être l'objectif principal dans la mesure où cette prise en considération est prolongée même après la majorité et dure jusqu'à la stabilité professionnelle du jeune majeur ; d'autre part elle est également le reflet de l'équilibre adopté par le législateur dans la relation triangulaire entre les parents et l'enfant et en assurant les droits et devoirs de chacun d'entre eux.

---

<sup>1092</sup> Carole SIFFREIN-BLANC, *op. cit.*, p. 487.

**1293.** En droit marocain, cet équilibre recherché par le législateur en matière d'obligation d'entretien n'est pas simple à adopter. En effet, comme nous l'avons signalé antérieurement, en droit marocain le père conserve une grande partie de ses privilèges qui sont fondés sur le droit musulman lui accordant le droit d'exercer la puissance paternelle sur ses enfants. Cette règle renvoie systématiquement à une perception tout à fait différente à celle adoptée par le législateur français qui fait de l'égalité des droits et devoirs des parents le principe de base dans l'ensemble de l'attribution et de l'exercice de l'autorité parentale dont l'obligation d'entretien. En effet, la spécificité adoptée par le législateur marocain permet d'influencer d'une manière explicite les rapports entre les parents et l'enfant en attribuant au seul père l'obligation d'assurer l'entretien de l'enfant et de lui garantir un logement décent.

**1294.** En droit musulman, il n'existe pas de différence dans le fond entre l'obligation alimentaire et l'obligation d'entretien. La première répond à l'objectif d'assurer « la subsistance de l'enfant » c'est-à-dire son besoin de nourriture, de vêtements et de logement, alors que l'obligation d'entretien se dote d'un caractère plus large qui n'est pas restreint à « faire vivre l'enfant » mais à protéger sa santé et d'assurer son éducation et spécifiquement celle religieuse<sup>1093</sup>.

**1295.** L'école Malékite admet que le père est le seul responsable de la famille et de son enfant ; il est tenu d'assurer l'entretien de ces derniers d'une manière générale, sauf lorsqu'il est dans l'impossibilité financière d'assumer ces dépenses, il sera alors dispensé de son obligation et peut se diriger vers le trésor public qui peut assurer les dépenses de son enfant. En effet, cette obligation d'entretien réservée au père trouve son fondement d'abord dans le Coran puis dans les hadiths prophétiques, le premier représente une référence explicite de la distribution des rôles entre l'homme et la femme au sein de la famille lorsque Dieu dit : « *Et les mères (mariées ou divorcées), doivent allaiter leurs nouveau-nés deux années complètes. Cette prescription concerne les mères qui veulent donner un allaitement complet. Au père de l'enfant de le nourrir et vêtir de manière convenable. Nul ne doit supporter plus que ses moyens (...)* »<sup>1094</sup>. De la même manière, un hadith du prophète affirme l'obligation du père d'entretenir son enfant puisqu'il a conseillé à une femme qui est venue le consulter affirmant que son mari est avare et ne subvient pas aux besoins de son fils, le prophète lui répond « *prends de son argent ce qui te suffit à toi et à ton enfant* »<sup>1095</sup>.

Cette perception va être encore plus développée par le droit musulman qui va adopter un nombre de règles visant à organiser les conditions et les limites de cette obligation d'entretien. En effet, pour les conditions il suffit qu'il y ait un lien de filiation entre l'enfant et le père, et que ce dernier puisse répondre matériellement à cet entretien. De plus, le droit musulman impose cette obligation au père même après la majorité de l'enfant faisant quelques différenciations entre l'enfant fille et garçon. Ainsi, pour ce dernier son droit à *la nafaqah* perdure même après sa majorité s'il soit pauvre, ou atteint d'une maladie qui l'empêche de subvenir lui-même à ses besoins. Quant à la fille, elle peut conserver ce droit si elle est pauvre et si elle n'est pas encore mariée.

<sup>1093</sup> Dina CHARIF-FELLER, *op. cit.*, p. 131.

<sup>1094</sup> Sourate la Vache, II, 233.

<sup>1095</sup> Sabuni TALAQ, p. 289, note explicative, p. 95, cité par Dina CHARIF-FELLER, *op. cit.*, p. 132.

**1296.** En outre, le droit musulman souligne d'une manière stricte que l'obligation d'entretien de l'enfant est donc une « *une obligation personnelle à laquelle le père ne peut renoncer* ». Autrement dit, l'entretien de l'enfant ne peut être délégué à une autre personne même lorsque cette dernière est la mère. Toutefois, lorsque le père est dans l'impossibilité de répondre aux besoins de son enfant à cause du manque de moyens et que la mère est aisée, il revient à cette dernière d'assurer les besoins de ses enfants avant que cette obligation soit dirigée vers les membres de la famille paternelle puis transmis au trésor public<sup>1096</sup>. De ceci, il semble alors évident que le droit musulman adopte une perception d'obligation d'entretien qui ne pèse que sur le père en excluant le rôle de la mère même lorsqu'elle dispose de la possibilité de l'assumer ; ainsi cette dernière est conviée de l'assumer uniquement lorsque le père est dans l'incapacité physique et matérielle.

Ainsi, c'est en suivant cet esprit et ce séparatisme des rôles entre l'homme et la femme au sein de la famille et notamment en matière d'obligation d'entretien des enfants que le législateur marocain a fondé sa législation tout en modifiant de nombreuses dispositions visant à favoriser l'égalité entre l'homme et la femme puis à concrétiser une prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans la mesure de garantir son entretien tel qu'il est retenu dans l'article 27 de la CIDE. Autrement dit, le législateur marocain était encore à la recherche d'un équilibre entre le principe religieux et celui des humains tels qu'ils sont adoptés par les conventions internationales que le Maroc a signées et ratifiées.

En ce qui concerne les rapports entre l'enfant et le parent notamment en matière d'obligation d'entretien de ce dernier à l'égard du premier, les règles restent fidèles à l'esprit du droit musulman et à l'ancien texte de statut personnel<sup>1097</sup>, en apportant quelques modifications qui demeurent très limitées dont la principale est celle relative à l'obligation du père d'assurer un logement décent pour son enfant.

**1297.** Dans le chapitre relatif à la pension alimentaire le législateur marocain précise que « *l'obligation alimentaire résulte du mariage<sup>1098</sup>, de la parenté<sup>1099</sup> et de l'engagement<sup>1100</sup>* », ce qui amène à une obligation d'engagement et d'entretien pour le parent à l'égard de son enfant. L'article 189 définit l'obligation d'entretien de l'enfant comme suit : « *l'entretien comprend l'alimentation, les soins médicaux, l'instruction des enfants et tout ce qui est habituellement considéré comme indispensable...* ». Restant fidèle au droit musulman et à l'ancien texte de statut personnel, précisant que cette obligation incombe de principe au père. L'article 198 dispose que : « le père doit pourvoir à l'entretien de ses enfants... ».

---

<sup>1096</sup> CHARIF-FELLER, *op. cit.*, p. 132.

<sup>1097</sup> L'article 126 de l'ancien texte de statut personnel dispose que : « Le père doit subvenir aux besoins de ses enfants en bas âge ou incapables de se procurer des ressources ».

<sup>1098</sup> L'article 194 dispose que : « L'époux doit pourvoir à l'entretien de son épouse dès la consommation du mariage... ».

<sup>1099</sup> L'article 197 du Code de la famille dispose que : « 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 code ».

<sup>1100</sup> L'article 205 dispose que : « Celui qui s'est obligé envers un tiers, mineur ou majeur, à lui verser une pension alimentaire pour une durée déterminée, doit exécuter son engagement. Si la durée est indéterminée, le tribunal la fixe en se fondant sur l'usage ».

Toutefois, le législateur de 2004 apporte une importante modification qui permet l'introduction d'une prise en considération de l'intérêt de l'enfant en prolongeant la durée de cet entretien. Ainsi, l'ancien texte de statut personnel définissait à travers l'article 126 que l'entretien de l'enfant ou la pension alimentaire prenaient fin pour le garçon à la puberté ou à l'âge de vingt et un ans s'il fait des études et à la fille jusqu'à ce que son entretien incombe à son mari. Le nouveau texte quant à lui instaure cette obligation à l'égard de l'enfant jusqu'à l'âge de la majorité qui est de dix-huit ans et jusqu'à vingt cinq ans s'il poursuit ses études.

**1298.** L'évolution du texte ne s'est pas limitée uniquement à la prolongation de l'âge d'entretien de l'enfant mais elle a également prise en considération plus de mesure visant à protéger l'intérêt de l'enfant que ce soit dans l'objectif de sauvegarder son niveau de vie d'avant le divorce. Cette évolution consiste à innover la méthode de calcul de la pension alimentaire en intégrant d'autres critères tels que la scolarisation de l'enfant, ce qui rend l'obligation due au père, comme une obligation d'entretien général qui peut introduire de nombreux éléments. En effet, si l'ancien texte<sup>1101</sup> adoptait une vision très limitée de la prise en considération de la situation de l'enfant, la réforme de 2004 remplace cette disposition par l'article 85 qui précise que le calcul de la pension alimentaire doit tenir compte de la condition de niveau de vie et de la situation scolaire de l'enfant avant le divorce de ses parents « *tout en évaluant les charges inhérentes aux besoins précités, il est tenu compte, par référence à une moyenne des revenus de la personne astreinte à la pension alimentaire et de la situation de celle qui y a droit, du coût de la vie, et dessus et coutumes dans le milieu social de la personne ayant droit* »<sup>1102</sup>. Puis, l'innovation de l'article 190 qui dispose que : « *Le tribunal se fonde, pour l'estimation de la pension alimentaire, sur la déclaration des deux parties et sur les preuves qu'elles produisent (...)* ». Toutefois, le tribunal acquiert à travers la réforme de 2004 une grande liberté d'appréciation quant à l'obligation d'entretien de l'enfant.

**1299.** En effet, c'est dans ce sens qu'un jugement a été rendu par la Cour suprême le 29 mars 2016<sup>1103</sup> affirmant la possibilité du tribunal d'élaborer sa propre appréciation et estimation du montant dû pour l'entretien d'un enfant, en condamnant un père à payer des frais dus à cet entretien dans son ensemble tant que le tribunal avait pris en considération l'article 188<sup>1104</sup> et tant que le père n'a pas prouvé son incapacité financière.

Toutefois, malgré que la prise en considération de l'obligation d'entretien introduise l'ensemble des frais d'entretien courant dont les frais de scolarité, cette dernière lorsqu'elle est effectuée dans le secteur privé peut représenter une limite. C'est ainsi que dans un jugement rendu par la Cour suprême le 31 mai 2016<sup>1105</sup>, cette dernière avait rejeté la décision de la cour d'appel de la ville de Khoribga, en précisant que le tribunal doit prendre en considération la situation financière du père en intégrant toutes ses charges personnelles autre que son obligation d'entretenir son enfant, et en soulignant que

---

<sup>1101</sup> L'article 119 du statut personnel disposait que : « Pour l'évaluation de la pension alimentaire et de ses accessoires, il est tenu compte, en se référant à la moyenne, des ressources de l'époux, de la situation de l'épouse, de la coutume des gens de la région, des circonstances du moment et des prix (...) ».

<sup>1102</sup> Article 189 du Code de la famille marocain.

<sup>1103</sup> Cour suprême, décision n° 294, 29 mars 2016, dossier n° 630/2/1/2015.

<sup>1104</sup> L'article 188 dispose que : « nul n'est obligé de subvenir aux besoins d'autrui que dans la mesure où il peut subvenir à ses propres besoins. Toute personne est présumée solvable jusqu'à preuve contraire ».

<sup>1105</sup> Cour suprême, décision n° 457, du 31 mai 2016, dossier n° 299/2/1/2016.

la décision de scolariser un enfant dans le secteur privé exige l'accord du père qui demeure le tuteur légal malgré que la garde soit attribuée à la mère et malgré que cette dernière estime que la scolarisation de la fille dans l'école privée était dans l'intérêt de l'enfant.

**1300.** Un autre élément est également pris dans l'intérêt de l'enfant en matière de son entretien, est celui du délai du traitement d'un mois<sup>1106</sup> afin que l'enfant ne soit pas déstabilisé par le changement de sa situation et de l'intervention de chacun de ses parents dans son entretien. Dans le même sens un autre élément peut être soulevé visant à garantir un logement décent pour l'enfant. En effet, cette question de garantir un logement à l'enfant ne figurait pas dans l'ancien texte puisque le législateur de 2004 a décidé de faire de l'obligation de garantir un logement décent un élément distinct de la pension alimentaire au sein de l'obligation d'entretien.

**1301.** En effet, l'article 168 fait du logement de l'enfant un élément d'entretien distinct de la pension alimentaire afin d'assurer encore plus de stabilité à l'enfant ; cet article dispose que « *le père doit assurer à ses enfants un logement ou s'acquitter du montant du loyer dudit logement tel qu'estimé par le tribunal (...)* ». De ceci, il est donc devenu interdit au père d'expulser son enfant soumis à la garde du domicile conjugal tant qu'il n'a pas exécuté le jugement relatif à la garantie du logement à l'enfant ; ainsi lorsqu'il est question de l'enfant soumis à la garde il est également question d'interdiction d'expulser la mère gardienne qui conserve ici un droit de protection qui se manifeste dans sa possibilité du maintien au foyer conjugal tant que le père n'a pas procuré un logement à l'enfant.

Cette obligation n'est pas limitée par l'âge, c'est-à-dire que l'application de l'article 168 n'est soumise à aucune condition, et le tribunal veille à ce que les mesures de l'exécution du jugement par le père soient toutes adoptées. Toutefois, dans la pratique l'enfant et la femme sont souvent expulsés du logement (de force ou par ignorance de leur droit) où ils habitent trouvant refuge chez la famille en attendant que le jugement soit rendu ; ce dernier accorde en principe entre 500 à 800 (50 à 80 euros) dirhams par mois comme indemnité de logement<sup>1107</sup>.

**1302.** Cependant dans la majorité des jugements rendus par les tribunaux de fond la référence aux frais de logement ne pas toujours distincte de la pension alimentaire puisque les juges se contentent uniquement par la fixation d'un montant global de la pension. Cette pratique trouve son origine dans l'existence de deux cas de figures dans lesquels une demande de frais de logement peut être demandée. En effet, il est possible que la pension alimentaire de l'enfant soit demandée au cours de la vie conjugale puis au cas d'une dissolution du lien conjugal ; ainsi pour les tribunaux qui adoptent cette méthode l'explication peut être facile à démontrer puisqu'il est question d'application de l'article 168 qui attribue à l'enfant le statut de « l'enfant soumis à la garde », cependant l'absence de cette qualité pour l'enfant qui n'est pas sous garde ce dernier ne peut pas percevoir les frais de logement ou tout au moins que de tels frais soient intégrés dans la pension alimentaire conformément à l'article 189<sup>1108</sup>.

---

<sup>1106</sup> L'article 119 du Code de la famille.

<sup>1107</sup> Yazid BEN HOUNET et Nouri RUPERT, L'application du droit de la famille au Maroc : du genre et de la parentalité, l'année du Maghreb, 18/ 2018, pp. 169-183.

D'autre part, il importe de souligner que le législateur de 2004 a également établi la possibilité de revaloriser la pension alimentaire ou celle due à l'entretien d'une manière générale, permettant soit son augmentation ou sa diminution du montant de cet entretien dans l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant à travers la prise en charge de son entretien. Cependant, cette possibilité fait souvent face de quelques appréciations traditionnalistes qui estiment que le montant dû par le premier jugement demeure valable allant jusqu'à considérer qu'en grandissant l'enfant à moins de besoins tel a été l'argument avancé par le tribunal de première instance de Fès qui a jugé que l'enfant de 17 ans avait des charges moins importantes<sup>1109</sup>.

**1303.** D'ailleurs, cette question de revalorisation soulève également la question même des montants de base qui sont attribués par les tribunaux et qui sont jugés de dérisoires puisqu'ils ne répondent pas tous fidèlement à la situation réel du père dans la mesure où dans certains cas ils peuvent varier entre 200 à 250 dirhams (20 à 25 euros) ou plus selon le pouvoir discrétionnaire du juge. C'est même dans le cadre de la limitation de ce pouvoir qui représentait quelques défauts du respect de l'intérêt de l'enfant et de son droit à un entretien adapté au coût de vie en croissance continue que le ministère de la justice avait élaboré un projet visant à élaborer un guide pratique en 2010 dédié aux juges de fond permettant l'adoption de quelques principes d'ordre juridiques et économique afin de permettre aux juges d'adapter leurs décisions.

Par ailleurs, un autre élément peut également faire l'objet de réflexion est celui de l'exécution des jugements, puisque le respect des délais prévus par le Code de la famille en la matière notamment celui d'un mois<sup>1110</sup> pour la pension alimentaire ou pour la garantie d'un logement sont rarement respectés<sup>1111</sup>, pourtant lorsqu'il s'agit du respect des délais il est question du respect de l'intérêt de l'enfant<sup>1112</sup>.

**1304.** Pourtant le législateur n'a pas manqué de rendez-vous quant aux mesures et aux sanctions qu'il peut appliquer en cas de non-respect des jugements relatifs à cette obligation d'entretien notamment à travers le Code de procédure qui permet que « *le tribunal détermine les moyens d'exécution du jugement de condamnation à la pension alimentaire et des charges de logement à imputer sur les biens du condamné, ou il ordonne le prélèvement à la source sur ses revenus ou sur son salaire. Il détermine, le cas échéant, les garanties à même d'assurer la continuité du versement de la pension. Le jugement ordonnant la pension alimentaire demeure en vigueur jusqu'à son remplacement par un autre jugement ou la déchéance du bénéficiaire de son droit de*

---

<sup>1108</sup> Mustapha ZARROUKI, L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain, *op. cit.*, p. 132.

<sup>1109</sup> Jugement n° 494 du 24/01/2008, dossier n° 2263/1/06, cité par Mustapha ZARROUKI, *ibid*, p. 133.

<sup>1110</sup> Article 190, Code de la famille marocain.

<sup>1111</sup> Pour Monsieur Mohamed RADOUAN, le non-respect des délais prévus par le texte est d'abord dû à la question de la notification ; en effet, les juges ne peuvent pas statuer sur des demandes qu'après notification des défenseurs, ce qui prend plus que le délai fixé par le texte. Puis, une autre part de responsabilité accordée aux justiciables qui sont priés d'assurer eux-mêmes la notification. in Comment les dispositions de la Moudawana sont contournées, ignorées, dévoyées,. Disponible sur : [www.medias24.com](http://www.medias24.com).

<sup>1112</sup> Il importe de souligner que la loi numéro 10-41 créée par le Dahir n° 1-10-191 du 7 Moharrem 1432 (13 décembre 2010) a permis la création du fond d'entraide familiale, qui a pour objectif de fixer les catégories qui bénéficient des aides familiales notamment lors du retard d'exécution des jugements relatifs à l'obligation d'entretien de l'enfant afin d'aider la mère d'assurer son rôle de gardienne. Cette loi souligne que l'un de ses objectifs principaux est celui de la protection de l'enfant, puisqu'elle vise toute une catégorie d'enfant dont :

Les enfants auxquels une pension alimentaire est due, les enfants soumis à la kafala auxquels une pension alimentaire est due ; les enfants auxquels une pension alimentaire est due après le décès de la mère.

*pension* »<sup>1113</sup>. Puis à travers l'article 479 du Code pénal qui prévoit que « *l'abandon de famille est un délit réprimé par le Code pénal. Il est commis par le père ou la mère de famille qui délaisse, sans motif grave et pendant plus de deux mois, le domicile conjugal et, par là même, se soustrait à ses obligations d'ordre matériel ; ou qui néglige de verser une pension alimentaire fixée judiciairement, que cette pension soit destinée au conjoint, aux parents ou aux enfants...* » ; le père peut donc être condamné à un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 200 à 2000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement.

**1305.** L'illustration des dispositions relatives à l'obligation d'entretien en droit marocain permet explicitement de souligner d'abord une contradiction entre l'exercice de cette fonction d'autorité parentale et de la coparentalité prévue par l'article 51 du Code de la famille qui dispose que : « *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 enfants..* », une disposition qui se limite face à la séparation des rôles de la fonction de l'autorité parentale qui peut d'une manière indirecte renforcer le rôle du père qui à travers sa détention de la tutelle légale conserve et légitime le pouvoir du père sur ses enfants.

## **Paragraphe 2 : Le déplacement illicite des enfants, une limite à l'intérêt de l'enfant.**

**1306.** L'évolution des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale a permis dans les deux systèmes juridiques d'adopter un renforcement du rôle conjoint des parents à l'égard de leurs enfants malgré les limites avérées dans le système juridique marocain. En effet, ce renforcement de coparentalité qui est adopté par la CIDE qui rappelle les Etats de respecter le droit de l'enfant de vivre avec ses deux parents et si cela n'est pas possible, de maintenir des contacts avec ses deux parents, s'il en est séparé. Autrement dit, elle incite les Etats à prendre toutes les mesures possibles afin de protéger la stabilité physique et psychologique de l'enfant qui devient dans certaines situations l'arme de guerre et enjeu des conflits parentaux<sup>1114</sup>.

**1307.** Cependant, si l'évolution progressive de l'institution de l'autorité parentale avance à son rythme dans chacun des pays en s'adaptant aux éléments participatifs à son développement notamment la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'égalité entre les sexes et le développement social, économique et juridique.

Toutefois, dans le monde d'aujourd'hui où la mobilité des personnes devient croissante et la multiplication des unions mixtes dont la culture humaine et juridique sont parfois très éloignées imposent une réalité assez complexe de l'exercice de l'autorité parentale puisqu'il n'est plus possible de séparer l'évolution du droit interne en la matière avec tout prolongement international<sup>1115</sup>. En effet, la prise en considération de l'exercice de l'autorité parentale sur le niveau international fait du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant un élément fondateur qui a servi d'une manière directe ou indirecte à l'élaboration de l'ensemble des conventions internationales et de celles bilatérales entre les Etats dans l'objectif de protéger l'enfant et de garantir son droit d'être élevé ou de

---

<sup>1113</sup> Yazid BEN HOUNET et Nouri RUPERT, *id, ibid*.

