



Hanane El Qotni

Les droits de l'enfant : étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman

EL QOTNI Hanane. *Les droits de l'enfant : étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman*, sous la direction de Hugues Fulchiron. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2013.

Disponible sur : www.theses.fr/2013LYO30003



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.

Thèse de Doctorat en Droit
Discipline : droit de la famille

Hanane EL QOTNI

LES DROITS DE L'ENFANT

Etude du droit français et du droit positif marocain
à travers la source du droit musulman

Sous la direction de **M. Hugues FULCHIRON**

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Soutenu le 22 janvier 2013

Devant un jury composé de :

Mme. Adeline GOUTTENOIRE, Professeur à l'université de Bordeaux IV

Mme. Fatna SERHANE, Professeur à l'université d'Hassan II de Casablanca au Maroc

Mme. Marie claire FOGLETS, Professeur à l'université catholique de Louvain en Belgique

Mme. Christine BIDEAU-GARON, Maître de conférences à l'université Jean Moulin Lyon 3

Remerciements

فلو كان للشكر شخص يبين
لبينته لك حتى تراه
ولدنه ساكن في الضمير
يا حركه الكلم السائر
اذا ماتامله الناظر
فتعلم أني امرؤ شاكر
البد تري

*Si le remerciement était une personne
J'aurais fait en sorte de vous le présenter
Vous sauriez alors que je suis quelqu'un de remerciant
Mais hélas il ne peut demeurer au delà de ma conscience
Attendant mon verbe pour être exprimé*

Al Bouhtouri

Je n'ai pas trouvé mieux que ma langue maternelle et quelques vers de poésie pour exprimer mes remerciements envers la personne qui a été le maillon principal de la réalisation de ce travail.

Etant moins douée pour les remerciements, je tiens néanmoins à ce que ces lignes restent un témoignage écrit sur la personne qu'a été mon directeur de thèse et avant cela mon professeur et mon directeur de mémoire de recherche.

Monsieur Hugues Fulchiron a été la première personne dans le cadre scientifique à m'ouvrir la porte d'un cursus universitaire en France en m'acceptant en DEA droit de la famille, ayant pourtant une maîtrise en droit privé en droit marocain, notamment en langue arabe.

Sitôt venue en France au sein de l'université Lyon III, Monsieur Fulchiron a été également l'accueillant, le conciliateur et le conseiller. Pendant mes années de DEA et durant mes longues années de thèse, Monsieur Hugues Fulchiron est resté, bien que chargé de lourdes responsabilités, pédagogue, compréhensif, sensible à mon contexte personnel et surtout encourageant.

*Je tiens aussi à affirmer que Monsieur Fulchiron a été et restera un modèle pour moi d'humanisme, de modestie, d'ouverture d'esprit, d'amabilité et de rigueur.
Par ce témoignage, je rends à cette personne, ce qu'il me doit comme reconnaissance et gratitude et je n'exclus aucune personne qui de près ou de loin a contribué à l'accomplissement de ce travail.*

Principales abréviations

AHJUCAF du français	Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant usage du français
ACEPP	Association des collectifs enfants parents professionnels
ADN	Acide Désoxyribonucléique
AJ pénal	Actualité juridique pénal
AJ famille	Actualité juridique famille
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AMO	Assurance Maladie Obligatoire
AMDH	Association marocaine des droits de l'Homme
ASE	Action sociale à l'enfance
BO	Bulletin Officiel
Bull.off. comm.	Bulletin officiel commentaire
CCRC	La Commission Consultative de la Révision de la Constitution
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CSPJ	Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire
CCDH	Conseil consultatif des droits de l'Homme
CNDH	Conseil national des droits de l'Homme
COPE	Centre d'Orientation et de Planification de l'Education
COSEF	Charte nationale d'éducation et de formation
CNAOP	Centre nationale d'accès aux origines personnelles
CEDAW	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CCPR	Comité des droits de l'Homme
CRC	Comité des droits de l'enfant
COSEF	Commission spéciale d'éducation et de formation
CES	Conseil Economique et Social
CNSS	Caisse nationale de la sécurité sociale
CEDH	Conventions européenne des droits de l'Homme
CFAS	Code de l'action sociale et des familles
CA crim.	Cour d'appel criminelle
CNRS	Centre nationale de la recherche scientifique
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes
Cass. civ	Cassation civile

CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
DP	Recueil périodique Dalloz
dir.	direction
ECOSOC	Conseil économique et sociale des Nations Unies
EPM	Programmes Education pour tous
ENSME	L'Enquête Nationale sur la Santé de la mère et de l'enfant
ECLJ	<i>European Centre for Law and Justice</i>
FMI	Fond monétaire international
GISTI	Groupe d'information de soutien des immigrés
HFEA	<i>Human fertilisation and embryology authority</i>
HCP	Haut-commissariat au plan
ISM	Institut Supérieur de la Magistrature
IAI	Instance d'arbitrage indépendante
IDH	Indice du développement humain
IMP	Indice multidimensionnel de pauvreté
INDH	Initiative Nationale du Développement Humain
JCP	Jurisclasseur périodique
JDJ	Journal du droit des jeunes
LOPPSI	Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure
MDSFS	Ministère du Développement Social, de la Famille et de la Solidarité
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONU	Organisation des Nations Unies
ONG	Organisation non gouvernemental
OIT	Organisation internationale du travail
OMDH	Organisation marocaine des droits de l'Homme
ONED	Observatoire national de l'enfance en danger
ONDE	Observatoire National des droits de l'enfant
Ohchr	Haut-commissariat aux droits de l'Homme
OMS	Organisation mondiale de la santé
obs.	observation
op. cit.	<i>opus citatum</i>
préc.	précédent
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PIB	Produit intérieur brut
PJJ	Protection judiciaire de la jeunesse
PANE	Plan d'Action National pour l'Enfance
PMA	Procréation médicalement assistée
PAS	Programme d'ajustement structurel
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDP	Revue droit public

rdth	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
Rép. Civ	Répertoire de droit civil
Rép. Pén.	Répertoire de droit pénal
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJPF	Revue juridique Personnes et Famille
RTD Civ.	Revue Trimestrielle de droit civil
RTDSS	Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social
RAMED	Régime d'assurance maladie obligatoire
RFDA	Revue française de droit administratif
RAJS	Revue d'action juridique et sociale
RG	Registre
SDN	Société des Nations
SONU	Soins obstétricaux et néo-natals d'urgence
SEAT	Service éducatif auprès des tribunaux
TGI	Tribunal de grande instance
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'enfance
UNFPA	Fonds des Nations Unies pour la population
UNIFEM	Nations Unies pour la Femme
UPE	Unités de Protection de l'Enfance
UMR	Unité mixte de recherche
UDAF	Unions départementales des associations familiales
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation la science et la culture
Vol.	Volume

Sommaire

<i>Introduction</i>	11
<i>Première Partie Les droits de l'enfant : une histoire de consécration</i>	29
<i>Titre I : La reconnaissance universelle des droits de l'enfant</i>	31
<i>Chapitre I : La conception philosophique des droits de l'enfant</i>	33
<i>Chapitre II : La garantie formelle des droits de l'enfant</i>	53
<i>Conclusion du Titre I</i> :.....	99
<i>Titre II : Une universalité confrontée à certaines réticences</i>	101
<i>Chapitre I : La perception des droits de l'enfant en droit musulman</i>	103
<i>Chapitre II : Le complexité du contexte des droits de l'enfant au Maroc</i>	155
<i>Conclusion du Titre II</i> :.....	204
<i>Conclusion de la Première Partie</i> :.....	206
<i>Deuxième Partie Les droits de l'enfant : une dynamique de concrétisation</i>	209
<i>Titre I : L'établissement de l'effectivité de la CIDE</i>	211
<i>Chapitre I : L'applicabilité de la CIDE en droit français et marocain</i>	213
<i>Chapitre II : La mise en œuvre de la CIDE en matière familiale en France et au Maroc</i> ...	277
<i>Conclusion du Titre I</i> :.....	369
<i>Titre II : A la recherche d'une effectivité des droits de l'enfant répondant aux différents contextes</i>	373
<i>Chapitre I : La nécessité de limiter les débordements de la logique des droits de l'enfant en France</i>	375
<i>Chapitre II : La nécessité de palier les manquements au respect des droits de l'enfant au Maroc</i>	431
<i>Conclusion du Titre II</i> :.....	466
<i>Conclusion de la Deuxième Partie</i> :.....	468
<i>Conclusion générale</i>	471
<i>Bibliographie</i>	477
<i>Annexes</i>	527
<i>Index</i>	583
<i>Tables des matières</i>	587

Introduction

1. L'interrogation qui a suscité l'étude des droits de l'enfant en droit français et en droit marocain est celle, paradoxalement, de l'omniprésence de cette question dans le premier et l'occasionalité de celle-ci dans le deuxième. Ces deux aspects qui caractérisent chaque système étudié constituent un résultat normal de deux approches différentes. Si pour le premier, le droit est le régulateur social par excellence, le deuxième se fonde sur d'autres règles normatives qui cohabitent avec le droit. Néanmoins, la réponse à l'interrogation de l'omniprésence et de l'occasionalité des droits de l'enfant est l'objet même de toute cette étude.