<sup>1114</sup> Article 10 al. 2 de la CIDE.

<sup>1115</sup> François BOULANGER, *op., cit.*, p. 229.

maintenir des relations avec ses deux parents en cas de séparation; et d'organiser l'exercice de l'autorité parentale entre ses deux derniers.

Le fonctionnement et l'exercice de l'autorité parentale dans les deux systèmes juridiques est soumis à une organisation de fonctionnelle qui permet à chacun des parents d'exercer son droit de maintenir des relations avec son enfant, ainsi toute intervention unilatérale de l'un des parents visant à modifier le mode de fonctionnement de l'autorité parentale en ayant recours à « *des procédés violant* »<sup>1116</sup> permettant le déplacement illicite ou l'enlèvement d'un enfant commun hors des frontières nationales. Cet acte qui est également appelé « enlèvement internationale d'enfants » ou le « *kidnapping parental* »<sup>1117</sup> représente une ingérence d'abord à l'égard de l'autre parent victime de cet acte puis à l'égard de l'enfant lui-même qui se retrouve face à une situation déstabilisante qui peut nuire à la protection de son intérêt.

**1308.** C'est dans cet esprit que les textes internationaux sont venus pallier l'incapacité ou l'inefficacité des textes internes dans l'objectif d'instaurer des principes communs sur les questions relatives aux rapports personnels des enfants et à la lutte contre leurs enlèvements dans le cadre familial. Toutefois, pour répondre à cette problématique, il est question d'élaborer tout un mécanisme international commun fondé sur l'adoption des principes internationaux communs afin de permettre la protection de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit d'un déplacement illicite de l'enfant. Ainsi, pour les deux systèmes juridiques, l'adhésion et la participation à ce processus évolutif de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en matière d'enlèvement d'enfant faisait l'obligation d'appréhender les litiges familiaux de ce genre dans la mesure où l'appréciation du principe de l'intérêt de l'enfant fait souvent l'objet d'une appréciation nationaliste qui diffère d'une législation à une autre.

**1309.** C'est dans ce cadre qu'une réglementation internationale était nécessaire afin d'adopter un nombre de principes internationaux visant à répondre à la protection internationale de la personne de l'enfant et de ses droits et dont les objectifs étaient évident et se présentaient comme suit :

-Une reconnaissance du caractère illicite de tout enlèvement d'enfant sans accorder d'importance à la nationalité de l'enfant et au territoire où il se trouve.

-Le retour de l'enfant dans son cadre de vie familial initial avant même le débat sur le fond.

-La prise en considération objective de l'intérêt de l'enfant à travers l'adoption d'une solution quant à l'attribution du droit de garde et de visite.

-L'attribution d'un rôle de prévention à l'enlèvement des enfants aux Etats membres.

Ces objectifs vont être adoptés par de nombreux textes dont ceux à caractère multinational, d'autres européen et enfin les conventions bilatérales. En effet, ces conventions sont : la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 ; la Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950 à travers son article

---

<sup>1116</sup> *Ibid*, p. 262.

<sup>1117</sup> Pour certains spécialistes tel que Michel SERGE, le terme kidnapping est fort, « puisqu'en pratique l'enlèvement n'est pas aussi spectaculaire qu'il peut paraître, il est souvent l'œuvre d'une parent qui récupère son enfant et l'emmène dans son pays d'origine souvent sous prétexte notamment d'y passer des vacances, et qui refuse ensuite de regagner le pays dans lequel la famille avait sa résidence habituelle, Michel SERGE, la lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants, *op. cit.*, p. 152.

8 relatif au respect de la vie familiale ; la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants qui est ratifiée par 83 Etats; 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 dont l'article 7 vise principalement la question du déplacement illicites d'enfants ; La Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de rétablissement du droit de garde ; le règlement Bruxelles II bis (règlement CE 2201/2003) du 23 novembre 2004 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale qui complète la convention de La Haye de 1980 et enfin les conventions bilatérales émises entre les Etats dans l'objectif de faciliter et d'apporter encore de précisions aux conflits qui peuvent être soulevés entre les Etats.

Pour comprendre la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en matière d'enlèvement ou de déplacement illicite des enfants entre les deux systèmes juridiques français et marocain, il importe de se limiter à l'analyse des conventions signées et ratifiées par les deux Etats, et de comprendre leurs applications et leur influence sur la prise en considération de ce principe, la convention internationale des droits de l'enfant et de la Convention de la Haye de 1980<sup>1118</sup> (A) afin de connaître leur limites et le besoin du recours aux conventions bilatérales à titre d'exemple la convention franco-marocaine (B).

#### ***A - L'appréciation de l'intérêt de l'enfant en matière d'enlèvement et de déplacement illicite des enfants.***

**1310.** Le principe de l'intérêt de l'enfant représente aujourd'hui un élément unificateur du droit de l'enfance ; il est devenu un facteur de progression et d'unité à géométrie variable dont l'utilisation doit être effectuée avec précaution. En matière internationale, la concrétisation de l'intérêt de l'enfant n'est pas une évidence, puisqu'en réalité son interprétation est livrée aux juges qui apprécient cet intérêt selon les critères particuliers qui se réfèrent le plus souvent aux appartenances culturelles et à un droit interne doté de spécificité. Par exemple, pour un juge français l'appréciation de l'intérêt d'un enfant au sein d'un conflit parental consiste systématiquement à attribuer la garde au parent qui reste sur le territoire national jugeant que l'intérêt de l'enfant consiste à conserver la stabilité de l'enfant qui réside dans son environnement et qui permettra son épanouissement. Pour le juge marocain, la conception du principe lui-même est différente, puisqu'elle fait dépendre l'intérêt de l'enfant de l'intérêt du groupe, et donc systématiser le fait que l'intérêt de l'enfant consiste à ce que l'enfant conserve la religion de son père musulman. Dès lors, l'intérêt de l'enfant perd de son universalité et permet l'adoption d'un particularisme évident à l'égard de la prise en considération de cet intérêt<sup>1119</sup>.

---

<sup>1118</sup> La Convention du 25 octobre 1980 est entrée en vigueur en France le 01 novembre 1983, et au Maroc le 01 juin 2010 ; soulignant que le Maroc est le premier Etat de l'Afrique du nord à en devenir partie.

<sup>1119</sup> Y. BENHAMOU, Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant, D., 1993 p. 103. H. PARCHEMINAL, Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant, RD sanit. Soc. 1994, pp. 201. J. RUBELLIN-DEVICHI, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises, JCP 1994.

**1311.** Ainsi, face à cette différence d'appréciation de l'intérêt de l'enfant au sein des conflits « *in concerto* » dans certains cas et « *in abstracto* » dans d'autres dépendamment du droit du pays, de l'appréciation du juge ou de la spécificité culturelle, il devenait exigeant d'adopter et d'établir quelques normes générales visant à atténuer voire à éviter les conséquences nuisibles sur l'intérêt de l'enfant. En effet, le cadre général qui peut être discuté et fasse l'objet d'une comparaison dans ce sens est celui de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en matière d'enlèvement ou de déplacement illicite dans la CIDE et dans la Convention de la Haye de 1980 pour ensuite comprendre les limites de ces textes notamment en droit marocain.

*a- Un cadre général*

**1312.** Etablir un cadre général de réglementation de l'intérêt de l'enfant en matière d'enlèvement et de déplacement illicite d'enfant dans les deux systèmes juridiques ne peut être concrétisé sans se référencier aux dispositions de la CIDE et de ceux de la convention de la Haye de 1980. En effet, pour le premier texte qui représente le fondement de la protection des droits de l'enfant, la question de l'enlèvement international a trouvé une consécration depuis l'adoption du texte et de son entrée en vigueur. Ce texte qui en principe doit trouver son prolongement dans les textes nationaux des Etats parties est considéré comme la force principale des Nations Unies en matière de protection juridique internationale de l'enfant.

**1313.** En effet, l'apport de ce texte en matière d'enlèvement international d'enfant se manifeste à travers trois importants axes : d'abord le premier qui s'illustre dans la protection de l'enfant à travers la protection de son droit d'être élevé par ses deux parents et qui en cas de séparation se transforme en un droit de maintien de relation avec ses deux parents à travers l'application de l'article 9<sup>1120</sup> du texte. Ensuite à travers « l'opposabilité aux Etats » à travers l'article 10 al. 2 qui rappelle aux Etats parties d'être attentifs et vigilants quant aux demandes de regroupement familial notamment lorsque les deux parents vivent dans différents pays et enfin l'article 11 qui prévoit explicitement que « *Les Etats parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfant à l'étranger, favorisant la conclusion des accords bilatéraux ou l'adhésion aux accords existents* », une réglementation qui renvoie à une mise en place d'une réglementation générale universelle en matière d'entrée et de sortie du territoire afin de promouvoir des principes communs<sup>1121</sup>, et enfin par la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en la matière à travers l'article 3-1 du même texte.

---

I.3739.A. VON OVERBECK, L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation, Mélanges Schnitzer, librairie de l'Université de Genève, 1979, p. 361.

<sup>1120</sup> Les Etats parties veillent 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.

Les Etats parties respectent 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.

<sup>1121</sup> Michel FARGE, La lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants, in La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, *op. cit.*, p. 151.

**1314.** Par ailleurs, malgré son autorité symbolique considérable, l'apport de la CIDE en matière d'enlèvement est considéré comme limité dans le sens où le texte lui-même appelle les Etats de palier les manquements qui peuvent être créés par les différents conflits familiaux qui traversent les frontières par le recours aux accords bilatéraux. Par ailleurs, si la CIDE ne répond pas à toutes les difficultés auxquelles l'intérêt de l'enfant peut faire face dans un conflit familial, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980<sup>1122</sup> sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant quant à elle est jugée « *d'ingénieuse* »<sup>1123</sup> que le professeur Y. LEQUETTE la définit comme « *l'une des réussites indiscutables de la conférence de la Haye, dans la mesure où son mécanisme a prouvé une efficacité tant pour le nombre progressif des adhérents que par son efficacité entre les Etats membres* »<sup>1124</sup>.

En effet, ce texte qui est en vérité un mécanisme d'entraide adopté par les Etats dans l'objectif de remédier aux manquements des règles classiques du droit international, reflète tout d'abord un schéma classique des conventions multilatérales traitant des questions relatives à la protection des droits de l'enfant, faisant de l'intérêt de l'enfant un objectif primordial sans pour autant le définir afin de permettre à sa prise en considération dans le cadre des dispositions de la convention et de faciliter les spécificités.

**1315.** Le texte dégage de nombreuses idées relatives à la concrétisation de l'intérêt de l'enfant, dont celui qu'il ne soit pas déplacé ou retenu hors de l'Etat de sa résidence habituelle et à rétablir la situation antérieure au déplacement illicite, soulignant qu'un déplacement d'un enfant de telle manière est contraire à son développement harmonieux puisque ce dernier ne s'accommode pas aux chocs et aux ruptures brutales avec son entourage habituel ce qui fait de « *son retour à son Etat d'origine son intérêt* »<sup>1125</sup>. Autrement, le texte fait de l'objectif de rétablir la situation antérieure au déplacement illicite son objectif en interdisant l'intervention de toute autre juridiction en matière de garde autre que celle du lieu de résidence principale et habituelle de l'enfant, considérant que seul le juge du lieu de résidence peut statuer et émettre une appréciation sur l'intérêt de l'enfant.

**1316.** Ainsi, la solution apportée par le texte est quasi-systématique quant au retour de l'enfant au « *statu quo ante* », permettant de limiter tout acte juridique dans le pays où l'enfant est déplacé, puisque la règle impose que l'enfant retourne d'abord à son milieu habituel et qu'il soit renvoyé devant le juge de sa résidence<sup>1126</sup>, avant que l'enfant atteigne l'âge de 16 ans<sup>1127</sup>.

Il est donc évident que l'élément de la nationalité n'a aucune influence évitant ainsi tous les conflits qui peuvent être causés par les personnes ayant une double nationalité, et

---

<sup>1122</sup> Elle est remplacée dans le cadre européen par le règlement dit Bruxelles II bis, Règlement (CE), n° 2203/2001 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

<sup>1123</sup> *Ibid*, p.135.

<sup>1124</sup> Cours la HAYE, Recueil 1994, unification du droit international privé familial.

<sup>1125</sup> Rapport explicatif de Mlle PEREZ-VERA, Actes et docs, 14<sup>ème</sup> session de la conférence de la Haye de DIP, T, III.

<sup>1126</sup> Alain CORNEC, Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : La convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant, *in* JDJ, 2011/1, n° 303, pp. 39-44.

<sup>1127</sup> L'article 4, Convention de La Haye 1980.

rendant impossible tout retranchement derrière l'argument de la nationalité du for pour rejeter la restitution. Toutefois, l'engagement dans l'action du retour de l'enfant exige que l'autorité centrale de l'Etat où l'enfant trouve refuge soit informée et qu'elle ait pris toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la remise et le retour volontaire de l'enfant tel qu'il est prévu dans l'article 10 du texte. D'ailleurs, l'article (7 al. 2) prévoit que les autorités sont appelées d'abord à avoir recours à des méthodes à l'amiable pour récupérer l'enfant.

**1317.** L'objectif principal du texte est donc celui du retour de l'enfant en excluant toute intervention sur le fond que ce soit sur la question de la garde ou le droit de visite considérant que les Etats contractants doivent respecter les jugements rendus par les juges de milieu habituel de l'enfant. Ainsi, le principe du retour doit donc respecter certains éléments que ce soit de fond ou de forme. Sur le fond, la convention concerne d'abord les déplacements illicites d'un enfant qu'ils soient effectués par l'un des parents à qui l'exercice de l'autorité parentale ou de garde était attribué ou conjointement.

Autrement dit, le déplacement est effectué lors d'un exercice effectif du droit de garde. Toutefois, l'exercice de ce droit de garde qui est défini par le texte à travers (l'article 5-a) comme étant le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant notamment celui de décider de son lieu de résidence. Cette définition qui paraît simple ne soulève pas de problématique lorsque la garde est exercée par l'un des parents ou lorsqu'elle est exercée conjointement tant que les parents vivent ensemble.

C'est en effet lorsque les deux parents n'habitent plus ensemble et qu'ils soient engagés tous les deux dans l'exercice de la garde, et que l'un d'entre eux souhaite emmener l'enfant dans un autre Etat, que ce déplacement est considéré comme illicite et comme une atteinte unilatérale du droit de la garde exercée en commun par le père qui emmène l'enfant, dans la mesure où il ne détient pas l'exclusivité du droit de garde.

**1318.** Ce dernier est alors attribué par le juge du milieu de résidence et ne peut être attribué à un juge d'un autre Etat, exclu par principe de toute intervention sur le fond. C'est ainsi que l'article 19 de la convention prévoit que la décision sur le retour de l'enfant n'affecte pas le fond du droit de garde. Autrement dit, dès que le juge requis est informé du déplacement illicite, ou du non-retour de l'enfant, il ne pourra statuer sur le fond du droit de la garde sauf lorsqu'il est établi que les conditions émises par la convention ne sont pas réunies pour permettre le retour de l'enfant à son pays d'installation ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable soit écoulée sans l'enregistrement d'une demande d'application de la convention ne soit demandée (Article 16). De plus, le texte souligne que malgré qu'une décision soit rendue ou soit susceptible d'être rendue par le juge de l'Etat de refuge, le retour de l'enfant à l'Etat de son milieu et son installation habituelle demeure la règle principale. Cette dernière est également renforcée par l'incompétence du juge requis sur le fond qui permet systématiquement de suspendre toute action visant le changement d'un jugement relatif au droit de garde et donc d'imposer une primauté du droit et de la décision du juge d'origine (Article 1).

En outre, cette disposition renvoie à une affirmation implicite de la convention qui renvoie à la solution proposée pour les conflits de lois et de juridiction. En effet, à partir du texte l'affirmation est celle que seul le juge d'origine est compétent, et en l'occurrence

le respect de la loi du lieu de résidence c'est-à-dire l'objectif est de faire respecter la loi de l'Etat de résidence.

**1319.** La seconde situation concerne le non-retour de l'enfant suite à un droit de visite, qui répond à d'autres critères qui sont fondés principalement sur l'appréciation de l'illicéité du déplacement et des moments des faits afin que le respect des délais du retour de l'enfant soit respecté qui est celui d'un an, afin de permettre la également l'application du droit d'origine considérant le déplacement d'illicite.

Cependant, à cette règle principale du retour systématique et immédiat de l'enfant à son milieu d'origine, il existe quelques exceptions qui permettent ce non-retour pour diverses raisons qui sont souvent motivées par la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. En effet, ce dernier représente ici l'élément décisionnaire pour la situation de l'enfant visant à attribuer à cette dernière un caractère plus humaniste refusant de faire de l'enfant un objet de conflit entre les parents.

La prise en considération de l'intérêt de l'enfant par le juge requis se manifeste à travers son respect de certains éléments jugés constitutifs même de cet intérêt. En effet, le juge peut s'opposer au retour de l'enfant dans les cas suivant :

- Lors d'un retard de l'élaboration de la demande du retour ;
- L'intégration de l'enfant dans son nouvel environnement ;
- Le risque d'exposition de l'enfant à un danger physique ou psychologique;
- Le refus de l'adolescent.

**1320.** En effet, l'ensemble de ces éléments reflètent principalement la place qu'occupe le principe de l'intérêt de l'enfant au sein de la Convention de La Haye de 1980 malgré que la référence au principe ne soit explicite que dans le préambule. Pour Alain CORNEC « *il s'agit de l'intérêt général abstrait de l'enfant* », puisqu'il n'est pas fondé sur un intérêt concret qui répond à la spécificité et l'individualisation judiciaire de chaque situation, puisqu'elle n'apporte pas de réponse explicite du choix de l'endroit où doit vivre l'enfant ou du choix du parent avec qui il doit vivre, mais à une question d'intérêt abstrait visant le retour de l'enfant à son milieu ou « en principe » son intérêt a été pris en compte<sup>1128</sup>.

**1321.** Cette prise en considération implicite de l'intérêt de l'enfant peut paraître étrange puisque la notion de l'intérêt de l'enfant est même le fondement de la convention que ce soit dans son sens abstrait ou concret. D'ailleurs, Madame Elisa Pérez VIERA le soulignait déjà dans son rapport explicatif contenant les conclusions des travaux de la conférence de La Haye de droit international privé<sup>1129</sup> précisant que le texte intègre uniquement une allusion au principe de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est question de justifier son non-retour pour cause d'une possible exposition à un danger physique ou psychologique tel qu'il est précisé dans l'article 13b du texte<sup>1130</sup>.

---

<sup>1128</sup> Alain CORNEC, *op. cit.*

<sup>1129</sup> Rapport explicatif, n° 20 et s. Disponible sur : <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128.pdf>.

<sup>1130</sup> Dans ce sens, l'étude de Monsieur le Professeur François BOULANGER, Les cas de non-retour par suite d'un déplacement illicite de mineurs dans un cadre international » Rev., dr., fam., 2015, n° 11, étude 16.

Elle précise également que même le recours à des termes lourds lorsqu'elle évoque le risque qui doit être « grave » et « intolérable » ce qui signifie un recours exceptionnel à la référence de ce principe. En effet, c'est même l'application de l'article 13 de la convention qui fait référence à l'intérêt de l'enfant qui va créer des difficultés d'application due à son interprétation puisqu'il va servir comme étant un mécanisme correcteur à celui doté d'une rigidité qui s'illustre dans l'obligation du retour de l'enfant dans son milieu naturel. Ainsi, l'intégration du principe dans cet article permet d'atténuer la rigueur de l'obligation du retour de l'enfant et en accordant aux juges requis une possibilité et une marge de liberté d'appréciation dans l'objectif de garantir à l'enfant une meilleure prise en considération de son intérêt.

**1322.** En effet, c'est dans ce sens que le recours implicite à l'intérêt de l'enfant dans l'article 13 du texte paraît légitime, logique puisqu'il est question d'instaurer une règle qui ne soit pas stricte. D'ailleurs Madame RUBELLIN-DEVICHI considère que :

*« le recours à cette notion est parfois un moyen commode pour le juge de se dispenser d'appliquer la règles de droit, en toute bonne foi d'ailleurs, et nous avons essayé de montrer combien l'intérêt de l'enfant devait être pris comme critère seulement lorsqu'il n'y a pas de règles applicables : l'intérêt de l'enfant est d'abord de bénéficier de la règle de droit, lorsqu'il en existe une »*<sup>1131</sup>. Cette appréciation est plutôt réaliste dans la mesure où elle reflète la difficile réalité d'attribuer à un juge national la libre possibilité de déterminer l'intérêt de l'enfant qui est souvent influencé par la perception nationale de l'intérêt de l'enfant dans la pays et la loi nationale et qui connaît également l'influence des valeurs culturelles, religieuses et morales ; une situation qui laisse apparaître une possible faille juridique quant à la prise en considération de l'intérêt de l'enfant telle qu'elle est recherchée par l'esprit du texte. Toutefois, cette vision trouve sa limite dans les règles d'application des traités dont le juge se trouve dans l'obligation de faire une application exacte des dispositions du texte afin que l'ensemble des parties contractantes respectent également l'engagement de retourner l'enfant à son milieu d'origine.

Le juge est donc tenu de respecter d'une manière objective l'esprit du texte qui répond à la protection physique, morale voire matérielle, un équilibre et une combinaison des éléments caractérisant l'intérêt de l'enfant qui permettent une meilleure prise en considération par les juridictions.

---

<sup>1131</sup> Jacqueline. RUBELLIN-DEVICHI, Les principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, JCP 1994 éd. Générale doctrine n° 3739, p. 87 et s.

*b-L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant.*

**1323.** La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 met en place une organisation internationale permettant la coopération administrative entre les Etats parties visant à protéger l'enfant à travers l'adoption du principe de son retour immédiat dans son Etat de résidence habituelle. Pourtant, l'exception du non-retour que nous avons cité précédemment et qui s'illustre à travers l'application de l'article 13-b<sup>1132</sup> peut provoquer dans la pratique quelques conflits relatifs à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. En effet, dans la situation d'un non-retour de l'enfant, les juges de fond apprécient souverainement le risque qu'encourt l'enfant en cas de retour, ils ont l'obligation de caractériser ce danger afin que la décision ne soit pas cassée pour manque de fondement légal.

**1324.** La catégorisation de ces dangers s'est également développée parallèlement aux droits de l'enfant en intégrant l'ensemble des éléments permettant de percevoir les dangers auxquels l'enfant peut faire face. En effet, les dangers que vise l'article 13-b sont : les risques graves de l'exposition de l'enfant à un danger physique tels que sont des violences physiques de tout genre dont ceux à caractère sexuels ; de même les risques psychologiques qui peuvent être causés par la séparation de l'enfant avec le parent qui l'a soustrait puisqu'en général les procédures permettent à l'enfant de nouer plus d'affinité avec l'enfant avant qu'il soit convié à retourner à son milieu d'origine ; ou encore tout type de risque grave qui peut mettre l'enfant dans une situation pénible telle que sa séparation avec sa fratrie ou toute situation qui peut paraître pour le juge comme dangereuse notamment la situation de l'Etat où l'enfant doit être retourné. De plus, ces éléments sont étudiés par le juge dans un cadre actuel et futur de la situation de l'enfant. Autrement dit, le juge est tenu d'étudier l'intérêt de l'enfant actuel et futur de l'enfant après son retour.

**1325.** Pendant les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye nombreux sont les tribunaux des Etats parties qui avaient cherché à ne pas appliquer les dispositions du texte faisant de l'appréciation nationale de l'intérêt de l'enfant pour éviter le retour de l'enfant à son milieu d'origine en appliquant des règles classiques relatives au divorce et à l'attribution de l'autorité parentale, plutôt que de se référer à l'intérêt de l'enfant tel qu'il est prévu par l'esprit du texte ou par son article 13. C'est dans ce sens qu'en France, jusqu'à 1999 la Cour de cassation<sup>1133</sup> approuvait encore un jugement rendu par la Cour d'appel qui avait refusé le retour des enfants d'une mère française enlevés par cette dernière à l'Etat d'origine qui était l'Allemagne pour des motifs qui ne répondent pas réellement à l'article 13b de la convention, en estimant que « *le changement des conditions de vie et l'éloignement de l'enfant de trois ans de sa mère et de sa séparation avec sa fratrie représentait un danger psychologique immédiat jugeant la situation « d'une situation intolérable »* ».

---

<sup>1132</sup> L'article 13 dispose que : « Nonobstant les dispositions de l'article précédent (relatif au retour de l'enfant), l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit : (...) b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ».

<sup>1133</sup> Cour Cass. n° 98-17902, 22 juin 1999, cité par Alain CARNER, *op. cit.*, p. 41.

Une décision qui a provoqué à l'époque un contre-enlèvement des enfants par leur père en Allemagne ce qui a suscité une réaction politique appelant à faire respecter les dispositions de la convention et son esprit global par les tribunaux nationaux.

Cette position a pourtant connu une évolution permettant d'abord d'affirmer le principe du retour de l'enfant à son milieu original et faisant de la possibilité du non-retour une exception fondée sur des éléments de plus en plus précis et prouvés quant à la notion du danger auquel l'enfant peut être exposé et de la prise en considération de son intérêt supérieur.

**1326.** C'est d'ailleurs dans ce sens qu'il va y avoir de nombreuses décisions rendues dans ce sens de protection de l'intérêt de l'enfant et de son exposition au danger. Ainsi, une décision rendue par la Cour de cassation<sup>1134</sup>, réaffirme le choix retenu par les juges de fond de refuser le retour d'un enfant en Allemagne où il avait sa résidence habituelle avec son père. à qui on a reproché le manque de présence et en l'occurrence un manque de prise en charge de l'enfant en se référant aux éléments tangibles qui prouvent les risques auxquels l'enfant été exposé. La Cour rappelle donc que l'appréciation des juges de fond est souveraine en matière de désignation des éléments constitutifs du danger physiques et psychologiques auxquels l'enfant peut être exposé.

**1327.** La Cour de cassation s'est également prononcée dans un arrêt du 27 juin 2019<sup>1135</sup> sur les conditions de la mise en œuvre de l'article 13 de la convention. En l'espère, un couple franco-luxembourgeois avec un enfant dont la résidence habituelle est au Luxembourg, se sépare devant les juridictions du pays qui attribuent les modalités de garde selon le droit luxembourgeois.

Quelques années plus tard, l'enfant est emmené par sa mère en France sans l'accord du père ; ce dernier agit alors de deux manières d'abord devant les autorités centrales du Luxembourg afin de signaler le déplacement illicite et exigeant le retour immédiat de son enfant et ensuite devant le tribunal du Luxembourg qui lui accorde la garde définitive de l'enfant en se référant au principe de l'intérêt de l'enfant en soulignant que la réaction de la mère (qui est celle d'enlever l'enfant) est contraire à l'intérêt de l'enfant et que le père est capable de mieux gérer l'éducation de l'enfant.

En France, le parquet saisit le JAF afin d'ordonner le retour de l'enfant au Luxembourg où l'enfant a sa résidence habituelle. Cependant, les juges du fond considèrent que le renvoi de l'enfant au Luxembourg représente un danger pour ce dernier, soulignant « *le caractère obsessionnel du père, les idées suicidaires, et la maltraitance exprimées par l'enfant lui-même* ». Le demandeur forme alors un pourvoi en cassation évoquant que l'état de refuge membre de la Convention de la Haye de 1980 est tenu de respecter d'abord le jugement de l'état de résidence habituelle de l'enfant concernant la garde, puis celle du déplacement illicite de l'enfant, et qu'un refus de retour de l'enfant ne peut être prononcé sans la prise en considération des motifs retenus par la juridiction de l'Etat membre d'origine et de tous les éléments fondateurs adoptés par ces derniers<sup>1136</sup>.

---

<sup>1134</sup> Cour Cass. 1ère ch., civ., 12 décembre 2006, n° de pourvoi 05-22.119.

<sup>1135</sup> Cour Cass. 1ère ch., civ., 27 juin 2019, n° de pourvoi 19-14.464.

<sup>1136</sup> Francois Mélin, Déplacement illicite d'enfant : appréciation du critère du risque grave, 15 juillet 2019. Disponible sur [www.dalloz-actualite.fr](http://www.dalloz-actualite.fr).

**1328.** La Cour de cassation décide alors d'approuver la décision des juges de fond et de réaffirmer la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en le protégeant des risques graves qui pouvaient nuire à sa sécurité physique et psychologique en cas de son retour à l'Etat de sa résidence habituelle. La Cour estime que l'application de l'article 12 disposant du retour de l'enfant est toutefois appliqué dans le respect de l'article 13 al-1 qui dispose que l'autorité du pays de refuge n'est pas tenu d'ordonner le retour lorsque la personne qui s'y oppose à ce retour établit qu'il y est un réel danger physique et psychologique pour l'enfant. De plus, l'arrêt rappelle également que les circonstances de la situation sont également appréciées en vue de l'article 3-1 de la CIDE relatif à l'intérêt de l'enfant.

L'esprit adopté par cette dernière décision est celui privilégié et approuvé par la CEDH qui consiste à combiner entre la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et l'application de la Convention de la Haye de 1980. Toutefois, il importe de souligner que la question soumise à cour n'est pas traitée d'une manière à vérifier l'application ou l'interprétation des dispositions de la Convention de la Haye puisque la cour n'est pas compétente pour examiner la violation d'une autre convention internationale.

Néanmoins elle se réfère aux autres conventions dans l'objectif de déterminer la portée et le sens de la convention européenne des droits de l'Homme et en permettant le respect de chaque état de ses engagements internationaux. La Cour s'appuie donc sur l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale qui renvoie systématiquement à une prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette référence qui s'illustre d'une manière explicite ou implicite à l'article 3-1 de la CIDE, permet aux juges de vérifier la cohérence entre la prise en considération du principe et le respect des dispositions de la convention EDH.

**1329.** D'ailleurs le fameux arrêt *Maumousseau et Washington*<sup>1137</sup> c. France qui opposait un couple franco-américain sur la garde de leur petite fille, reflétait bien la perception à deux sens notamment lorsque la cour précise « *que l'interprétation effectuée par les juridictions françaises internes de l'article 13-b de la Convention de la Haye n'était pas incompatible avec la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant de la CIDE* » en soulignant que « *la CIDE appelle et oblige les Etats parties à prendre toutes les mesures nécessaires afin de lutter contre les enlèvements et les déplacements illicites des enfants, et que les Etats sont appelés à adhérer aux accords internationaux et ou aux accords bilatéraux dont la convention de la Haye pour concrétiser cet objectif* ». La Cour considère que la concrétisation et la préservation de l'intérêt de l'enfant répond elle-même à la lutte contre les déplacements illicites, et que l'appréciation de la notion de l'intérêt de l'enfant doit être en cohérence avec les textes visés en l'occurrence la Convention de la Haye.

---

<sup>1137</sup> CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington* c/ France, req. n° 39388/05.

Autrement dit, la référence à l'intérêt de l'enfant doit être prise en considération dans le cadre de l'article 13-b malgré que ce dernier ne se réfère pas d'une manière explicite à ce principe, il est néanmoins une référence principale notamment à travers le préambule<sup>1138</sup> du texte et donc l'esprit même de ce dernier répond à la protection de l'intérêt de l'enfant. De même, la Cour a considéré que les juridictions françaises ont apprécié d'une manière stricte l'article 13-b ce qui répond à l'exigence de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers son retour à son milieu habituel<sup>1139</sup>.

Cependant, malgré que cette orientation de la Cour européenne paraissait plus logique et concordante entre l'appréciation de l'intérêt de l'enfant et l'application de l'article 13 de la Convention de la Haye de 1980 permettant le retour de l'enfant, la cour a néanmoins adopté d'autres appréciations et assimilations entre le retour de l'enfant à son milieu habituel et l'adoption de l'intérêt de l'enfant.

En effet, dans d'autres arrêts l'appréciation de l'intérêt de l'enfant semble apprécier l'intérêt de l'enfant tel qu'il est adopté par la CIDE en étant un élément supérieur à celui visé par la Convention de la Haye, aboutissant ainsi à une interprétation différente de celle adoptée concernant l'affaire Maumousseau et Washington, qui permet la confirmation d'un non-retour de l'enfant déplacé illicitement fondé également sur l'appréciation de l'intérêt de l'enfant.

**1330.** L'évolution de la position de la Cour européenne des droits de l'Homme s'illustre dans l'affaire Neulinger et Shuruk contre la Suisse du 6 juillet 2010<sup>1140</sup>, dans laquelle l'appréciation de l'article 13-b de la Convention de la Haye de 1980 par la cour de Strasbourg s'est faite d'une manière différente à celle adoptée auparavant. En effet, la cour a apprécié l'intérêt de l'enfant dans son non-retour à son milieu habituel en dépit de l'application de l'article 13-b qui engage et oblige le retour de l'enfant illicitement déplacé.

Ainsi, si dans l'ancienne position la Cour estimait qu'elle n'était pas compétente de déterminer les risques graves auxquels l'enfant peut faire face, par sa nouvelle position, la cour se permet de contrôler l'appréciation de l'intérêt de l'enfant qui a été adoptée par les tribunaux nationaux dans le cadre de la Convention de la Haye.

En l'espèce, une mère de nationalité suisse avait quitté avec son enfant d'une manière illicite l'Etat d'Israël où ils étaient installés et là où vivait le père de l'enfant qui est de nationalité israélienne. Ce dernier demanda alors le retour immédiat de son enfant sur la base de l'article 13-b de la convention de La Haye. Le retour constituait alors une démarche d'urgence afin de mettre fin à « une voie de fait »<sup>1141</sup>.

---

<sup>1138</sup> Le préambule de la Convention de La Haye de 1980 énonce que : « Les Etats signataires de la présente convention, profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde... ».

<sup>1139</sup> Gwenaëlle HUBERT-DIAS, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, étude éclairée par le droit européen*, éd., épure-éditions et presse universitaires de Reims, 2018.

<sup>1140</sup> CEDH, 6 juillet, 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, req. n° 41615/07.

<sup>1141</sup> A. BOICHÉ, « Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye », *AJ. Fam.* 2010, p. 482, cité par Gwenaëlle HUBERT-DIAS, *op. cit.*, p. 140.

La réponse apportée à cette situation par la cour de Strasbourg est considérée comme nouvelle, puisqu'elle va permettre l'adoption d'une nouvelle interprétation de l'intérêt de l'enfant permettant à ce principe d'être le critère de décision du retour de l'enfant sans pour autant se référer à la même interprétation cohérente adoptée dans l'arrêt *Maumousseau et Washington*.

Entre les deux grands arrêts, l'évolution de la Cour européenne des droits de l'Homme semble adopter une évolution fondée sur une nouvelle interprétation de la concrétisation de la notion de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'application de la Convention de la Haye en se référant à l'article 8 de la convention européenne.

Autrement dit, la cour de Strasbourg adhère à la perception de ne pas faire de l'intérêt de l'enfant un critère de non-retour de l'enfant<sup>1142</sup>, en précisant que les éléments invoqués au nom de l'intérêt de l'enfant pour empêcher son retour vident le texte de la convention de la Haye de son contenu et de l'objectif d'engagement des Etats parties. En d'autres termes la cour cherchait à établir une cohérence entre le principe de l'intérêt de l'enfant et le fond de la convention. Désormais, la nouvelle interprétation permet de décider du non-retour de l'enfant à son milieu habituel dans le cadre d'une prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

**1331.** L'évolution ou le changement de la position de la cour de Strasbourg est principalement due à la prise en considération de tous les éléments caractérisant l'intérêt de l'enfant dans l'interprétation de l'article 13-b de la Convention de la Haye. Une position qui peut être dangereuse dans la mesure où la continuation de cette prise en considération de l'intérêt de l'enfant peut même permettre sa remise en cause qui est jusqu'aujourd'hui un instrument efficace dans la lutte contre l'enlèvement et les déplacements illicites d'enfants.

C'est ce que Madame le Professeur GOUTTENOIRE considère comme une position qui confirme « *une tendance adoptée par la cour de Strasbourg à conditionner le retour de l'enfant à son intérêt supérieur, ce qui rend ce retour moins systématique et limite sans doute, l'efficacité du dispositif de lutte contre les déplacements illicites d'enfant, même si c'est au nom d'une juste cause* »<sup>1143</sup>. Ainsi, cette position incertaine à double interprétation de la cour de Strasbourg de l'intérêt de l'enfant remet en question l'application stricte de l'article 13-b de la Convention de la Haye et favorise d'une manière explicite la possibilité du non-retour de l'enfant déplacé illicitement qui doit en principe demeurer une exception dans le cadre d'une prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

**1332.** La possibilité d'interprétation de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'application de l'article 13-b de la Convention de la Haye peut provoquer des conflits encore plus complexes lorsqu'il s'agit d'interprétation spécifique de l'intérêt de l'enfant dans des systèmes juridiques qui adoptent une perception différente des risques auxquels l'enfant peut faire face, aboutissant donc à des jugements de non-retour fondés sur des principes influencés par la religion, la culture, etc.

---

<sup>1142</sup> La cour de Strasbourg, le retour de l'enfant avec sa mère en Israël aurait entraîné une atteinte au respect de la vie privée et familiale de la mère puisque cette dernière est poursuivie pénalement en Israël, ce qui justifie le refus de la mère de retourner en Israël ce qui peut remettre en question la situation familiale de l'enfant en cas de retour.

<sup>1143</sup> ADELIN. GOUTTENOIRE, obs. sous CEDH, 12 juillet 2011, *Sneerson et Kampanella c/ Italie*, in *La famille dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, Rev. dr. Fam., 2012, études n° 6, n° 19.

Cette situation est celle du système juridique marocain qui a adhéré à la Convention de la Haye de 1980 le 9 mars 2010, entrée en vigueur le premier juin 2010<sup>1144</sup>.

**1333.** L'adhésion du Maroc à la Convention de la Haye de 1980 est aujourd'hui le reflet d'une évolution législative progressive qui s'inscrit dans le cadre de la modernisation judiciaire empruntée par le pays depuis des années. En effet, comme nous l'avons précisé précédemment, cette modernisation visée par le législateur marocain a fait d'un nombre de questions telles que l'égalité entre un homme et une femme et la protection des droits de l'enfant un champ de réforme qui a permis l'adoption de nouvelles perceptions ouvertes et d'un engagement international qui ne cesse de s'améliorer.

Toutefois, la spécificité du système juridique marocain qui aboutit souvent à la mise en place d'un nombre de réserves quant aux questions qui heurtent les limites à caractère religieux, permettent de s'interroger sur l'appréciation et l'application de la Convention de la Haye par les juridictions internes du pays, dans le cadre d'une appréciation spécifique du législateur marocain de l'intérêt de l'enfant dans de nombreuses questions.

**1334.** La solution adoptée par la pratique judiciaire peut paraître beaucoup plus simple dans la mesure où le juge marocain se limite à une application stricte de la Convention de la Haye de 1980 afin d'éviter toute intervention dans le fond ou de permettre une appréciation nationale des raisons du non-retour de l'enfant à son milieu national. C'est dans ce sens que la Cour suprême a affirmé dans un arrêt du 02 juin 2015<sup>1145</sup> que les dispositions de la Convention de la Haye de 1980 sont d'une applicabilité supérieure à celle du Code de la famille en matière de retour des enfants déplacés illicitement. En l'espèce, un conflit entre un père franco-marocain et une mère marocaine sur le déplacement illicite de leur enfant de la France où est leur résidence habituelle au Maroc. Le père agit alors dans le cadre de l'application de la Convention de la Haye et demande le retour immédiat de son enfant en France (son milieu habituel).

**1335.** L'autorité judiciaire marocaine a affirmé que conformément à la convention de la Haye et à l'application des articles 7, 10, 12 et 16 du texte, le déplacement effectué par la mère est considéré comme illicite et que le fait que la durée du déplacement ne dépasse pas la durée de moins d'un an (art. 12), le retour de l'enfant en France doit être immédiat, affirmant que la constitution marocaine dispose que les conventions internationales priment sur le droit interne une fois la convention est entrée en vigueur dans le pays, ce qui permet au parquet de demander le retour immédiat de l'enfant à son milieu habituel. La mère évoque alors l'application de l'article 166 du Code de la famille qui accorde le droit de garde à la mère jugeant le déplacement de l'enfant de licite puisqu'il y a eu un divorce prononcé par un tribunal marocain ce qui lui accorde systématiquement le droit de garde soulignant que les deux parents sont de nationalité marocaine et qu'ils se sont mariés au Maroc ce qui lui accorde le droit de garder l'enfant au Maroc puisque la mère a sa résidence habituelle actuelle au Maroc. La décision rendue par le tribunal de première instance de la ville d'Oujda<sup>1146</sup> accorde raison à la mère en se référant aux éléments avancés par cette dernière, une décision qui va être réaffirmée en appel.

---

<sup>1144</sup> Publié dans le journal officiel n° 6026 du 04 Mars 2012.

<sup>1145</sup> Décision n° 283 du 02 juin 2015, dossier n° 443/2/1/2014.

<sup>1146</sup> Décision n° 5661 du 26/08/2013, Dossier n° 1636/13.

Un pourvoi devant la cour suprême est formé par le demandeur ; et par son arrêt du 02 juin 2015, la cour désapprouve les juges de fond et considère que le déplacement de l'enfant par la mère est illicite et contraire aux dispositions de la convention de la Haye. Elle considère aussi qu'il est également infondé puisque le non-retour de l'enfant doit être une exception fondée sur des preuves, or en la matière la mère n'apporte aucune preuve de risque auquel l'enfant peut être confronté en cas de retour à son milieu habituel (art. 13-b). La cour affirme également que l'absence de la prise en considération de la convention de la Haye est contraire à la constitution marocaine qui est considérée comme une loi interne supérieure au Code de la famille.

**1336.** Dans une autre affaire<sup>1147</sup>, la cour suprême a également affirmé l'application stricte de la convention dans son ensemble lorsqu'elle a rejeté une décision de la cour d'appel qui avait ordonné le retour des enfants d'un couple à double nationalité allemande-marocaine en Allemagne. En l'espèce, la mère de quatre enfants qui est de nationalité allemande, qui a décidé de retourner vivre en Allemagne en invoquant l'application de l'article 3 de la convention afin qu'elle puisse exercer son droit de garde soulignant également qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de maintenir les liens avec ses deux parents sans interruption notamment la mère. Ces arguments ont permis au tribunal de première instance et à la cour d'appel d'autoriser le retour des enfants à leur mère. Une décision qui va être rejetée par la Cour suprême en invoquant d'autres éléments justifiant le non-retour des enfants. En effet, la Cour a considéré, d'abord que la mère avait renoncé elle-même à la garde de ses enfants (malgré le fait que la mère évoque que la renonciation de la garde en Allemagne était un acte qui tendait uniquement à faciliter le voyage et le retour des enfants avec leur père.

Ce dernier rejette en totalité le recours à la convention de la Haye puisqu'il estime qu'il n'y a pas lieu de déplacement illicite, et que son silence pendant plus de deux ans confirme l'absence d'un déplacement illicite. Le père évoque également que l'intérêt actuel de ses enfants était d'avoir une certaine stabilité au Maroc à travers leur résidence habituelle et leur scolarisation et que la mère était au courant de cette situation puisqu'elle-même détient une carte de résidence marocaine.

De plus, suite au départ de la mère en Allemagne, les témoins assurent que le père est le seul qui assume toute la responsabilité de l'autorité parentale et que la mère exerçait son droit de visite habituel sans aucune restriction. La cour décide de rejeter la demande de la mère et d'ordonner un non-retour des enfants en Allemagne.

Entre les deux arrêts, il paraît difficile de systématiser le recours ou l'application de la Convention de la Haye et que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant demeure susceptible d'interprétation selon le conflit. Toutefois, les juridictions marocaines semblent vouloir éviter tout croisement entre la perception de l'intérêt de l'enfant national qui intègre l'élément religieux et culturel dans le cadre de l'application de la Convention de la Haye et notamment lorsqu'il s'agit du retour de l'enfant à son milieu habituel ou de l'exception de son non-retour.

---

<sup>1147</sup> Décision n° 90 du 26 janvier 2016, Dossier n° 286/2/1/2015.

**1337** En effet, le danger auquel les juridictions internes peuvent être confrontées est celui relatif à la religion de l'un des parents et à l'application de la Convention de la Haye, dans la mesure où l'élément d'exception du risque peut être appréhendé par le cadre religieux qui est un critère de fond pour l'exercice de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 173 al. 3 qui dispose que : « *la capacité d'élever l'enfant sous garde, d'assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux, physique et moral et de veiller à sa scolarité* » ; ou encore lorsque l'article 145 qui dispose que l'enfant « *accède à la filiation de son père et suit sa religion* ». Des dispositions qui installent une sorte de discrimination à l'égard du parent non musulman et qui éloigne la prise en compte l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est à côté de celui qui subit la discrimination.

D'ailleurs dans de nombreux arrêts le père évoque « *le cadre et l'environnement religieux auxquels appartiennent les enfants* ». Des dispositions qui rendent d'ordre public le retrait de la Hadana à une mère non musulmane puisqu'elle est jugée dans l'incapacité de transmettre une éducation religieuse aux enfants<sup>1148</sup>.

**1338.** Le Maroc se trouve donc obliger de respecter les dispositions de la Convention de la Haye dans le cadre du retour immédiat de l'enfant à son milieu habituel. D'ailleurs c'est même dans le cadre de cet engagement international que le pays avait également ratifié comme étant le premier pays musulman la Convention des Nations Unies concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la compétence en matière de responsabilité parentale et des mesures de protection des enfants<sup>1149</sup>. En effet, la ratification de ce texte qui permet de renforcer la protection des enfants et d'éviter « les conflits entre les systèmes juridiques en matière de compétence et de lois applicables, de reconnaissance et d'exécution des mesures de protection des enfants dans le respect de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>1150</sup> ».

**1339.** Toutefois, l'adhésion du Maroc à un nombre important d'instruments internationaux n'est pas suffisante pour répondre à l'ensemble des conflits à caractère familial qui peuvent opposer le système marocain avec un autre système juridique qui adopte une perception différente des relations familiales. C'est même dans ce sens que l'article 11 de la CIDE souligne que : « *Les Etats parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger. A cette fin, les Etats parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants* ».

C'est dans ce sens que le Maroc a adopté un nombre de conventions bilatérales afin d'éviter toute incidence entre son système juridique imprégné par les pratiques musulmanes en matière familiale avec ceux adoptés par les pays occidentaux à titre d'exemple la France.

---

<sup>1148</sup> Fabien. CADET, L'ordre public en droit international de la famille, Etude comparée France/Espagne, Paris, L'Harmattan, 2005.

<sup>1149</sup> La convention de la Haye de 1996, ratifiée et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2002 et qui a fait l'objet du dahir n° 202-136 du janvier 2003, publié au BO n° 5108 du 15 mai 2003, p. 375.

<sup>1150</sup> Préambule de la Convention de la Haye de 1996.

## ***B - La convention franco-marocaine***

**1340.** Face aux difficultés posées par la divergence des systèmes juridiques en matière familiale, les autorités politiques se sont retrouvées devant l'obligation d'abord d'adhérer aux principaux textes internationaux permettant d'adopter un ensemble de principes communs puis d'établir des conventions bilatérales dans l'objectif de mettre en place un système de règles qui est mieux adapté aux conflits familiaux et permettant de renforcer les coopérations judiciaires dans le domaine du droit de la famille<sup>1151</sup>.

En effet, autre que les conventions internationales et celles multilatérales, la valeur et l'importance des conventions bilatérales sont cruciales en matière de coopération judiciaire entre les Etats. Ainsi est le cas de la convention franco-marocaine relative au statut des personnes, de la famille et à la coopération judiciaire. Cette convention consiste à résoudre les conflits de lois sans porter atteinte à l'identité des deux Etats et de préserver la culture, les mœurs, les valeurs voire même la religion.

**1341.** La coopération judiciaire entre la France et le Maroc a connu un long acheminement qui a débuté par la première convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire et l'exequatur des jugements et qui va être complété par la convention du 10 août 1981 permettant l'adoption de nombreuses règles relatives à l'état des personnes et à la famille dont les conflits relatifs à l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale vont représenter une part très importante dans l'objectif de limiter les déplacements illicites des enfants entre les deux pays.

**1342.** En effet, la Convention franco-marocaine présente d'abord un cadre général des mécanismes adoptés en matière de conflits de lois. Elle permet l'adoption de certaines règles de droit commun qui mettent en évidence les éléments relatifs à la capacité et l'état de personne<sup>1152</sup> tout en ayant en référence la nationalité de chacune des parties.

En effet, l'élément de la nationalité influence d'une manière systématique les conflits familiaux notamment le mariage et ses effets. Toutefois, en matière de déplacement illicite des enfants, la condition de la nationalité ne semble pas être un critère pour les parties du litige.

**1343.** En la matière, l'article 19 prévoit d'abord la garantie et le respect réciproque sur le territoire des deux Etats de l'ensemble des modalités d'exercice du droit de garde dans le respect de l'intérêt de l'enfant. De même la convention prévoit à travers l'article 20 l'engagement et la coopération visant « à rechercher et localiser sur leur territoire des enfants déplacés dont le droit de garde est contesté ou méconnu ».

Une référence qui peut paraître vague en matière de déplacement illicite des enfants mais, néanmoins elle permet d'adopter d'une manière explicite la philosophie globale de la convention de la Haye qui est celle de faire du retour immédiat de l'enfant à son milieu habituel le principe et de son non-retour l'exception.

---

<sup>1151</sup> Marie Claire FABOLETS, La position matrimoniale de la femme marocaine, *in* Les femmes et la construction européenne, Les Cahiers du GRIF, n° 48, 1994, pp. 69-87.

<sup>1152</sup> La référence à cette question se traduit d'abord en droit français à travers l'article 3 du code civil qui dispose que : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résident à l'étranger », puis en se référant à l'article 4 de la convention elle-même qui dispose que : « *La loi de l'un des deux Etats désignés par la présente convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* » et enfin de l'article 3 du Dahir royal sur la condition civile des étrangers au Maroc.

Cet esprit de la convention de la Haye est évident à travers les engagements bilatéraux qui incitent les autorités centrales des deux Etats à prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la remise volontaire des enfants ou de faciliter une solution amiable, à protéger l'enfant de tout danger auquel il peut être confronté et à permettre et garantir le respect de l'exercice de droit de visite.

**1344.** Cependant, la difficulté qui découle du respect de l'application de la convention bilatérale ne se limite pas à celle de l'adoption de la règle et du mécanisme du retour de l'enfant à son milieu habituel telle qu'elle a été adoptée que ce soit à travers la convention de la Haye ou à travers la convention bilatérale ; la difficulté se manifeste là encore dans l'appréciation spécifique de l'autorité parentale en droit marocain même lorsqu'il s'agit d'une convention bilatérale. Ainsi, la recherche d'une coopération entre des règles d'autorité parentale où le législateur français met en œuvre une perception de coparentalité avec un système qui distingue entre le droit de la garde et celui de la tutelle semble être complexe.

**1345.** Pour apporter une réponse plus explicite voire plus précise que celle adoptée par la convention de la Haye, la convention bilatérale permet d'affirmer la règle principale du retour de l'enfant et d'une reconnaissance d'exécution du jugement rendu par l'un des deux Etats. En effet, l'article 25 de la convention prévoit que : *« le juge de l'Etat où l'enfant a été déplacé ou retenu doit ordonner, à titre conservatoire, la remise immédiate de l'enfant, à moins que la personne qui a déplacé ou retenu l'enfant n'établisse que lorsque le déplacement a été effectué la personne qui exercé la garde n'assurait pas effectivement ou de bonne foi son droit de garde ; ou lorsque la remise de l'enfant peut être d'une nature à mettre en danger la santé, la sécurité de l'enfant ou d'une survenance d'une événement d'une gravité exceptionnelle »*. De même, l'article 24 prévoit que *« le refus d'une décision établie par l'un des Etats ne peut être refusée lorsque le tribunal qui a rendu la décision est celui de la résidence effective des parents ou de la résidence du parent avec qui l'enfant vit habituellement ; lorsque le tribunal de l'Etat qui a rendu la décision appliqué : si les parents sont de la même nationalité, c'est donc leur loi nationale qui est appliquée et en absence de nationalité commune c'est la loi de leur résidence commune, où la loi de la résidence du parent avec qui l'enfant vit habituellement »*.

**1346.** La concrétisation de ces dispositions permettant la coopération entre les deux Etats s'est manifestée à travers de nombreux arrêts qui ont permis d'abord une appréciation stricte de ces dispositions, tels que l'arrêt du 9 juillet 2002<sup>1153</sup> à travers lequel la Cour de cassation a cassé une décision par le biais de l'article 25 de la convention bilatérale. En l'espèce, un couple de nationalité française marié vit au Maroc avec ses deux enfants. La mère décide de rentrer en France avec ses enfants en saisissant le juge français pour une demande de divorce suite à laquelle une ordonnance de non conciliation a été rendue, fixant la résidence habituelle des enfants en France aux côtés de la mère. En appel, la cour a rejeté la demande du procureur de la république demandant le retour immédiat de l'enfant à son père au Maroc.

---

<sup>1153</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2002, n° 01-13.336 01-15.423. Disponible sur : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) cité par Diae SFENDLA, Thèse, *op. cit.*, p. 217.

La Cour de cassation va alors rejeter la décision des juges de fond jugeant le déplacement des enfants par la mère du Maroc vers la France d'illicite, la Cour se réfère à l'application de l'article 25 de la convention franco-marocaine ordonnant le retour immédiat des enfants à leur père, puisque la résidence habituelle des enfants avant leur déplacement par la mère d'une manière illicite est celle qui se trouve au Maroc. Cette application rigoureuse de la convention bilatérale et le respect de la coopération entre les deux Etats en matière judiciaire a été réaffirmé dans d'autres arrêts. Toutefois, lorsque la notion de l'intérêt de l'enfant intervient, l'appréciation des dispositions de la convention bilatérale peut également être appliquée en se référant à l'importance de la prise en considération de cet intérêt. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a permis à travers ses deux arrêts du 22 mai 2007<sup>1154</sup> d'apporter plus de précision quant à l'appréciation et l'application de la convention bilatérale.

**1347.** En l'espèce, un couple franco-espagnol (mère française, père espagnol) qui réside au Maroc a divorcé devant les tribunaux marocains ; le tribunal de la ville de Agadir a attribué la garde à la mère avec obligation de résider à Agadir puisque le père s'est vu attribué un droit de visite. La mère voyage avec l'enfant en France et saisit le tribunal de grande instance de Montpellier afin de modifier le droit de visite du père. Par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier du 17 janvier 2006, la cour souligne que la mère a été privée de maintenir des relations avec sa fille durant toute la période et que cette dernière vivait chez son père, qui n'exerçait pas son droit de garde de bonne foi.

La cour a considéré l'appréciation de l'intérêt de l'enfant et a exigé l'application de l'article 9-3 de la CIDE relatif au maintien des relations avec les deux parents et que dans le cadre du respect de cette disposition, la cour estime qu'il est plus judicieux de maintenir l'enfant en France. De même, la cour s'appuie sur l'application de l'article 25-2 de la convention bilatérale prévoyant que le principe est celui du retour immédiat de l'enfant à son milieu habituel sauf lorsque la personne qui a déplacé l'enfant établit que le retour de l'enfant peut mettre gravement en cause la santé, la sécurité en raison de la survenance d'un événement de gravité exceptionnelle depuis l'attribution de la garde.

**1348.** Le père quant à lui évoque une saisine frauduleuse du juge français par la mère, considérant que le déplacement de l'enfant a été fait d'une manière illicite et qu'entretemps le tribunal de première instance d'Agadir lui attribué le droit de garde de son enfant. Il considère alors qu'en vertu de la convention bilatérale seuls les tribunaux marocains sont compétents dans l'examen du conflit relatif à la garde et au droit de visite. La mère reproche à la Cour d'appel de Montpellier de s'être référée à la convention bilatérale franco-marocaine alors que les dispositions de cette convention notamment celles de la section 2 du chapitre 3 ne s'appliquent que lorsqu'il y'a conflit entre deux parties de nationalité française et marocaine tandis que le père de son enfant est de nationalité espagnole.

**1349.** La Cour de cassation s'aperçoit que la référence au chapitre 3 de la convention bilatérale contient des dispositions relatives à l'entraide judiciaire dans le domaine de la garde sans aucune condition de nationalité, jugeant le déplacement de l'enfant d'illicite.

---

<sup>1154</sup> Cass, ch. Civ. 1ère, 22 mai 2007, n° de pourvoi 06-10892 ; Cass, ch. Civ. 1ère, 22 mai 2007, n° de pourvoi 06-12687, Civil et familial, dans JDJ, 2007/8 n° 268.

Toutefois, la cour a estimé que la convention bilatérale « contient des règles de compétence indirecte, permettant d'apprécier la compétence de la juridiction marocaine qui a rendu le jugement », et que les dispositions du chapitre III du texte permettent à la juridiction française d'effectuer la vérification des conditions selon lesquels le retour de l'enfant peut être remis en cause. Pour cette raison la cour casse l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier qui avait décidé que seul le juge marocain était compétent en matière d'attribution du droit de la garde.

Dans le second arrêt, la cour souligne que l'application de l'article 25-2 de la convention bilatérale est juste dans la mesure où la cour d'appel a effectué une appréciation de l'intérêt de l'enfant, jugeant le retour de ce dernier au Maroc comme contraire à son intérêt puisque les éléments de l'espèce démontrent une possibilité de rupture du lien parental entre l'enfant de sept ans et sa mère ce qui peut aboutir à un traumatisme psychique, et permettre à la mère de maintenir l'enfant en France<sup>1155</sup>.

**1350.** Ainsi, la cour de cassation a cassé le premier arrêt de la cour d'appel de Montpellier et a confirmé l'appréciation de l'intérêt de l'enfant en ayant en référence le risque auquel l'enfant peut faire face, ce qui reflète la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et de sa suprématie même lorsqu'il s'agit de l'application d'une convention bilatérale et que l'application rigoureuse des dispositions de cette dernière doivent être exercées dans le cadre d'appréciation de la prise en considération de l'article 9.3 de la CIDE qui exige le maintien des relations entre le parent et l'enfant sauf lorsque ce maintien peut représenter un risque pour l'enfant.

Ainsi, il ressort que la prise en considération de l'intérêt de l'enfant demeure l'élément décisionnel qui peut influencer l'application des conventions que ce soit celle de La Haye de 1980 ou la convention bilatérale franco-marocaine et justifier une liberté d'appréciation de la part du juge sur la portée et la valeur des éléments de preuve du danger auquel l'enfant peut être confronté.

**1351.** D'ailleurs, dans un autre arrêt du 12 juillet 2017<sup>1156</sup>, la Cour de cassation réaffirme sa position sur l'exception du non-retour de l'enfant en se référant d'abord à l'article 13.b de la Convention de La Haye de 1980, puis à l'article 25 de la convention franco-marocaine. En l'espèce, un homme et une femme sont mariés au Maroc depuis 2004 et sont parents de quatre enfants qui sont nés de cette union. La mère choisit de s'installer en France avec ses enfants, sans l'accord du père. Ce dernier décide de saisir les autorités marocaines, pour un déplacement illicite de ses enfants sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980. Le procureur de la république près du tribunal de grande instance de Rennes assigne la mère devant le JAF pour voir déclarer illicite le déplacement des enfants. La mère faisait grief à l'arrêt d'ordonner le retour au Maroc des enfants se trouvant en France dans un délai de quinze jours à compter de l'arrêt, sans succès.

---

<sup>1155</sup> Civil et familial, dans JDJ, 2007/8 n°268, commentaire des deux arrêts par Jean-Luc RONGÉ.

<sup>1156</sup> Cass., ch. civ. 1ère, 12 juillet 2017, n° de pourvoi 17-11.840.

**1352.** En effet, la Cour suprême rappelle qu'il est question d'une application de l'article 13-b de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, et qu'il ne peut être fait exception du retour immédiat de l'enfant que lorsqu'il s'agit d'un danger prouvé et de caractère grave auquel les enfants peuvent être confrontés ou d'une situation intolérable pour ces derniers. De plus, la Cour souligne qu'au vu de l'application de l'article 34 de la convention, cette dernière n'empêche pas le recours à un autre instrument liant l'État d'origine et l'État requis afin d'obtenir le retour des enfants retenus d'une manière illicite dans l'un de ces deux États. Ainsi, il résulte de l'application de l'article 25 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 l'exception à tout retour immédiat de l'enfant uniquement si la personne ayant déplacé ou retenu l'enfant établit et prouve que le retour de celui-ci et sa remise immédiate sont de nature à mettre en danger sa santé ou sa sécurité, et en l'occurrence, celle des quatre enfants. De même, il importe de prendre en considération tous les éléments fournis par les autorités judiciaires et par l'autorité centrale<sup>1157</sup> de l'État de résidence habituelle des enfants ainsi que toute information relative à la situation sociale de la famille tout en respectant et tenant compte des dispositions législatives concernant le droit de garde dans cet État de résidence. En outre, la Cour rappelle que l'ensemble des appréciations des conditions du retour immédiat de l'enfant et de l'exception de son non-retour doivent être appréciées selon l'article 3-1 de la CIDE, en intégrant la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**1353.** Par ailleurs, face à l'application stricte de la convention bilatérale et à sa neutralité à l'égard de l'appréciation de son contenu qui vise principalement le retour immédiat de l'enfant mineur illicitement déplacé avant de pouvoir trancher sur la question du droit de garde, certaines exceptions persistent encore et permettent une remise en question de la rigueur de cette application. En effet, certaines décisions permettent de souligner qu'il est également question d'une prise en considération des motivations que les juges de fond peuvent apprécier, notamment lorsqu'il s'agit de celles relatives aux principes fondamentaux des droits de l'Homme. C'est dans ce sens que la Cour de cassation<sup>1158</sup> a affirmé la décision des juges du fond qui ont écarté la convention bilatérale en se référant, dans leur motivation, au souci d'une protection physique et psychologique de la mère de l'enfant qui a été condamnée par le tribunal de Rabat à réintégrer le domicile conjugal<sup>1159</sup>.

---

<sup>1157</sup> Il importe de souligner que les autorités centrales désignées par la convention bilatérale sont : les ministères de la Justice des deux États respectifs dont les attributions sont celles soulignées par les articles 17 et 20 du texte qui sont les mêmes que celles établies dans l'article 7 de la Convention de La Haye de 1980 et qui sont élaborés sous deux principaux axes ; d'abord une assistance judiciaire mutuelle puis une coopération relative à l'exercice du droit de garde et de visite sur chacun des territoires concernés tout en ayant comme objectif le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est énoncé dans l'article 19 du même texte qui garantit « *le libre exercice du droit de garde sur l'enfant mineur sous la seule condition de l'intérêt de l'enfant, sans autre restriction tirée de leur droit interne* ».

<sup>1158</sup> Cass. Civ. 1ère, 15 mai 2002, n° 00-11.087, RJPF, 2002, n° 10, 35, obs. A-M. BLANC.

<sup>1159</sup> Il est à noter que dans l'ancien texte de statut personnel comme celui du Code de la famille, chacun des époux conserve le droit de saisir la justice si le conjoint a quitté le domicile conjugal. Le texte de 2004 se réfère à un élément principalement moral qui se manifeste dans l'article 4 du texte et qui dispose que : « *le mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel en vue d'établir une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour but la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux, conformément aux dispositions du texte* ». Mais également à l'article 52 du même texte qui dispose que : « *lorsque l'un des conjoints persiste à manquer aux obligations visées à l'article précédent, l'autre partie peut réclamer l'exécution des obligations qui lui incombent ou recourir à la procédure de discorde prévue aux articles 94 à 97 du texte* ».

Toutefois, il importe de souligner que bien que cette procédure soit possible pour les deux époux, le recours à cette procédure est davantage pratiqué par les hommes que par les femmes et ceci est également dû aux effets du refus de la femme de rejoindre le domicile conjugal, puisqu'elle perd systématiquement son droit à pension prévu par l'article 195

Cette dernière qui est de nationalité française et qui a regagné la France avec son enfant, évoquait ainsi son droit de protection ainsi que son droit de garde. En l'espèce, les tribunaux français ont considéré la décision rendue par le tribunal de Rabat comme étant une atteinte à un droit fondamental de la personne et en l'occurrence de la mère.

La Cour avait estimé que la justification de la décision adoptée par les juges du fond était légalement établie et que le critère relatif à l'exception au retour de l'enfant ne faisait pas l'objet d'une contestation. Ainsi, il ressort de cette décision que le recours à l'exception au retour de l'enfant peut être fondé sur d'autres éléments, même lorsque ces derniers ne reflètent pas d'une manière directe le danger auquel l'enfant peut être confronté. En effet, il est question d'une protection indirecte de l'enfant auquel il est possible d'avoir recours à travers son audition en estimant que la prise en considération de l'intérêt de l'enfant est mise en danger par l'un de ses parents ce qui permet d'éliminer l'application du droit marocain.

**1354.** De même, dans une autre affaire<sup>1160</sup>, la Cour de cassation a réaffirmé qu'il est possible d'éradiquer la convention bilatérale lorsqu'il est question du respect de l'ordre public français, notamment lorsqu'il s'agit d'un retour immédiat de l'enfant qui prive l'un des parents d'exercer son droit d'autorité parentale. En effet, en l'espèce, la Cour de cassation avait estimé que le retour des enfants, dont la domiciliation habituelle était au Maroc, sur le territoire marocain n'était pas dans l'intérêt supérieur de ces derniers puisque la mère avait perdu son droit de garde suite à son départ du Maroc avec les enfants sans l'accord du père. Le juge français a donc estimé que le retour des enfants au Maroc ne permettrait pas le respect du maintien des relations personnelles entre les enfants et leurs deux parents en application de l'article 9-3 de la CIDE. La position de la Cour approuve que le danger auquel les enfants peuvent être confrontés soit celui de la séparation même avec le parent qui a commis l'enlèvement, en assurant que le maintien des relations entre les deux parents et les enfants peut être mieux garanti lorsque ces derniers sont maintenus en France.

Ceci permet de se poser la question des effets d'un respect strict de la convention bilatérale, dans la mesure où il est possible de s'interroger sur le respect de l'exercice d'une coparentalité même lorsque la mère n'est plus gardienne. Un raisonnement que Monsieur Michel FARGE souligne comme étant « *un jugement sévère sur la capacité du Maroc à assurer l'effectivité de ses décisions de justice en matière de responsabilité parentale* », ce qui aboutit à installer le doute sur l'efficacité de la coopération franco-marocaine<sup>1161</sup>.

**1355.** L'exception au retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement reflète une réelle difficulté de l'application de la convention bilatérale en la vidant de son objectif principal qui visait principalement le retour de l'enfant sauf lorsqu'il s'agit d'une possibilité d'exposition de ce dernier à un danger. Ainsi juger des modalités d'exercice de l'autorité parentale ailleurs que dans le pays de résidence habituel de l'enfant rend complexe l'effectivité de la convention.

---

du texte qui précise que : « *L'épouse qui refuse de rejoindre le domicile conjugal après sa condamnation à cet effet, perd son droit à pension* ».

<sup>1160</sup> Cass. Civ. 1ère, 22 mai 2007, n° 06-12.687, Rev. dr. Fam., 2007, n° 7, comm. 155, Michel FARGE.

<sup>1161</sup> Michel FARGE, *op. cit.*

En outre, si en France la prise en considération de l'ordre public où la référence aux textes européens des droits de l'Homme permet d'écarter la coopération bilatérale, le Maroc, quant à lui, n'hésite pas non plus à éloigner l'application du texte lorsqu'il s'agit du respect de son ordre public, notamment lorsqu'il y a référence aux principes religieux ou au privilège de nationalité. Ainsi, cette spécificité adoptée explicitement par le Code de la famille à travers l'article 2 du texte dispose que : « *les dispositions du code de la famille s'appliquent : à tous les Marocains même ceux portant une autre nationalité... à toute relation entre deux personnes lorsque l'une d'elles est marocaines et à toute relation entre deux personnes de nationalité marocaine lorsque l'une d'elles est musulmane...* ». Cette disposition est en principe contradictoire avec l'esprit recherché par le texte en instaurant une certaine discrimination à l'égard des personnes qui disposent d'une autre nationalité, en les privant de se référer à leur droit national et imposant l'application du droit marocain aux deux parties marocaine et française. Cette position a toujours été critiquée par les spécialistes qui la considèrent comme contraire au principe moderniste de la réforme de 2004 ainsi qu'à celui du droit international privé, estimant l'écartement d'une prise en considération du droit étranger au même degré que le droit national tout en soulignant que le législateur avait prévu la prise en considération des dispositions spécifiques aux juifs marocains.

**1356.** Ainsi, cette spécificité adoptée par le législateur semble être un élément qui vide la convention franco-marocaine de son contenu notamment à l'article 4 du texte qui souligne que « *la loi de l'un des deux États désignés par la présente convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* ». Cependant, la pratique remet en question l'applicabilité stricte de cette disposition dans la mesure où la référence même à l'ordre public dans le texte limite le terrain d'entente entre les deux systèmes juridiques<sup>1162</sup>.

De ceci, il ressort systématiquement les limites de la convention bilatérale franco-marocaine, que ce soit celle du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire, l'exequatur des jugements et d'extradition, ou encore la convention du 10 août 1981.

---

<sup>1162</sup> Yves LEQUETTE, De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille, *in* L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Yvon LOUSSOUARN, Paris, Dalloz, 1994, p. 246, spec. n° 3.

## **Conclusion de la Seconde Partie.**

**1357.** L'adhésion à une Convention internationale par un pays n'est pas une réussite en soi, puisqu'elle doit être accompagnée d'un pragmatisme visant sa concrétisation dans la réalité. Dans ce sens, Françoise DEUKEUWER-DÉFOSSEZ souligne que « *l'effectivité pratique de la CIDE est évidemment la plus importante. Peu importe que le droit français respecte ou non la CIDE, tant il est vrai qu'un droit théorique est peu utile. C'est le respect effectif des droits et de l'intérêt de l'enfant qui est le véritable enjeu de cette convention* »<sup>1163</sup>. Une réflexion qui s'applique également au droit marocain et qui renvoie clairement à la prise en considération du principe de l'intérêt de l'enfant ainsi que sa mise en œuvre.

**1358.** Le degré de la prise en considération du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son applicabilité entre les deux systèmes juridiques est dissemblable. En effet, la raison de cette disparité n'est pas liée, uniquement, à l'adoption même du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers des réformes, mais elle est aussi relative à l'application et à la prise en considération de ce principe par les juges.

**1359.** L'évolution du droit français de la famille et la transformation de son droit interne dans le cadre d'un respect total du principe, a clairement abouti à une évolution jurisprudentielle dont l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE est le résultat. Ainsi, en France le débat autour de la prise en considération directe de l'intérêt supérieur de l'enfant est clos. Toutefois, suite à cette application directe et à l'évolution continue de l'institution familiale et du progrès scientifique, le débat autour de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant prend aujourd'hui de nouveaux horizons.

**1360.** Le débat aujourd'hui en France s'oriente vers les risques de débordements de la logique de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui devient de plus en plus un élément préoccupant pour de nombreux spécialistes qui le considèrent comme une réalité juridique. Autrement-dit, c'est le risque de tout permettre au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et de perdre l'équilibre tant recherché par le législateur qui permet la préservation des droits de chaque membre au sein de la famille sans pour autant renoncer aux acquis en la matière. D'ailleurs, un des sujets qui ont ravivé ce débat est celui de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi de bioéthique adoptée en 2021

**1361.** Au Maroc, le recours à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant est encore considéré comme facultatif lorsqu'il est confronté avec d'autres éléments qui sont principalement d'ordre religieux ou culturel. Le juge se trouve dans l'obligation d'apporter une interprétation du principe en tenant en compte une double référence à caractère contradictoire.

---

<sup>1163</sup> Françoise DEUKEUWER-DÉFOSSEZ, op, cit, p. 35.

D'une part, celle d'un préambule du code de la famille et d'une constitution qui affirment le recours au principe tel qu'il est reconnu par la CIDE et, d'autre part des dispositions du code de la famille qui limitent, voir même interdisent cette prise en considération en accordant au juge la possibilité de recourir aux règles du « *fiqh* » afin de justifier tout refus de cette prise en considération.

## Conclusion Générale

**1362.** L'étude du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière familiale, renvoie d'une manière systématique à l'évolution des droits de l'enfant en général et du droit de la famille dans son ensemble en particulier. Il paraît évident que nous ne pouvons pas évoquer l'évolution du droit de la famille sans que l'enfant ne soit doté d'un rôle fondamental de cette évolution. En effet, le récent progrès qu'a connu le droit de la famille a permis une transformation du modèle familial traditionnel qui n'accordait aucune importance à l'enfant, à un modèle familial moderne dont la reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit est l'un des fondements du concept de la famille.

**1363.** Cette transformation progressive qui a été renforcée par l'avènement et l'adoption de nombreux textes internationaux des droits de l'Homme et plus particulièrement la CIDE, ce qui a abouti à une prise de conscience considérable des droits de l'enfant. Toutefois, si les textes relatifs aux droits de l'Homme accordaient une protection générale et mettaient l'enfant au même rang que les adultes, la CIDE quant à elle s'est dotée d'une grande originalité en adoptant un texte qui répond à la spécificité de l'enfant.

**1364.** En raison de son ambition universaliste, le texte du CIDE garantit à tous les enfants des droits fondamentaux obligeant ainsi les États parties à réformer leurs droits internes, mettant au centre l'intérêt suprême de l'enfant. Pour certains États parties comme la France, l'adoption du texte n'était qu'une évolution naturelle qui vient consolider une perception de l'enfant déjà en mouvement depuis la reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit. Par ailleurs, pour d'autres pays, notamment le Maroc, l'adhésion à la CIDE n'était que le début d'une considération réelle des droits de l'enfant dans ses branches de droit. Un début qui n'a eu d'effets en matière familiale qu'après la réforme phare du droit de la famille en 2004, qui a permis la concrétisation d'un nombre de dispositions du texte international dans son droit national. Néanmoins, la divergence en matière d'introduction des dispositions de la CIDE en droit familial dans les deux pays ne semble pas aboutir aux mêmes résultats, et pour cause la perception déjà apporté aux droits de l'enfant avant même la ratification par les deux pays de l'instrument lui-même.

A cet effet, cette étude de recherche souligne les difficultés rencontrées dans le cadre de la ratification et la mise en œuvre d'un instrument international qui n'épouse pas forcément l'idéologie et la philosophie déjà existantes dans un pays. Ainsi, pour permettre l'adoption et l'applicabilité de la CIDE, il faut d'abord que le terrain d'application, en l'occurrence ici, familial, soit prêt à convoler la logique des droits de l'enfant permettant de faire de ce dernier un individu à part entière au sein de la famille.

**1365.** Cette analyse juridique s'applique particulièrement à la prise en considération du principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans le droit national. En effet, en droit français, son intégration a été plus fluide malgré la division de la doctrine et des magistrats quant à cette supériorité qui n'a pourtant pas empêché de faire de cet intérêt supérieur de devenir un principe de droit et non seulement un critère décisionnel.

Ainsi, sa prise en considération et son applicabilité directe par le juge a poussé le législateur à réformer progressivement les textes afin qu'ils soient en harmonie avec les dispositions de la CIDE.

**1366.** En droit marocain, il paraît que le contexte et les éléments d'influence autres que ceux juridiques sont toujours d'actualité. Il est courant que le choix du législateur marocain soit celui de faire un compromis entre une perception traditionnelle de l'enfant et des valeurs de provenances différentes à savoir culturelles, sociales et/ou religieuses. Il est sans doute vrai que la solution adoptée par le législateur marocain, qui est considérée comme « une voie médiane », a permis d'apporter des réponses à la réalité de la transformation de la société et de la famille marocaine ainsi qu'à la nouvelle place occupée par l'enfant. Toutefois, l'étude du droit marocain de la famille permet de souligner les difficultés et les conséquences de cette composition entre le traditionnel et le moderne à travers la méthode de l'*ijtihad*. Cette dernière représentée par le législateur à la fois comme une méthode de légitimation de son intervention mais aussi comme un instrument de réforme qui permet la sauvegarde des principes fondamentaux du droit musulman<sup>1164</sup>.

**1367.** En effet, tout en reconnaissant le dynamisme apporté par la réforme du Code de la famille marocain de 2004, qui a permis une certaine flexibilité au droit, nombreuses sont les insuffisances et les lacunes. La réaffirmation du législateur marocain de la conservation de la norme religieuse semble être inévitable, puisqu'il est difficilement envisageable de mener une réforme en matière familiale dans le cadre d'un rejet absolu de la norme religieuse, et toute tentation de bouleverser ce cadre adopté n'est jamais couronné de succès. Dans ce contexte, l'étude de l'intérêt supérieur de l'enfant semble donc revêtir une spécificité en droit marocain qui fait de ce principe un objectif difficile à atteindre dans le cadre d'une préservation de toutes les normes protégeant un modèle familial traditionnel. Ainsi, c'est cette notion même de « famille traditionnelle » qui incarne le modèle fondé sur la légitimité du couple, le patriarcat, et les inégalités entre l'homme et la femme, que l'individualisation des droits de l'enfant trouve ses limites.

**1368.** La perspective adoptée par le législateur marocain quant à l'appréciation et la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant est similaire à celle adoptée dans les questions qui ont subi des réformes. Le caractère composite entre la règle internationale et celle du droit musulman est évident, dans la mesure où toute introduction du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'a été faite que dans le cadre du respect de « *la Maslaha* » qui répond à une interprétation approximative mais différente de cet intérêt en droit musulman.

**1369.** En outre, l'introduction du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la réglementation nationale marocaine a permis quelques modifications à travers une affirmation plus importante du statut de l'enfant au sein de la famille et a accordé au juge un nouvel instrument plus puissant pour désigner cet intérêt. Cependant, ce caractère composite n'est pas sans conséquence, puisqu'il a obligé le législateur à respecter à nouveau les limites du modèle familial et à se contenter de réformer les questions relatives à l'intérêt de l'enfant d'une façon sélective entre celles qui peuvent faire l'objet de cette introduction et celles où cet intérêt doit s'incliner pour ne pas heurter la norme religieuse. Cette méthode a introduit dans le Code de la famille un décalage non négligeable quant à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi,

---

<sup>1164</sup> Mariam MOUNJID, *op. cit.*, p. 332.

comment peut-on considérer, dans les décisions qui concernent l'enfant, l'intérêt supérieur de ce dernier tout en négligeant son droit à la filiation lorsqu'il est né hors cadre du mariage ? ou encore à celui d'entretenir des relations avec ses deux parents dans le cadre de la *Hadana*, ou de le protéger de ces derniers mêmes lorsque son intérêt est mis en danger ?

**1370.** Ces contradictions sont le résultat d'une confrontation entre deux perceptions différentes de la protection de l'intérêt de l'enfant au sein de la famille. En effet, si pour la perception internationale, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant a une considération supérieure, en droit musulman, cette supériorité est plutôt attribuée au cadre familial et au respect des normes religieuses et sociales. Toutefois, ce caractère composite adopté n'est pas l'unique réticence à la concrétisation de cette prise en considération, mais il s'agit également de l'interprétation faite des règles du droit musulman qui malgré la voie de l'*ijtihad* offre une belle opportunité.

Cette dernière permet d'adapter et d'harmoniser le droit interne avec les engagements internationaux et d'adopter des textes qui répondent mieux aux exigences actuelles ; le législateur demeure traditionnel limitant le recours à cet « effort de réflexion » dans de nombreuses questions « *ce qui favorise plus une approche historique du droit musulman* »<sup>1165</sup> qu'une approche moderne fondée sur des approches novatrices permettant l'adoption de nouveaux principes tels que celui de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cependant peut-on considérer que l'outil de l'*ijtihad* est suffisant pour permettre des réformes profondes de l'intérieur du cadre religieux ? Deux réponses contradictoires et conflictuelles peuvent être apportées à cette question ; d'une part, celles adoptées par le courant fondamentaliste qui a la conviction que la charia a déjà apporté une protection adaptée à la personne de l'enfant et qui est valable pour tous les temps et tous les lieux. D'autre part, un courant plutôt laïc qui souhaite sortir du cadre religieux et d'entreprendre des réformes fondées sur les normes universelles. Ainsi, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant par le législateur marocain, consiste à souligner que la référence du droit musulman ne doit être une excuse qui tolère le non-respect de l'engagement international de l'État marocain vis-à-vis la CIDE. Ce dernier, répétant le, qui s'est engagé dans un processus de modernisation doit répondre présent quant à la protection des droits de tous les enfants sans aucune distinction ou discrimination quelconque.

**1371.** Par conséquent, pour que le Maroc respecte ses engagements internationaux en matière familiale, la référence au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le préambule du Code marocain de la famille paraît insuffisante. Il conviendrait que ce principe soit introduit à travers des institutions fondamentales dont l'intérêt de l'enfant doit être considéré comme priorité. En ce sens, pour que la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant soit concrétisée, il faudrait envisager une nouvelle réforme visant l'adoption et la mise en œuvre de l'ensemble des principes de la CIDE dans un cadre législatif plus moderne adapté au progrès que le domaine du droit de l'enfant ne cesse de connaître.

---

<sup>1165</sup> Mariam MONJID, *op. cit.*, p. 333.



## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages Généraux

- **BASRI. (D.)**, Le Maroc et les droits de l'Homme, positions et perspectives, L'Harmattan, Paris 1994..
- **BERTHOLD GOLDMAN (M.)**, Réflexion sur la réciprocité en droit international, Travaux du comité français de droit international privé, 23-2<sup>ème</sup> année, 1962-1964, p. 61 et s.
- **CADET (F.)**, L'ordre public en droit international de la famille, Etude comparée France/Espagne, Paris, L'Harmattan, 2005.
- **CARBONNIER (J.)**,
  - Les notions à contenu variable en droit, éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 103.
  - Droit civil : la famille, l'enfant, le couple, Tome 2, PUF, Avril 2002.
  - Droit civil, 21 éd., Tome2, La famille, l'enfant, le couple, PUF, 2002.
  - Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, éd. PUF, PARIS, 1956.
  - Droit et passion du droit sous la Ve république, champs Flammarion, éd.1996.
- **CORNU (G.)**,
  - Dictionnaire de vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 9<sup>ème</sup> éd., PUF, coll. Quadriges, 2011.
  - Droit civil introduction Les personnes Les biens Montchrestien, 11<sup>ème</sup> édition, Lgdj, 2003, p. 11.
  - Droit civil, La famille, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2007.
- **CORNU (G.), FOYER (J.)**,
  - Procédure civile, Thémis, Paris, P.U.F, 3<sup>ème</sup> éd., 1996.
  - Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2011.
- **DÉCHAUX (J-H.)**, Sociologie de la famille, La découverte, 2007, p. 24.
- **FOYER (J.)**, Les bonnes mœurs, *in* le code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004), Paris, DALLOZ, Coll. Université Panthéon-Assas, 2004, pp. 495-513.
- **FULCHIRON (H.)**, L'enfant et les conventions internationales, sous la dir de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et FRANK, R, Presse universitaires de Lyon, 1996, p. 19.
- **GRANDMAISON (J.)**, Les différents types de familles et leurs enjeux, présentation Ed. Fidés, 1993, p. 9.
- **GRANET-LAMBRECHTS (F.)**, Invitation au droit comparé de la famille, *in* Liber amicorum en l'honneur de M.-T MEULDERS-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille, Bruylant, 1998, p. 297.
- **LEMOULAND (J- J.)**,

- Quel rapport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER, Paris, Dalloz, 2012, pp. 329-349.
- Droit de la famille, Ellipses éd. Marketing S.A, 2014, p. 429.
- Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?, Dalloz. 1997, Chron, p. 133.
- **MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.),**
  - Droit de la famille, Paris, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n° 17.
  - La famille, Defrénois, 3<sup>ème</sup> édition, 2008.
  - La famille, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 1525.
  - Droit de la famille, 6<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2018, p. 798.
- **MAYER (P.),** L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, *in* Delmas-Marty, C.L. LEYSSAC, Liberté et droits fondamentaux, Editions du seuil, 1996, Collection Inédit-Essais, P. 205.
- **MURAT (P.),** Les sources du droit de la famille, Dalloz action droit de la famille, Dalloz, chapitre introductif, 6<sup>ème</sup> édition, n° 01, 12, 2013,.
- **PAUL BLANC (F.),** Introduction à l'étude du droit musulman, 2<sup>ème</sup> éd., éd. Sirey, Paris, 1987.
- **RENAUT (M-H.),** Histoire du droit de la famille, édition Marketing S.A, 2012, p. 4.
- **RENAUT-BRAHINSKY (C.),** Droit de la famille, éd, Gualino, coll Mementos, 6<sup>ème</sup> éd, 2006.
- **RENCHON (J-L.),** La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille, *in* Mariage-conjugalité, parenté-parentalité, H. FULCHIRON, Paris, Dalloz, 2009.
- **TERRÉ (F), FENOUILLET (D.),**
  - Droit civil, La famille, 8<sup>ème</sup> éd., Précis, Dalloz, 2011.
  - Les personnes- la famille- les incapacités, Paris, Dalloz, coll. précis 7<sup>ème</sup> édition, 2005.
- 

#### Ouvrages spéciaux

- **BENHAMOU (Y.),** Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant, D., 1993 p. 103.
- **BOULANGER (F.),**
  - Les rapports juridiques entre parents et enfants : Perspectives comparatistes et internationales, éd. Economica, 1998.
  - Les cas de non-retour par suite d'un déplacement illicite de mineurs dans un cadre international » Rev., Dr., fam., 2015, n° 11, étude 16.
- **BOURRY-D'ANTIN (M.) PLUYETTE (G.) BENSIMON (S.),** Art et techniques de la médiation, Litec 2004, pp. 167-168.

- **BRUGGEMAN (M.)**, Le droit d'être entendu, *in* La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2014, pp. 107-120.
- **CLÉMENT (C.)**, Réflexions sur le pluralisme familial, La place du modèle familial dans un système pluraliste, sous la direction d'Odile ROY, Presse universitaires de Paris Nanterre, coll, sciences juridiques et politiques, 2011.
- **CLERGERIE (J-L.)** L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant, Revue de droit public, Mars-Avril 1990, p. 435.
- **DE LAMY (B.)**, La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, A propos de la nature qu'elle proclame, coll Thèmes & commentaires, éd Dalloz, 2014.
- **DE SINGLY (F.)**, Qu'est ce qu'un bon parent ? *in* L'autorité parentale en question, sous la direction de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN, Presses universitaires du septentrion, 1ere édition, coll Droit des personnes et de la famille, 2003, p. 15.
- **DECROUX (P.)**, La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, Clunet 1985, p. 74.
- **DEKEUWER DEFOSSEZ (F.)**,
  - Le nouveau droit de la filiation : pas si simple, Revue lamu de droit civil, n°21, 2005. pp. 34 et suivant.
  - La convention internationale des droits de l'enfant : quelles répercussions en droit français ?, CRDF, n° 5, 2006, p. 41.
  - Les droits de l'enfant, Que sais-je ?, éd. Presse Universitaire de France, 2018.
  - L'instrumentalisation du discernement de l'enfant, *in* Recherches familiales, éd Union nationale des associations familiales 2012/1 n° 9, p. 163 et s.
- **DELAGRANGE (G.)**, Comment protéger l'enfant ? Protection, éducation, répression, éd, Karthala, Coll questions d'enfances 2004.
- **DELEFOSSE-CICILE (M.-L.)**, Le lien parental, sous la direction de F. TERRE, Paris II, 2001.
- **FRANCINI. G et GARGANO (E.)**, Les enfants dans la médiation familiale de leurs parents, Thérapie familiale , éd Médecine & Hygiène, 2004/1, Vol. 25, p. 67.
- **FULCHIRON (H.)**, Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, GAZ, PAL, 08 décembre 2009, n° 342, p. 15.
- **IMBERT-DUHAMEL (I.)**, Les difficultés relatives à la contribution à l'éducation de l'enfant, *in* l'enfant à l'épreuve de la séparation parentale, COLL Droit privé et sciences criminelles, L'Harmattan, p. 60-62.
- **JUSTON (M.)**, L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant, Dr. famille, Mars 2008, étude 10.
- **LACROIX (E.)**, Les droits de l'enfant, ED ellipses, coll philo, 2001, p. 32.
- **LEMOULAND (J-J.)**, « La filiation déséxuée : nouveau modèle pour la famille de demain ?, *in* Mélanges en l'honneur du professeur NEIRINCK, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 561-580.

- **MUNOZ-PEREZ (F.)**, Les enfants nés sans filiation en France 1965-1994, *in* : population, 2000, n° 55-4-5, p. 663 et s.
- **MURAT (P.)**,
  - Droit de la famille, Dalloz action, 2014-2015, n° 234.72.
  - L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ?, Dr. Fam., 1998, chron.14.
  - Passer la filiation ou dépasser la filiation, *in* Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir de), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 260.
- **NEIRINCK (C.)**, L'autorité parentale, institution 'mythée', *in* Regard critiques sur quelques révolutions récentes du droit, sous la direction de J KRYNEN et M. **HECQUARD-THÉRON** ? Tome 1, presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, éd. Lextenso.
- **RAYMOND (G.)**, Droit de l'enfance et de l'adolescence, 5 éd., Lexis nexis/litec, coll Pratique professionnelle SA, 2006, p, 245.
- **SIFFREIN-BLANC (C.)**, La parenté en droit civil français étude critique, PU Aix- Marseille, 2009.
- **THERY (I) LEROYER (A-M)**, Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Avril 2014.
- **TOZY (M.)**, l'évolution du champ religieux marocain au défi de la mondialisation, Revue internationale de politique comparée, 2009/1, Vol. 16, p. 63, 81.
- **VERDIER (P.) MARGIOTTA (N.)**, Le droit à la connaissance de ses origines : un droit de l'Homme. Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation, Paris ; éd. jeunesse et droit, 1998.
- **WANDA (M.)**, La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, sous la dir de Claire NEIRINCK et Maryline BRUGGEMAN, éd dalloz, coll Thèmes 1commentaires, 2014, p. 11.

#### Droit marocain

- **AMAZI (M.)**, Essai sur le système pénal marocain, chapitre I, la nostalgie de la charia. Publié en 2013, Disponible sur : <https://books.openedition.org/cjb/398>
- **AMZAZI (M.)**, Essai sur le système pénal marocain, éd. centre Jacques-Berque, collection Description du Maghreb, 2013, p. 232.
- **BELAL (Y.)**, L'islam politique au Maroc, *in* Pouvoirs 2013/2, n° 145.
- **BELHAJ (A.)**, L'usage politique de l'islam : l'universel au service d'un État. Le cas du Maroc, Recherches sociologiques et anthropologiques, 37-2 /2006. P. 212-139.
- **BENRADI (M.)**, « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana de 1993 à la réforme de 2003 » *in* féminin-masculin : la marche vers l'égalité au Maroc, 1993-2003 sous la direction de Mohammed Saidi, Friedrich Ebert Stiftung 2004, pp. 17-89.

- **BROUKSY (O.)**, « Le processus d'adoption de la Moudawana entre la prééminence du roi et la lassitude du parlement, *in* annuaire de l'Afrique du nord, Tome XLI, éd CNRS, 2003, p. 238.
- **CATUSSE (M.)**, le social : une affaire d'État au Maroc de Mohammed VI, confluences Méditerranée, 2011, n° 78, pp. 63 à 76.
- **EDWIGE (R-A.)**, « Le mariage et le divorce dans le code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », Droit et culture, 59 2010- 1, pp. 43-57.
- **EL MASLOUHI (A.)**, Une décennie de réformes au Maroc (1999-2009), sous la direction du centre d'études internationales, éd. KARTHALA, Coll Hommes et sociétés, 2010.
- **EL MEKKAOUI (N-R.)**, La Moudawanah : Le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tomes 1 et 2, Rabat, 2009, 3ème éd. BOUREGREG.
- **FERRIE (J- N.) BOITSCH (G.), OUAFIK (A.)**, Vécu juridique, norme et sens de la justice à propos de l'avortement au Maroc, Droit et société, n°28-1994, p. 683.
- **FOBLETS (M-C.) CARLIER (J-Y.)**, Le code Marocain de la famille, incidences au regard du droit international privé en Europe, éd. Bruylant, 2005, p. 75.
- **GAFSIA (N.)**, l'intervention coloniale du mariage musulman le cas tunisien, Paris, Lextenso édition, 2008, p. 35.
- **GAUDEMET (Y.)**, Le pouvoir judiciaire dans la constitution marocaine de 2011, la constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires, sous la direction du centre d'étude internationales, éd. Lextenso, 2012, p. 202 et s.
- **LAROUI (A.)**, Les origines sociales et culturelles du nationalisme marocain 1830- 1912, Paris, F. Maspero, 1977.
- **LE GUIDEC (R.)**, Droit de l'enfance et de l'adolescence, le droit français est-il conforme à la convention internationale des droits de l'enfant, Litec, 1995, p. 472.
- **MONCHANT (C.)** Les liens parents-enfants à l'épreuve de la séparation : regards croisés, *in* l'enfant à l'épreuve de la séparation parentale, sous la direction de ANTONINI-COCHIN L et Marie-cécile LASSERRE, l'harmattan, 2019.
- **MONJID (M.)**, L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie, édition L'Harmattan, 2013, p. 115.
- **MOUAQIT (M.)**, Disposition culturelle/ axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille, Le Code de la famille : perceptions et pratique judiciaire, Diwan 3000, 2007, p. 141.
- **NACIRI (R.)**, Le mouvement des femmes au Maroc, Nouvelles questions féministes, 2014/2, vol. 33, p. 47.
- **NOKKARI (M.)**, Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la sunna, *in* L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient), Actes du colloque du 14 janvier 2008 à la Cour de cassation, Paris, société de législation comparée, 2008, pp. 33-44.

- **SAREHANE (F.)**, Le nouveau code de la famille, Gazette du palais, 4 septembre 2004, n°248, p3, in les droits maghrébins des personnes et de la famille, sous la direction de J. POUSSON-PETIT, éd. L' Harmattan, p. 69.
- **SAVATIER (R.)**, Le contrôle de la puissance paternelle, D. 1947, chron., p. 21.
- V. également GAREIL, L. L'exercice de l'autorité parentale, sous la dir. De L. LEVENEUR, Paris II, 2004, LGDJ, p. 527.
- **SECHTER FUNK (I.)**, Le traitement social des mères célibataires par des associations en Tunisie et au Maroc : mobilisation, comparaison et défense de l'ordre moral, thèse, 2019, institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux, p. 194 et s.
- **ZARROUKI (M.)**, L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain, éd. S.N, 2012, pp. 22-23.
- **ZERMATTEN (J.)**,
  - L'intérêt supérieur de l'enfant, institut international des droits de l'enfant, IDE, Sion, Switzerland, 2005.
  - Une convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant : une belle déclaration ! Et après ? Introduction aux droits de l'enfant, Tome 1(1995), p. 12.

### Droit musulman

- **ABD-AL-WADUD-AL-LAKHMI**, Ramadan Al-ta'lil bi al-*maslaha*
- inda al-Usuliyyin, 1ère éd., Cairo, Dar al-Huda, 1987, p. 150-1, (en langue anglaise).
- **AKHRIF (A.) KARMOUCH (A.)**, Le nouveau rôle de la justice dans le droit de la famille marocain, éd manchourate almaarif, 2013, p. 19 (en langue arabe).
- **ALBOUTI (M. S.)**, Les règles de la *Maslaha* dans la charia 2<sup>ème</sup> éd., 1977, p. 23 (en langue arabe).
- **AL-GHAZALI (A.)**,
  - Des vertus du mariage, éd., Alif librairie, 1997.
  - Le livre des bons usages en matière de mariage, trad. BERCHER et BOUSQUET, 1953.
- **AMMUDAH (A.)**, Family structure in Islam, American trust publications, 1977, p. 15-16.
- **AZZIMAN, (O.)**, La tradition juridique islamique dans l'évolution du droit privé marocain, in J- SANTUCCI, C. (dir), Le Maroc actuel. Une modernisation au miroir de la tradition, institut de recherches et d'Etudes sur le monde Arabe et musulman, éd. CNRS, 1992.
- **AZZUHAILI (M.)**, Al-Fiqh Al-islami wa adillatuh, partie 4, 1ère édition, 1974.
- **BADAoui (J.)**, Le statut de la femme en islam, 2<sup>ème</sup> édition, Iqra 2002, p. 31.
- **BIN SATTAM (A.)**, Muhammad A. S. ABDEL HALEEM, Sharia and the concept of benefit, the use and function of *Maslaha* in islamic jurisprudence, Bloomsbury Publishing (UK), I.B. Tauris, 1<sup>st</sup> ed, 2015, p. 35.

- **BLEUCHOT (H.)**, Droit musulman, Histoire, Tome 2, Fondement, culte, droit public et mixte, Droit et religion, éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 621.
- **Charif FELLER (D.)**, La garde (HADANAH) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien, éd Droz, coll Comparativa, 1996.
- **WARNOCK FERNEA (E.)**, « *childhood in the muslim Middle East*, 1st ed, University of Texas press, 1995, p. 5.
- **ELMEKAOUI, Naji (R.)**, De la réforme de la Moudawana à la cohésion sociale, contribution apportée dans : une décennie de réformes au Maroc (1999-2009), sous la direction du centre d'études internationales, éd. Karthala, 2010, p. 219.
- **GARDET (L.)**, Panorama de la pensée islamique, éd. Sindbad, Paris 1984, p. 207.
- **HMIMICH (B.)**, L'ijtihad, la face voilée de l'islam, Rabat, éd. Marsam, 2006, p. 21.
- **IBN ABD AL-QAWI AL-TUFI SARSARI Sulayman (1259-1316)**, Irak. .
- **IBN KATHIR**, l'interprétation du Coran, texte et explication, traduit par Fawzi CHAABAN, volume 4, Dar alkitab, 1<sup>ère</sup> éd., 1998, p. 121.
- **KIAN-THEBAUT (A.)** , L'islam, les femmes et la citoyenneté, Dans Pouvoirs, éd. Le seuil, 2003/1, n° 104, p. 208.
- **LAMRABET (A.)**, Femmes et hommes dans le coran : Quelle égalité ?, Paris, éd. Dar albouraq, coll. « la croisée des chemins », 2012.
- **LAVOREL (S.)**, Les constitutions arabes et l'islam, les enjeux du pluralisme juridique, Presse de l'université du Québec, 2005, p. 2.
- **MILLIOT (L.)**, François PAUL-BLANC, Introduction à l'étude du droit musulman, 2ème éd., Sirey, Paris, 1987, p. 256.
- **PAUL-BLANC (F.)**, Le blasphème en droit musulman malékite, *in* Religion, Eglises et droit, textes réunis et publiés par Gilles BOLLENOT, Publications de l'université de saint Etienne, 1999, p. 243.
- **RAJABI-ARDESHIRI (M.)**, The rights of the child in the islamic context: The challenges of the local and the global, The international journal of children's Rights, Volume 17, Issue 3, 2009, pp. 475-489.
- **Sahih ALBOUKHARI**, traduit par O. Houdas et W. Marçais, éd Maison d'Ennour, 2007, T. III, p. 706.
- **SAYADI, (A.)**, L'islam face à la liberté de conscience, Etude 2011/5, Tome 414, p. 634.

## Articles et contributions

- **AL HOURRI (A.)**, Comment les dispositions de la Moudawana sont contournées, ignorées, dévoyées, in média24, du 20 octobre 2016. Disponible sur : [www.medias24.com](http://www.medias24.com).
- **ALDEEB (A.), Sami( A.)**, Religion et droit dans les pays arabes ; domaines influencés par la religion, presse universitaire de Bordeaux, Pessac, 2008, p. 117.
- **BARKALLIL (N.)**, Le rôle de l'État dans l'évolution des systèmes de genre au Maroc, colloque international genre, population et développement en Afrique, Abidjan, 16 et 21 JUILLET, 2011.
- **BAUDOIN (J-L.) et LABRUSSE-RIOU (C.)**, Produire l'Homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, Droit société, 1988, n° 10 p. 113.
- **BENCHEMSI (A.)**, Mohammed VI, despote malgré lui, Le seuil : Pouvoirs, 2013/2, n° 145, p. 21.
- **BENDOUROU (O.)**,
  - La consécration de la monarchie gouvernante, L'année du Maghreb, VII, 2012, pp. 391-404.
  - La nouvelle constitution Marocaine du 29 juillet 2011, Revue française de droit constitutionnel, n°19, 2012/3, p. 527.
- **BENJELLOUN (A.)**, Mohammed, Pierre LE COZ, Du don anonyme de gamètes à la fiction de l'identité, Enfances et psy, 2013, n°. 60.
- **BENTAYEB (K.)**, La réforme du divorce en droit marocain : entre traditions religieuses et influences occidentales, Mémoire, Université catholique de Louvain, 2015.
- **BERGER (M.)**, Médiation et intérêt de l'enfant, ERES Dialogue, 2005/4 n° 170 p. 7.
- **BERNOUSSI, Abderrahim (N.) EL MASLOUHI**, Les chantiers de la bonne justice. Contraintes et renouveau de la politique judiciaire au Maroc, Revue Française de droit constitutionnel, 2012/3, n° 91. p. 480.
- **BERNOUSSI (N.)**, La constitution de 2011 et le juge constitutionnel, la constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires, sous la direction du centre d'études internationales, éd. Lextenso, 2012, p. 2016 et s.
- **BETHERY DE LA BROSSE (A.)**, Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVIème-XXIème siècles), Paris, LGDJ, 2011, n° 564, p.376.
- **BOICHÉ (A.)**, « Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye », AJ. Fam. 2010, p. 482, cité par Gwenaëlle HUBERT-DIAS, p. 140.
- **BONFILS, (P.) GOUTTENOIRE (A.)**, Droit des mineurs, Paris, Dalloz, Coll., Précis, 2014, n° 554, p. 348.
- **BOUMEDIENE (M.)**, Révolutions arabes et renouveau constitutionnel : Une démocratisations inachevée, La revue des droits de l'Homme, 2014. Disponible sur : <https://journals.openedition.org>.
- **BOUSBAA (A.) ANBI (A.)**, Les conditions des mères célibataires face aux défaillances des politiques sociales au Maroc, Revue des politiques sociales et familiales, 2017, n°124, p. 53.
- **BOUYS (A.) VOGELWEITH (A.)**, Autorité parentale et aide sociale à l'enfance, dans Enfances & psy, 2003/2, n° 22, pp. 38-44. Disponible sur : <https://doi.org/10.3917/ep.022.0038>

- **BRAS (J-P.),** La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : quelles avancées pour la démocratie ? 2007/4, n° 37, p. 121.
- **BRULEY (Y.),** Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoléonica*, la revue 2012, n° 2, pp. 111-126.
- **BROUKSY (O.),** Maroc : un projet P JESTAZ, L'égalité et l'avenir du droit de la famille, *in* Autour du droit civil, Ecris dispensés, idées convergentes, Paris, Dalloz, 2005.
- **CHERKAOUI (A.),** L'évolution du droit marocain à travers la législation, *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, n°10, Rabat, 1981.P ; 171 et s.
- **CHEYNET DE BEAUPRE (A.),** Prohibition de la GPA et intérêt de l'enfant en droit français, *Cahier Droit, sciences & technologies*, mis en ligne le 09 janvier 2018. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/cdst/535>
- **CHRISTENSEN (J.),** Family law and reform in Morocco - The Mudawana : Modernist islam and women's rights in the code of personal status, *University of Detroit Mercy law. Review* 687, 2005, p. 696.
- **COLOMER (M-A.),** La tutelle des mineurs dans la Moudawwana ou code du statut personnel marocain, *in* *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 13 n° 2, Avril-juin 1961, pp 327-337.
- **CORNEC (A.),** Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : La convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant, *in* *JDJ*, 2011/3, n° 303, pp. 39-44.
- **DABBAK (C.) GODEN (A.), et LABIDI MAIZA (M.),** Les fondements du droit musulman, éd. AL QALAM, Paris, 1997.
- **DACCACHE (S.),**
  - Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ?, *in* *Le financement public des cultes/ la liberté religieuse de l'enfant*, *Société, droit et religion*, éd CNRS. n°3, 2013/1 p. 247.
  - Quelle liberté religieuse de l'enfant dans la religion musulmane ?, *Société, Droit et Religion*, 2013/1, n° 3.
- **DAVIDSON, C HAMON (H.),** Autorité parentale dans la famille et autorité dans le cadre de l'assistance éducative : une histoire de respect, *Dialogue*, 2004/3, n° 125, p. 26.
- **DE LARA (A.), DE LARA (P.),** L'enfant, « objet transitionnel » de la médiation familiale, dans *Dialogue* 2003/2 n° 160, p. 69.
- **DELAISI DE PARSEVAL (G.), COLLARD (C.),** La gestation pour autrui, Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines, *L'Homme* 2007/3, n° 183, p. 29.
- **DELPEUCH (T.),** La coopération internationale au prisme du courant de recherche, droit et développement, droit et société, n° 62, 2006, pp. 119-175. SPP.
- **DEVILLERS, (M-O.),** Une juge au cœur de la famille, *Revue Projet* 2011/3 n° 322, p. 42.
- **DOKHAN (M.),** Les avatars de la puissance paternelle, *in* *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2002/2, n° 48, p. 92.
- **DOUCHY-OUDOT (M.),** Les enfants et la séparation des parents, *RIDC*, n° 62-3, 2010, pp. 623-651.
- **DRISSI (M.)** Le Maroc mauvais élève du développement humain, tel quel, 16 septembre 2018.
- **Dupont-BOUCHAT (M- S.),** L'intérêt de l'enfant. Approche historique, publications des facultés universitaires saint louis Bruxelles, 1990, p. 23.

- **EL AOUI (N.)**, Islam, institutions et développement, *Revue Tiers Monde*, n° 212, 2012, p. 110.
- **EL AYADI (M.)**, Rahma BOURQUIA, Mohamed DARIF, État, monarchie et religion, *Les cahiers bleus*, n° 3, février 2005.
- **EL HARRAS (M.)**, Les mutations de la famille au Maroc, 50 ans de développement humain, 2006, p. 123.
- **FABOLETS (M-C.)**, La position matrimoniale de la femme marocaine, *in Les femmes et la construction européenne*, *Les Cahiers du GRIF*, n° 48, 1994, pp. 69-87.
- **FABRE (M.)**, Etude de droit français et de droit comparé sur l'état de l'enfant naturel dans la famille et la société, Avignon, 2 éd. François SEGUIN, 1900.
- **FEDERICI (S.)**, traduit de l'américain par Célia IZOARD, Le marché mondial des ventres, GPA et violence de classe, *in Z : Revue itinérante d'enquête et de critique sociale*, 2016/1, n° 10 p. 151.
- **FLAMMANT (C.) PENNEC (S.) TOULEMON (L.)**, **Combien d'orphelins en France ? Dans quelle famille ?**, *in Recherches familiales enfants orphelin aujourd'hui en France*, éd Union nationales des associations familiales, 2020/1 n° 17p. 3.
- **FORTIER (C.)**, Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique, *Droit et cultures*, *Droit et cultures*, (en ligne) 59/ 2010-1, mis en ligne le 02 Dounia HADNI, Ou en est le droit de l'avortement au Maroc, *libération*, 01 février 2020. Disponible sur : [www.liberation.fr](http://www.liberation.fr)
- **FREGOSI (F.)**, **ZEGHAL (M.)**, Religion et politique au Maghreb : les exemples tunisien et marocain, *institut français des relations internationales*, n°11, éd IFRI, 2005.
- **FRELAT-KAHN (B.)**, Entre nature et contingence : de la normalité à la normativité, *Le Télémaque* 2/2009, n° 36, p. 47.
- **GAILLE (M.)**, Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé, *in Dossier : Autour de la gestation pour autrui*, *Les cahiers de la justice*, 2016, n°2, éd Dalloz, p. 295.
- **GOUTTENOIRE (A.) et BONFILS (P.)**, *Droits de l'enfant*, Recueil Dalloz. Paris, 2010 p. 1904.
- **GOUTTENOIRE (A.)**,
  - Les droits de l'enfant, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 66 n°2, 2014, p. 569
  - Ne touche pas à ma filiation !, *Recueil Dalloz*, n°43, 2007, p. 3052.
  - L'enfant et les procédures judiciaires, thèse Lyon 1994, *in Jean-Luc RONGE*, La convention internationale relative aux droits de l'enfant : on avance ou on recule ?, *Journal du droit des jeunes*, 2004/10, n° 240, p. 12.
- **GRUÉNAIS (M-E.)**, La publication du débat sur l'avortement au Maroc. L'Etat marocain en action, *L'année du Maghreb*, 17/2017, pp. 219-234.
- **GUILLARME (B.)**, Louer son ventre *in Raisons politiques*, éd. presse de science po, n° 12, 2003/4.
- **HAJJAMI (A.)**, Problématique de réformes du statut juridique de la femme au Maroc : entre référentiel et procédure », *in revue de droit et d'économie*, Fès, N° 19, 2002, pp. 33-53.
- **HAMMARBERG (T.)**, Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes, *JDJ*, 2011, n° 303, p. 13.

- **HANAFI (L.)**, Moudawana and Women's rights in Morocco: Balancing national and international law, éd. International law student association, Nova southeastern university, shepard broad law CE, p. 525.
- **HARIT (F.)**, Santé : le Maroc améliore les conditions de la mère et de l'enfant, 2014. Disponible sur : [www.afrik.com](http://www.afrik.com).
- **HENAFF (P.)**, L'unité des notions-cadres, JCP éd. G, 2005, I, n° 189.
- **HENRICOT (C.)**, L'application du code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage, in : journal des tribunaux, n° 6449, p641.
- **HERMITTE (M-A.)**, De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental, Natures sciences Sociétés 15, 274-279, 2007, p. 278.
- **HILL (J.)**, Filiation et affiliation : exploration des dynamiques de dépendance et d'autonomie, Revue de psychologie analytique, 2013, n° 1, pp. 12-13.
- **HILT (P.)**, L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voute de la protection européenne des relations parents-enfants, AJ. Fam. 2004, p. 384.
- **HINCKER (L.)**, Couple conjugal et couple parental, Etude comparative des législations française et allemande, Rev. sc. soc., 1996, n° 23, pp. 178-182, spéc. p. 179.
- **HOCHART (C.)**, La médiation, un remède aux ruptures familiales, Droit et cultures, 73/2017, 205-226, p. 208.
- **HOUSIER (J.)**, Proposition de loi visant à réformer l'adoption : la première lecture est achevée, 22 décembre. Disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/>.
- **JADOUL (M.) GUSTIN, (M-L.) COLMAN (S.), AUTIN (C.), DURET (I.)**, Au cœur du don, la dette ? Etude exploratoire autour de la motivation des mères porteuses, in Dialogue, 2016/3, n° 213, p. 107.
- **JAULT (F.)**, La notion de responsabilité parentale, Dr. et pat. Juin 2005, nbp n° 6, p. 58. juillet 2010. Sur : <http://droitcultures.revues.org/1923>
- **KHILLO (I.)**, « Conjugalité et concubinage dans le monde musulman : de la loi religieuse à la réalité sociale », Annuaire droit et religion, PUAM, 2010-2011, vol. 5, p. 277.
- **KOUMDADJI (A.)**, Islam et parenté, in Revue internationale de droit comparé. Vol. 69 n° 2, 2017, p. 308.
- **LAZARATOU (H.), GOLSE (B.)**, Du désir à l'acte : les enfants de la procréation médicalement assistée (PMA), in la périnatalité, La psychiatrie de l'enfant, éd Presse universitaire de France, 2006/2 Vol. 49, p. 576 et s.
- **LE BOURSICOT, (M-C.)**, Accéder à ses origines personnelles, le rôle du conseil national pour l'accès aux origines personnelles, Informations sociales, 2008/2, n° 146, p. 2.
- **LEBRETON (G.)**, Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français, CRDF, n° 2, 2003, pp. 79-80.
- **LEQUETTE, (Y.)**, De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille, in L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Yvon LOUSSOUARN, Paris, Dalloz, 1994, p. 246, spec. n° 3.
- **LEYSSAC (L.) DELMAS-MARTY (M.)**, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, Seuil, 1996.
- **LTAIEF (W.)**, Le droit de la famille au Maghreb, une fragile adaptation aux réalités, in Confluences méditerranée, 2008/2 n° 65, p. 169.

- **LUCKER-BABEL (M-F).** , The right of the child to express views and to be heard : An attempt to interpret Article 12 of the UN convention on the rights of child, the international journal of children's rights 3 : 391-404, 1995, p. 393.
- **MARAIS (A.),** La procréation pour tous ?, coll. Thèmes, commentaires et actes, Dalloz, 2015.
- **MARCHAL ESCALONA, (N.),** Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol, Revue critique de droit international privé, 2015/1, n° 1 p. 90 et s.
- **MATHIEU (B.),** L'émergence du pouvoir judiciaire dans la constitution marocaine de 2011, pouvoirs, 2013/2, n°145, p. 19.
- **MESSAOUDI (L.),** Grandeur et limites du droit musulman au Maroc, RIDC, n° 47-1, 1995, p. 151.
- **MEULDERS-KLEIN, (M-T.),** Vers la co-responsabilité parentale dans la famille européenne, R.T.D. Fam, 1991, pp. 5-28.  
mieux... *RTD Civ.* 2004, p. 496
- **MONJID (M.),** Le mariage du mineur en droit marocain, Revue internationale de droit comparé, Vol. 67 n°1, 2015, pp. 4-5.
- **MOUAQIT, (M.),** Droit et changement politique et social au Maroc, *in* Le Maroc au présent : d'une époque à l'autre, une société en mutation, Casablanca : Centre Jacques-Berque, 2015 (généré le 24 avril 2019). Disponible sur : <file:///C:/Users/admin/Downloads/cjb-1125.pdf>.
- **MURAT, (P.),** La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations, Rev., dr. fam. 2006, n° 7, étude 31.
- **MURAT, (P.),** Les enjeux d'un droit de filiation, le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005, Information sociale, 2006, n° 131 pp. 1-2.
- **MURGUE, (B.),** La Moudawana : Les dessous d'une réforme sans précédent, éd. Centre d'études et de recherches sur le Proche-Orient, les cahiers de l'orient, n° 102, 2011
- **GUESSOUS (N.),** Soumaya Une page nouvelle dans l'histoire du Maroc, un espoir fou dans le cœur des femmes, 1 Maghreb canada express, 2003, n° 6, AT6
- **NAPOLI (C.),** La convention relative aux droits de l'enfant 20 ans après : obligations et mise en œuvre sur le continent africain, Revue juridique de l'Ouest, 2009-2, p. 171.
- **NEIRINCK (C.),** Placer l'enfant : Pourquoi ?, Association jeunesse et droit, journal du droit des jeunes, 2012/1, n° 311, p. 54.
- **NEYRAND (G.),** La conjugalité contemporaine, une nouvelle façon de penser le lien, Enfance familles générations (Online) n°25, 2016. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/efg/1204>.
- **PELLETIER (S.),** Les exercices de l'autorité parentale, *in* Journal du droit des jeunes, 2003/9, n° 229.
- **RHISSASSI (F.), BERJAOUI (K.),** Femmes, droit de la famille et système judiciaire en Algérie, au Maroc et en Tunisie, sous la direction de Souria SAAS-ZOY, 2010, Unesco, p. 65. Disponible sur <http://rabat.unesco.org/>.
- **RHIWI (L.),** La réforme du code marocain de la famille, éd. C.E.R.A.S, 2004/5, n° 282, p. 37. DE BELLEFONDS, L Le droit musulman comparé T. 3, n° 1160, p. 53 et s.
- **ROUYER (V.),** Coparentalité : Un mythe pour quelles réalités ?, EMPAN, 2008/4, n° 72, pp. 99-100.

- **RUBELLIN-DEVICHI (J.), CARBONNIER,( J.),** Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, JCP éd. G, 1994, I, n° 3739, p. 87.
- **RUBELLIN-DEVICHI (J.),** Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises, Revue française des affaires sociales, n°4, 1994, p159.
- **RUBELLIN-DEVICHI (J.),** Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, JCP 1994 éd. Générale doctrine n° 3739, p. 87 et s.
- **SAINT-PROT (C.),** Le droit au cœur de l'islam, Société, droit et religion, n° 2, 2012/1. P 148 et s.
- **SAYADI (A.),** L'islam face à la liberté de conscience, Etude 2011/5, Tome 414, p. 648.
- **SCHACHT (J.),** An introduction to islamic law, Revue internationale de droit comparé Vol.17, n° 3, juillet-septembre 1965, p. 64.
- **SCHUTZ, (W-P.),** Principe sans Human Rights, *in* National Interest, Washington, 2002, p. 117.
- **SEYS (M-Ch.),** Dans un monde qui bouge, quelles sources de stabilité individuelle ?, *in* Actualités en analyse transactionnelle, 2008/4, n° 128.
- **SORITA-MINARD (C.) et THEPAUT (C.),** Le juge français et la famille musulmane, Le seuil « Le genre humain », 1997/1, n° 32, p. 76 et s.
- **TAXIL (B.),** Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France, R.I.D.C, n° 59-1, 2007, p. 157 et s.
- **THÈRY (I.),** L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment éthique ? La revue des droits de l'Homme, n°3, 2013. Disponible sur : <https://journals.openedition.org/revdh/193?lang=es#citedby>.
- **TOURAME (P.),** Dossier. Autour de la gestation pour autrui, quelle liberté pour la mère porteuse ?, Les Cahiers de la justice, 2016/2 n° 2 pp. 280-281.
- **URVOY (M-T.),** La morale conjugale dans l'islam, éditions du Cref, Revue d'éthique et de théologie morale, 2006, n° 240, pp. 9 à 34.
- **VASSALLO (B.),** La convention des droits de l'enfant à la cour de cassation, Journal du droit des jeunes 2010/6 n° 296, pp. 25-26.
- **VERDIER (P.),** De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant, enfance et psy, n° 43, 2009.

### Thèses et mémoires

- **SAMINA (C.),** Le statut de l'enfant dans le droit comorien, thèse, Droit, Université de Perpignan, 2014.
- **EL QOTNI (H.),** Les droits de l'enfant : Etude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman, thèse, Droit, Lyon, 2016.
- **TOBICH (F),** Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 2008.
- **HUBERT (G.),** L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé, thèse, Droit, Université de REIMS, 2014.
- **N'DAYE (M.),** La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc, thèse, Droit, Université Montesquieu BORDEAUX IV, 2012.

- **COUDOING (N.)**, Les distinctions dans le droit de la filiation, thèse, Université du sud Toulon Var, 2007.
- **MOUFADIL (O.)**, L'évolution du droit de la femme au divorce à l'épreuve de la pratique judiciaire en droit marocain, thèse, Université de Perpignan, 2014.
- **TURKI (A.)**, Réforme du statut personnel dans un régime en transition : l'exemple du Maroc : De la Moudawana au code de la famille, Mémoire de DEA, Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, 2004.
- **SANDRAS (C.)**, L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille, thèse de doctorat en droit, Université Paris 2, 2000.
- **RONGIER (V.)**, L'insaisissable famille, thèse en droit, Université LE HAVRE, soutenue le 14 décembre 2015.
- **HONHON (Y.)**, L'enfant et le droit, thèse en droit, Université de NANTES, soutenue le 12 juin 2009.

### Notes, observations et jurisprudence

#### En droit français

##### Cour européenne des droits de l'Homme.

- CEDH 16 juin, pascaud c / France, D. actu, 5 juillet.2011.obs, MURAT (P).
- CEDH, 4 décembre 2007, Dickson c. le Royaume-Uni, n°44362/02.
- CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, Labassee c. France, affaire numéro 65941/11.
- CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, Menesson c. France, affaire numéro 65192/11.
- CEDH, 21 juillet 2016, Foulon et Bouvet c. France, n° 9063/14 et 10410/14.
- CE, arrêt GISTI du 29 juin 1990, concl. R. ABRAHAM, AJDA 1990, pp. 621-629.
- CEDH, 6 déc. 2007, Maumousseau et Washington c. France, req. n° 39388/05.
- CEDH, 6 juillet, 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, req. n° 41615/07.
- CEDH, 19 septembre 2000, Gnahoré, c. France, n°40031/98.
- CEDH, 4 décembre 2007, Dickson contre le Royaume-Uni, n°44362/02.
- CEDH, Knecht c Roumanie, n°10048/10 du 02 octobre 2012.

##### Cour de cassation

- Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, **27 novembre 1935**, n°1936-1-25, 1998, p. 137, note, BOULANGER (F).
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> **13 décembre 1989**, n°88-15, Que sais-je, 2019 ? P. 57.note, MACARY (C).
- Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, **14 avril 1982**, Bull. civ. I, n° 125.
- Cass. Civ.1, **4 Janvier 1995**; Bull. Civ. I, 1995, n° 2.
- Cass. civ 1<sup>ère</sup>., **18 avril 2000**, bull. civ. I n° 112 p. 76, pourvoi n° 97-20809, Gaz., pal. 2000, n° 216, Rev. Crit.DIP, 2001.341, note E.Gallant ;obs. Ghilain (F).
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, **28 mars 2000**, Bull.n°103, Defrénois, 2000-06-30, n°12, p. 769. note, MASSIP( J)
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, **15 mai 2002**, RJPF, 2002, n°10, P ; 35, note, BLANC (A.-M).
- Cass. civ 1<sup>ère</sup>, **6 avril 2004**, n°03-19.026, AJ Famille 2004, p.241, note BICHERON (F).
- Cass.civ. 1<sup>ère</sup>, **18 mai 2005**, Rev. Dr fam., 2005, comm.156. obs, GOUTTENOIRE (A).
- cass. civ. 1<sup>ère</sup>, **14 juin 2005**, Rev.dr. fam, 2006, comm 156. Obs, GOUTTENOIRE (A).

- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, **14 juin 2005**, *D.*, 2005, p. 2790. Note, MURAT (P).
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, **22 novembre 2005**, *Bull.*, 2005, I, n° 434, p. 364. Note HEUSER (J)
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, **6 décembre 2005**, n°03-15.588, *Droit de la famille* 2006, n°26, comm, CHENEDE (F).
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, **14 juin 2005, Washington, JCP, 2005, II, 10115, p. 1576**
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, **12 décembre 2006**, n° de pourvoi 05-22.119.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, **7 avril 2006**, n° 05-11285 et 05-11286, *Bull.*, 2006, I, n° 195.P.171 ; reproduit dans *JDJ* n° 256, Juin 2006, p. 48.
- Cass. Crim, **23 sept. 2008**, n° 08-80.489.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, **25 avril 2007**, pourvoi n°06-16.886. *Dr famille*, 2007, 143. Comm, MURAT (P)
- Cass, civ. 1<sup>er</sup>, **16 avr. 2008**, n°06-21.405, p17. Note, Keravel (E), BERNADOU (M).
- Cass, Civ 1<sup>ère</sup>, **3 décembre 2008**, n°de pourvoi 07-19.767, *AJ Famille* 2009 p. 31, note, CHENEDE (F).
- Cass. civ. 1<sup>er</sup>, **19 nov. 2009**, inédit, n° 09-68179 ; *D.* 2010. Pan. 1904, *Dr. Fam.* 2010, n°2, fév, 2010. Obs, GOUTTENOIRE (A), MURAT (P).
- Cass, civ 1<sup>ère</sup>, **17 mars 2010**, n°08-14.619, *D.*2010.892, et 1442. Obs, GRANETLAMBRECHTS (F).
- Cass, civ. 1<sup>er</sup>, **27 mai 2010**, n° 09-65.208, p17. note. Keravel (E), BERNADOU (M)
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ. **24 oct. 2012**, n° 11-22-202, inédit, *JCP G*, 2013, p. 38. Obs, A GOUTTENOIRE.
- Cour cass, Arrêt n° 619 du **3 Juillet 2015**, 14-21.323.
- Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> ch. **30 mars 2017**, n° 161372.
- Cass., ch. civ. 1<sup>ère</sup>, **12 juillet 2017**, n° de pourvoi 17-11.840.
- Cass.civ, Arrêt n° 1113 du **18 décembre 2019**, 18-14.50.007.
- Cass.civ, Arrêt n° 1112 du **18 décembre 2019**, 18-12-327.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, **27 juin 2019**, n° de pourvoi 19-14.464.
- Cass. Arrêt n° 648 du **4 Octobre 2019** (10-19.053).
- Cass. Arrêt n° 1111 du **18 décembre 2019**, 18-11.815.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ, **12 février 2020**, 19-10. 200.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>. **12 février 2020**, n° 18-25.359.

### Cour d'appel

- C.A. Nîmes, **12 fevr. 2009**, RG n°08/00173.
- C. A. Angers, **26 janvier 2011**, n° 10/01339 : *D.* 2011.442, obs. Inès GALLMEISTER, et 1053, note T. GERE; *AJ famille* 2011. 156, obs. François CHENEDE, et 63, édito Valérie AVENA-ROBARDET ; *Droit de la, famille* 2011. Comm. 37, note Claire NEIRINCK, et Focus 17, obs. M. LAMARCHE ; *JCP* 2011. 298, note, Adeline GOUTTENOIRE.  
C.A. Montpellier, 17 janvier 2006, n° 05/01771
- C.A. Lyon, **12 mars 2012**, n° de RG 11/01093.

## En droit marocain.

### **Décisions de la cour suprême**

- Cour sup. **31 mai 2006**, n° 348, dossier n° 627/2/1/2004.
- Cour sup. **9 mai 2007**, n° 254, dossier n° 181/2/1/2005.
- Cour suprême, **8 juin 2005**, dossier n° 713/2/1/2003, et n° 439 du 28 sept 2005.
- Cour Suprême, Arrêt n° 180 du **15/03/2005**, Dossier n° 604/2/2/2005, jurisprudence de la Cour suprême, n° 67, janvier 2007, p. 140.
- Cour suprême, Décision n° 169, Dossier 571/2/1/2015, du **16 février 2016**.
- Cour suprême, décision n° 294, **29 mars 2016**, dossier n° 630/2/1/2015.
- Cour suprême, Décision n° 303, rendue le **05 avril 2016**, n° de dossier : 979/2/1/2015.
- Cour sup. décision n° 457, du **31 mai 2016**, dossier n° 299/2/1/2016.
- Cour sup. le **17 juin 2009**, A. CHOUKRI, Les principaux arrêts de la cour suprême en application du livre III du code de la famille, n° IDGL, p. 83.
- Cour Sup. le **1<sup>er</sup> avril 2009**, Arrêts de la cour suprême, Chambre du statut personnel et successoral, n° 25.
- Cour Sup., le **10 mai 2006**, dossier n° 289/2/1/2006.
- Cour sup. **17 mai 2016**, dossier n° 18/2/1/2016, décision n° 425.
- Cour sup., **09 février 2016**, dossier n° 446/2/1/2015, décision n°134.
- Cour sup. maroc., **31 mai 2006**, n° 348, dossier n° 627/2/1/2004.
- Cour sup. maroc., **9 mai 2007**, n° 254, dossier n° 181/2/1/2005.
- Cour sup. **8 juin 2005**, dossier n° 713/2/1/2003, et n° 439 du 28 sept 2005.
- Cour Sup. Arrêt n° 180 du **15/03/2005**, Dossier n° 604/2/2/2005, jurisprudence de la
- Cour suprême, n° 67, janvier 2007, p. 140.
- Cour sup. Décision n° 169, Dossier 571/2/1/2015, qui date du **16 février 2016**.
- Cour sup. décision n° 294, **29 mars 2016**, dossier n° 630/2/1/2015.
- Cour sup. Décision n° 303, rendue le **05 avril 2016**, n° de dossier : 979/2/1/2015.
- Cour sup. décision n° 457, du **31 mai 2016**, dossier n° 299/2/1/2016.

### Décisions de juridictions inférieures

- Décision n° 168 dossier n° 717/2/1/2015, rendue le **16 février 2016**.
- Décision n° 283 du **02 juin 2015**, dossier n° 443/2/1/2014.
- Décision n° 303, Dossier n° 979/2/1/2015, rendue le **05 avril 2016**.
- Décision n° 5661 du **26/08/2013**, Dossier n° 1636/13.
- Décision n° 90 du **26 janvier 2016**, Dossier n° 286/2/1/2015.
- Jugement n° 2858 du **26/09/2005**, dossier n° 2680/06.
- Jugement n° 3178, Dossier n°1842/1/2008.
- Jugement n° 468 du **17/03/2005**, dossier n°774/04, Tribunal de Sidi Bannour, Revue de justice de la famille, décembre 2006, n° 3, p. 191-193.
- Jugement n° 494 du **24/01/2008**, dossier n° 2263/1/06.
- Tribunal correctionnel de Bordeaux, 1<sup>er</sup> juillet 2015, inédit, rapporté par Carole Mercary, PMA ET GPA, *op. cit.*, p. 60.
- Tribunal correctionnel de Bordeaux, 1<sup>er</sup> juillet 2015, inédit, rapporté par Carole Mercary, PMA ET GPA, *op. cit.*, p. 60.

- Tribunal de première instance de Rabat, jugement n° 904 du 19/4/2004, dossier n° 1214/03/10 cité par R. ZEIDGUY, *op. cit.*, p.U.N. Dev. Program (PNUD), Access to justice: Practice Note, at 3, (Aug. 3, 2004) (en langue anglaise).
- Tribunal de première instance de Rabat, jugement n° 904 du 19/4/2004, dossier n° 1214/03/10 cité par R. ZEIDGUY, *op. cit.*, p.
- Voir CRC/C/FRA/CO/4 et Corr.1, par. 11.

## Rapports, Etudes

### Droit français

- DEKEUWER-DEFOSSEZ.F, Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, la documentation française, nov., 1999.
- France, CRC/C/15/Add.20.
- France, CRC/C/15/Add.20.
- France, CRC/C/15/Add.240.
- LIMON (M), IMBERT (C), Rapport sur l'adoption « Vers une éthique de l'adoption, donner une famille à un enfant », octobre 2019.
- Observatoire national de la protection de l'enfance Protection de l'enfant, « les nouvelles dispositions issues de la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant », Disponible sur : <https://onpe.gouv.fr/loi-2016>.
- Rapport d'information de la mission relative à la révision de la loi sur la bioéthique, n° 1572, 15 Janvier 2019.
- THÉRY (I), Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des sceaux, éd Odile Jacob, La documentation française, Paris, juin 1998.
- THÉRY (I), LEROYER (A-M), « Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle » éd.Odile Jacon 2014.

### Droit marocain

- CARRION (A.), KHEIREDDINE (A.), ZIARI (M.), Etude : La traite des femmes et des enfants au Maroc, ONU-FEMMES, 2015.
- AYOUBI IDRISSE (H.), Etude sur la violence sexuelle à l'encontre des enfants au Maroc, UNICEF, 2014.
- Bureau de la direction générale des programmes, « Partenariat de voisinage avec le Maroc 2018-2021 »,
- Etude menée par L'UNICEF et la ligue marocaine de protection de l'enfance, « Le phénomène de l'abandon des enfants », 2008.
- Maroc, CRC/C/15/Add.211, par. 8.
- Maroc, CRC/C/MAR/3-4.
- Observatoire National du Développement Humain (ONDH), Ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Egalité et du Développement Sociale (MFSEDS) et UNICEF « Profil de la pauvreté des enfants au Maroc, analyse du
- Observatoire National du Développement Humain (ONDH), Ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Egalité et du Développement Sociale (MFSEDS et UNICEF (2017) Profil de la pauvreté des enfants au Maroc, Synthèse, ONDH, MFSEDS, UNICEF, Rabat.

- chevauchement des privations multiples chez l'enfant », Rabat, 2017.
- Programme des services de la médiation familiale, Ministère de la solidarité, du développement social, de l'égalité et de la famille, 2018. Disponible sur : [www.social.gov.ma](http://www.social.gov.ma).
- Rapport national d'évaluation à mi-parcours sur la mise en œuvre du plan d'action « *Un monde digne de ses enfants* », 2011.
- UNICEF, « La violence à l'égard des enfants au Maroc, Ministère de la justice », Novembre 2006.
- HCP, Etude sur la « population infantile au Maroc : caractéristiques sociodémographiques et protection de l'enfance », 2011.
- Ministère de la solidarité, de la femme, de la famille et du développement, UNICEF, « La politique publique intégrée de la protection de l'enfance », 2015.
- ONG marocaines, « Rapport alternatif des ONG marocaines, aux 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> rapports de l'Etat marocain de mai 2012 relatifs à l'application et le suivi de la CDE », 2012.
- **TOUHAMI A.**, Cadre stratégique national de réduction de la pauvreté au Maroc : à propos du concept de pauvreté et analyse de la situation, rapport pour le ministère du Développement social, de la famille et de la solidarité, PNUD, 2009.
- La banque mondiale, rapport « La pauvreté au Maroc : défis et opportunités », publié le 9 avril 2018.
- Rapport PNUD. Disponible sur : <http://www.undp.org>.
- **BOURQIA (R.)**, Les valeurs : changements et perspectives, une étude réalisée dans le cadre du rapport 50 ans de développement humain, perspectives 2025. Disponible sur : [www.albacharia.ma](http://www.albacharia.ma).

- **Autres éléments**

**Presse généraliste française et marocaine**

- Le projet de loi relatif au conseil consultatif de la famille et de l'enfance devant les conseillers, paru le 26 Avril 2016. Disponible sur : [www.lematin.ma](http://www.lematin.ma)
- WALTER (E.), PMA : Le projet de loi adopté mécontente les professionnels de la santé, TELQUEL, le 27 juillet 2018. Disponible sur : [www.telquel.ma](http://www.telquel.ma).
- Etats-Unis : une mère porteuse, enceinte de triplés, poursuit le père biologique pour garder un des bébés. Disponible sur : [www.Franceinfo.fr](http://www.Franceinfo.fr), publié le 06/01/2016.
- [www.publicsenat.fr](http://www.publicsenat.fr).
- **RADOUAN (M)**, in Comment les dispositions de la Moudawana sont contournées, ignorées, dévoyées,. Disponible sur : [www.medias24.com](http://www.medias24.com).
- **BOURQIA (R)**, Les valeurs : changements et perspectives, une étude réalisée dans le cadre du rapport 50 ans de développement humain, perspectives 2025. Disponible sur : [www.albacharia.ma](http://www.albacharia.ma).
- <https://www.unicef-irc.org>.
- **HARIT (F.)**, Santé : le Maroc améliore les conditions de la mère et de l'enfant, 2014. Disponible sur : [www.afrik.com](http://www.afrik.com).

- **SNOUSSI (Z)**, Code pénal : Quel avenir pour les libertés individuelles au Maroc ? 12 décembre 2019. Disponible, sur : [www.hespress.com](http://www.hespress.com)
- **HOUDAIFA (H.)**, liberté de conscience : Le Maroc face à ses contradictions, publié le 16/02/2012 sur : [www.lavieeco.com](http://www.lavieeco.com)

**Liens internet**

- Site du Ministère marocain de la solidarité de l'insertion sociale et de la famille : <http://www.social.gov.ma/>
- Site du Ministère marocain de la justice et des libertés : [www.justice.gov.ma](http://www.justice.gov.ma)
- Portail juridique et judiciaire du ministère de la justice et des libertés du Maroc : [www.adala.justice.gov.ma](http://www.adala.justice.gov.ma).
- Site du Ministère marocain de la santé : [www.santé.gov.ma](http://www.santé.gov.ma).



## INDEX

### A

- **-abandon d'enfant**, 622s, 981s, 1004s..
- **-adultère**, 451s, 957, 1231.
- **-Al-MASLAHA**, 26, 31, 261s, 289, 350s.
- **applicabilité directe**, 25, 26, 27, 198s, 667s, 725s, 839s.
- **autorité parentale**, 72s, 175s, 316s, 743s, 867s, 1132, 1135s.

### B

- **bioéthique**, 1050s, 1058s.

### C

- **capacité du mariage**, 78, 718s.
- **capacité juridique**, 125, 308s, 325, 1051s, 1177s.
- **charia**, 166s, 288s, 198, 349s.
- **CIDE**, 13, 20 s, 146s, 148s.
- **codification**, 74, 85 s, 131 s, 134s
- **comité des droits de l'enfant**, **131s, 134s.**
- **contestation de paternité**, 897s, 900.
- **convention franco-marocaine**, 1340s.
- **coparentalité**, 89, 865s, 1253s, 1306.

### D

- **Déclaration de Genève**, 168, 264s, 396.
- **Déclaration des droits de l'enfant**, 263s, 266.
- **délai de grossesse**, 921s.
- **démocratie**, 134 s.
- **déplacement illicite des enfants**, 1306s, 1310s.
- **devoir des parents**, 259s, 897s, 1137s.
- **discernement**, 121, 122, 673, 709.

- **droit à l'identité**, 886s, 897s.
- **droit à la vie**, 21, 986s, 1127.
- 
- **droits des femmes**, 96, 99, 101.

### E

- **égalité des enfants**, 890s.
- **égalité des époux**, 81, 84.
- **embryon**, 116 s. 922.
- **enfant abandonné**, 981s.
- 
- 
- **enfant illégitime**, 959s.
- **enfant naturel**, 72, 88, 94, 931, 744, 866.
- **éthique**, 917, 1027, 1058s.

### F

- **famille traditionnelle**, 94 s, 575s.
- **fiançailles**, 96s, 107.
- **filiation naturelle**, 871s, 873s.
- **filiation légitime**, 880s.
- **filiation maternelle**, 1228, 1230.
- **filiation paternelle**, 892, 921s.
- **Fiqh**, 81, 349, 643, 650.

### G

- **gestation pour autrui**, 1087s.

### I

- **ijtihad**, 135, 137, 145s.
- **individualisation des droits**, 309s, 319, 418s.
- 
- **intérêt de l'enfant**,
  - **santé physique**, 385s.
  - **santé morale**, 395s.
-

- **Inégalité entre homme et femme**, 68s, 76, 452s.
- **interruption volontaire de grossesse**, 250, 972.

## J

- **JAF**, 611s.
- **juge de la famille**, 637, 643s.
- **juge des enfants**, 714s, 1234s.
- **juristes musulmans**, 116s.

## L

- **la parentalité**, 1080s, 1103, 1161, 1162s.
- **liberté religieuse**, 59s. **508, 510, 512s.**

## M

- **mariage des mineurs**, 630s, 703s.
- **mariage polygame**, 83, 101, 132s.
- **mariage religieux**, 72, 711,
- **médiation**, 611, 631, 784s.
- **monarchie**, 71, 75, 134, 136, 141s.

## O

- **obligation alimentaire**, 1277s, 1282, 1291s.
- **obligation des parents**, 124, 130s, 745s, 1174s.
- **ordre public**, 1196, 1286, 1337s, 1355s.

## P

- **parenté**, 94, 358, 532s, 772, 879s, 1053s.
- **parole de l'enfant**, 125, 304, 808, 815s.
- **philosophie des droits de l'enfant**, 275s, 6557s

- **pluralisme juridique**, 438, 480.
- **présomption de paternité**, 765, 894, 895s.
- **progrès scientifique**, 1050s, 1060s, 1074, 1077s.
- **psychologie de l'enfant**, 409, 1141s, 1077, 1142s.
- **puberté**, 116-146, 815s, 1296s.

## R

- **reconnaissance de paternité**, 107, 905s, 944s, 1123s.
- **réforme du code de la famille**, 18, 20, 92, 548, 1152, 1182.

## T

- **Tifl**, 115s.
- **tutelle matrimoniale**, 82, 496.

## V

- **valeurs religieuses**, 478, 529s, 1174.
- **vérité biologique**, 885s, 897s.

## TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS .....	I
SOMMAIRE.....	IV
INTRODUCTION .....	1
<b>Première partie : L'intérêt de l'enfant dans la construction du droit de la famille. ....</b>	<b>15</b>
<b>Titre Premier</b> : La protection des droits de l'enfant et la construction du droit de la famille. ....	17
<b>Chapitre I</b> : La considération progressive des droits de l'enfant dans le droit de la famille .....	19
Section 1 : L'évolution de la famille d'un modèle traditionnel à un modèle moderne. ....	21
Paragraphe 1 : La construction de la famille. ....	22
A-Le mariage, une dimension morale et religieuse. ....	23
B-Vers une dimension moderne. ....	28
Paragraphe 2 : La modernisation du droit de la famille, un atout pour les droits de l'enfant. ....	34
A-Des réformes favorisant les droits de l'enfant. ....	35
B- Les limites de la protection des droits de l'enfant dans le droit marocain. ....	41
Section 2 : Une lente progression des droits de l'enfant en droit marocain. ....	45
Paragraphe 1 : Une perception spécifique des droits de l'enfant en droit musulman. ....	46
A- L'enfant de l'embryon à la puberté en droit musulman, une perception spécifique. ....	47
B- Le statut spécifique de l'enfant dans sa famille. ....	52
Paragraphe 2 : Une protection renforcée au lendemain de l'indépendance. ....	55
A- Un cadre nouveau pour le code de la famille. ....	56
B- La complexité de la double référence juridique des droits de l'enfant. ....	59
<b>Chapitre II</b> : La place des conventions internationales. ....	65
Section 1 : L'intégration des conventions internationales comme une garantie formelle des droits de l'enfant.....	66
Paragraphe 1 : La protection des droits de l'enfant au regard des conventions internationales. ....	67
A- La ratification des conventions internationales et la spécificité du régime Marocain. ....	68
B- Des traités régionaux, des revendications spécifiques.....	74
Paragraphe 2 : La préoccupation exclusive de la CIDE.....	75
A- Le caractère obligatoire de la convention remis en question. ....	82
a-La création d'un organe de contrôle.....	82
b -Un renforcement du comité.....	86
B - Une applicabilité universelle. ....	90
<b>Section 2</b> : Une universalité confrontée à certaines réticences. ....	97
Paragraphe 1 : Les obstacles d'ordre politiques et socio-économiques. ....	97
A- La CIDE face à une difficulté politique. ....	98
B- Les obstacles d'ordre socio-économiques. ....	104

Paragraphe 2 : Application confrontée à une double référence. ....	109
A- Un cadre général. ....	110
B- La CIDE face aux réserves.....	112
<b>Titre second</b> : Des droits de l'enfant à l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	121
<b>Chapitre I</b> : L'intérêt supérieur de l'enfant, un cadre théorique et référentiel. ....	123
Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant, une notion moderne en droit positif.....	126
Paragraphe 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant, une notion nouvelle et complexe de définition dans la CIDE.....	128
A- Le principe ambigu de l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	129
B - L'utilité de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	139
Paragraphe 2 : La dualité d'objet de la notion d'intérêt de l'enfant.....	148
A-L'inexistence d'une définition concrète de l'intérêt de l'enfant .....	149
B - La difficulté d'accorder une définition unanime de la Maslaha en droit musulman (divergence de Maslaha), ou un concept conflictuel.....	157
Section 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant, un accélérateur de la protection des droits de l'enfant..	169
Paragraphe 1 : Les différents échelons de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	170
A- La garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers sa santé.....	171
a-Santé physique.....	171
b-La santé morale de l'enfant.....	177
B - La notion de développement, un élément constitutif de l'intérêt supérieur de l'enfant.	183
Paragraphe 2: L'intérêt supérieur de l'enfant et les limites des législations.....	186
<b>Chapitre II</b> : Les limites à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	197
Section 1 : La place de la femme et de la religion, des éléments qui participent à la stagnation de l'intégration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	199
Paragraphe 1 : La référence religieuse et la volonté politique sont-elles contradictoires ?! .....	200
A - Définition du religieux et du politique. ....	202
B - L'intégration de la femme : un élément principal à l'évolution qui se heurte à la religion. ....	207
Paragraphe 2 : La liberté de religion, une limite avérée à l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	212
Section 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant confronté à une organisation imparfaite de l'Etat.....	223
Paragraphe1 : La société civile, un principe récent au Maroc. ....	224
A-Société civile, un concept en évolution au Maroc.....	225
B - L'impact limité des associations des droits de l'enfant. ....	228
Paragraphe 2 : Les manquements de l'Etat aboutissant à une mauvaise prise en charge de l'enfant. ....	232
A- Une référence Etatique imparfaite.....	232
B- Les Limites du modèle familial traditionnel.....	236
<b>CONCLUSION PREMIERE PARTIE</b> .....	239

SECONDE PARTIE : L'INTERET DE L'ENFANT UN ELEMENT DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA FAMILLE. .... 241

<b>Titre I:</b> L'intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre du droit de la famille. ....	243
<b>Chapitre 1:</b> L'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	245
Section 1: Le rôle primordial du juge. ....	247
Paragraphe 1- Le juge et l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	248
A- La création d'une juridiction spécialisée.....	249
B – Le rôle protecteur de la justice. ....	256
Paragraphe 2 - La spécificité de la justice familiale marocaine. ....	261
A – Le nouveau rôle de la justice.....	261
B - Les limites de la nouvelle juridiction. ....	265
Section 2 : Le juge entre fidélité à la tradition et adhésion à la modernité dans la pratique. ....	274
Paragraphe 1: Le juge entre indépendance et soumission aux valeurs culturelles et religieuses. ..	276
A - Une indépendance de justice limitée par le statut du commandeur des croyants.....	278
B - Une influence constitutionnelle à caractère religieux. ....	284
Paragraphe 2 : Le pouvoir d'interprétation du juge, un préjudice pour la femme et l'enfant. ....	288
A –Le mariage des mineurs, une question d'interprétation. ....	289
B- L'interprétation du juge et l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	293
<b>Chapitre second :</b> L'évolution de la jurisprudence en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	299
Section 1 : L'applicabilité directe de la convention internationale des droits de l'enfant par le juge. ....	301
Paragraphe 1 : Une applicabilité limitée entre lois et jurisprudences. ....	302
A – Une évolution jurisprudentielle incontestable en droit français.....	303
B – Inexistence d'une applicabilité directe de la CIDE en droit marocain.....	309
Paragraphe 2 : Les limites du juge dans l'application du Code de la famille. ....	313
A - Une application nuancée par le juge. ....	314
B – Un accès à la justice désavantageux pour la femme et l'enfant. ....	317
Section 2 : Le défi du juge dans la prise en considération effective de l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	320
Paragraphe : Les moyens de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	321
A – La médiation, un moyen de détermination au service du juge.....	322
B – La médiation et l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	332
C - La parole de l'enfant, un moyen de détermination de son intérêt supérieur.....	336
Paragraphe 2 : Les facteurs favorisant la pratique du juge en matière d'intérêt supérieur de l'enfant.....	346
A - Un défi favorable à la concrétisation de l'intérêt supérieur de l'enfant par le juge.....	347
B - L'avantage des programmes visant l'amélioration de la justice. ....	351
<b>Titre II:</b> La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre du droit de la famille. ....	357
<b>Chapitre I:</b> L'intérêt supérieur de l'enfant dans la filiation. ....	361
Section 1 : Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la filiation. ....	363
Paragraphe 1 : Le droit de la filiation, une mise en œuvre progressive de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	365
A-L'intérêt supérieur de l'enfant, une priorité pour le législateur français en matière de filiation. ....	366
B- Le droit à l'identité, une garantie à l'intérêt supérieur de l'enfant. ....	373
Paragraphe 2 : Une intégration très limitée de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de filiation en droit marocain. ....	378
A- La filiation, la conservation d'un mode classique.....	381
B – La spécificité des moyens de preuve, une prise en considération de l'intérêt de l'enfant. ..	387
Section 2 : Une protection imparfaite de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	391

Paragraphe 1 : L'inexistence de la filiation naturelle en droit marocain, une atteinte à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	392
A- La filiation naturelle, La fragilité du fondement. ....	394
B - Maintien de la doctrine religieuse et ses conséquences. ....	399
Paragraphe 2 : L'enfant abandonné.....	405
A-Les catégories des enfants abandonnés.....	406
a - Enfants abandonnés issus de filiation inconnue. ....	407
b-Enfants abandonnés issus de filiation connue ....	414
B- Le suivi des enfants abandonnés.....	421
Section 3: L'intérêt de l'enfant confronté à de nouvelles formes de filiation. ....	431
Paragraphe 1 : Le statut juridique de l'enfant né par PMA et ses conséquences.....	434
A - L'interaction du droit de la filiation classique et les nouvelles formes de filiation. ....	434
B - Les conséquences psychologiques des enfants nés par PMA. ....	442
Paragraphe 2 : L'établissement de la filiation malgré le recours à la GPA. ....	446
A-La prohibition de la GPA. ....	448
B- La prohibition de la GPA en France et ses conséquences. ....	454
<b>Chapitre II : L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'autorité parentale. ....</b>	<b>465</b>
Section 1 : L'influence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale.....	467
Paragraphe 1 : L'attribution de l'autorité parentale fondée sur le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	469
A- De la puissance paternelle à l'autorité parentale.....	470
B- Le contenu de l'autorité parentale.....	478
C - Vers une égalité d'attribution de la garde en droit marocain. ....	485
Paragraphe 2 : La séparation de l'enfant de ses parents sur la base de son intérêt.....	492
A - L'éloignement de l'enfant de ses parents.....	494
B- Les conséquences de l'éloignement et l'intérêt de l'enfant. ....	508
Section 2 : La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale.....	513
Paragraphe 1 : L'environnement parental et l'intérêt supérieur de l'enfant.....	515
A- Une garantie d'évolution de l'enfant dans un environnement sain.....	517
B- Une garantie d'évolution de l'enfant dans un cadre stable. ....	524
Paragraphe 2 : Le déplacement illicite des enfants, une limite à l'intérêt de l'enfant. ....	534
A - L'appréciation de l'intérêt de l'enfant en matière d'enlèvement et de déplacement illicite des enfants.....	536
a-Un cadre général.....	537
b-L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	542
B - La convention franco-marocaine.....	550
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE. ....</b>	<b>557</b>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>559</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>563</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>583</b>

## Résumé

La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) est considérée comme le traité le plus ratifié au monde. Cet instrument adopte pour la première fois des principes fondamentaux dédiés à la reconnaissance et à la protection des droits de l'enfant dans toutes les situations qui le concernent. Parmi ces principes, il y'a celui de « l'intérêt supérieur de l'enfant » proclamé à l'article 3-1 qui revêt une importance particulière dans toutes les législations. L'étude de ce principe dans le cadre d'une comparaison entre deux systèmes juridiques complètement différents permet de soulever deux principaux caractères dont il est doté. D'une part, ce principe est synonyme de force par son pouvoir d'influencer le droit. D'autre part, par sa complexité qui résulte du manque d'une définition claire et précise. En France, l'évolution du modèle familial a permis de transformer ce principe d'un élément décisionnel à un principe de droit imposé au législateur et aux juges. Le revirement jurisprudentiel de la Cour de cassation du 18 mai 2005 permettant l'applicabilité directe de la CIDE a permis d'intégrer pleinement la primauté et la supériorité de l'intérêt de l'enfant. Une évolution qui paraît rationnelle puisqu'elle reflète l'aboutissement d'une histoire de consécration des droits de l'enfant. Cependant, en droit de la famille marocain, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est reconnu par la Convention paraît plus complexe. Le droit de la famille au Maroc est fondé, principalement, sur le droit musulman, qui adopte une perception particulière de l'enfant, de ses droits, et de son intérêt. Ainsi, l'introduction d'un principe moderne d'origine philosophique trouve de nombreuses limites. Ces dernières sont principalement relatives au modèle familial adopté qui demeure traditionnel, et à la perception de la notion de l'intérêt « *Al-Maslaha* », qui doit répondre aux normes culturelles, religieuses et sociales.

Mots clefs : CIDE- Intérêt- Enfant- droit- famille- Droit marocain- Droit français

## Summary

The United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) is considered as the most ratified treaty in the world. This international instrument adopts fundamental principles dedicated to the recognition and protection of children's rights. Among these principles, there is "the best interests of the child" principle, proclaimed in article 3-1 which is of particular importance in all legislation. The study of this principle in the context of a comparison between two completely different legal systems reveals two main characteristics with which it is endowed. On the one hand, this principle is synonymous with strength through its power to influence the law. On the other hand, by its complexity which results from the lack of a clear and precise definition. In France, the evolution of the family model has made it possible to transform this principle from a decision-making element to a principle of law imposed on the legislator and judges. The jurisprudential reversal of the Court of Cassation of May 18, 2005 allowing the direct applicability of the CIDE made it possible to fully integrate the primacy and the superiority of the interests of the child. An evolution that appears rational since it reflects the culmination of a history of consecration of the rights of the child. However, in Moroccan family law, taking into consideration the best interests of the child as recognized by the Convention appears more complex. Family law in Morocco is mainly based on Muslim law, which adopts a particular perception of the child, his rights, and his interests. Thus, the introduction of a modern principle of philosophical origin finds many limits. These are mainly related to the adopted family model, which remains traditional, and the perception of the notion of "*Al-Maslaha*" interest, which must meet cultural, religious and social standards.