2. C'est pourquoi, il s'avère important de savoir comment le droit prend une place prépondérante dans un système qui ne reconnaît pas légalement les autres normes. Dans ce contexte, le droit évolue, se métamorphose, se fragmente, prend des formes nouvelles pour se pérenniser et ce, pour continuer à satisfaire l'Homme. Désormais, l'heure est aux droits de l'enfant comme nouvelle forme du droit actuel.

En effet, les droits de l'enfant témoignent de l'évolution du concept de droit, à partir d'un droit objectif en tant qu'ordre juridique, à une prérogative individuelle pour satisfaire un intérêt personnel, aux droits de l'Homme déclarés, pour aboutir finalement à des droits spécifique à l'enfant. D'ailleurs, les droits de l'enfant ne sont-ils pas qu'une fusion entre la passion du droit et la passion de l'enfant¹?

Au début c'est le droit objectif...

3. Il est certain que « toute vie sociale repose, en partie, sur une organisation juridique », qu'il n'y pas de société sans droit, même dans les anarchies les plus totales. Mais, l'idée de droit en tant qu'abstraction est « le fruit d'une réflexion millénaire qui, émane de jurisconsultes, d'initiés et de juristes... »². Dans ce sens, le droit constitue un ordre, un système juridique

En effet, l'époque actuelle confirme que jamais auparavant, l'homme n'avait fait un recours abondant au droit pour régler ses rapports sociaux qu'au jour d'aujourd'hui. Elle croit donc fortement et plus que jamais au droit, comme principal régulateur de la société humaine.

¹ Philippe DE DINECHIN, « La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l'homme », thèse de Doctorat, Jean Michel BLANQUER (dir.), Université de Paris 3, 2006, p. 455

² Gérard CORNU, *Droit civil introduction Les personnes Les biens*, Montchrestien, 11^{ème} édition, p.11

D'ailleurs, il est désormais moins fréquent de régir les relations humaines en dehors du droit et ce, même dans les relations les plus intimes, celles que peut avoir une mère avec son enfant.

4. On assiste comme le décrit le doyen Carbonnier à l'émergence d'une passion de droit qui « a un ressort psychologique », « une dimension sociologique » et « une répercussion politique ». Ainsi, ce sont les individus qui consomment et réclament toujours plus de droit, devenu la projection de leurs passion individuelles » encouragés au niveau sociologique par « toute une classe juridique (...) qui veut ordonner la société par la loi, le décret, le jugement et la circulaire ». En conséquence, politiquement « la production normative, à tout problème ou demande sociale sa norme, devient une méthode de gouvernement(...) »³.

5. À mesure que la société se développe, la place laissée au droit s'élargie de plus en plus. Ainsi, « juridicisation et judiciarisation accompagnent le processus de développement des sociétés démocratiques individualistes⁴ ». En effet, les mœurs, la coutume, la morale, la religion et d'autres manières de se conduire dans une société s'appauvrissent devant la force du droit. La sécularisation de la société pousse les individus à « s'émanciper à l'égard de toute obligation de nature⁵ », de toute « intériorisation de normes » pour une « normativité qui se conçoit à distance d'une normalité essentielle » : une nouvelle forme « d'extériorisation de la règle »⁶.

6. Pourtant, « le droit est infiniment plus petit que l'ensemble des relations humaines⁷ » puisque « la conduite humaine est régie par d'autres système 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 commun. C'est une véritable source de droit⁸ ». C'est pourquoi, il est impossible que le droit puisse gérer, à lui seul, la conduite humaine dans une société.

³ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit dans la Ve République*, Flammarion, Paris, 1996, p.276

⁴ Brigitte FRELAT-KAHN, « Entre nature et contingence : de la normalité à la normativité », *Le Télémaque* 2/2009 (n° 36), p.47

⁵ Brigitte FRELAT-KAHN, *op. cit.*, p. 48

⁶ Idem

⁷ Jean CARBONNIER, Extrait de : *Trois thèmes de sociologie du droit* par Jean Carbonnier CD « Les grands juristes contemporains » ©LADEF sur le site : <http://expocujas.univ-paris1.fr/Carbonnier/non-droit.html#vid3a>

⁸ Idem

7. Ce recours abondant au droit est devenu une sorte de sécurité pour l'individu. Si avant, lorsque l'individu sentait du droit autour de lui avait le sentiment d'être serré et d'étouffer. Aujourd'hui, il se sent plutôt en confiance, en assurance et dans des bonnes mains. « C'est ainsi qu'il semblerait que l'exigence de sécurité, l'importance de dispositifs et de règlements visant au contrôle des individus, n'apparaissent pas comme des atteintes aux libertés mais comme garantie de confort et d'indépendance⁹ ». Le droit alors protège l'individu de l'autre, individu ou Etat, proche ou étranger. Il protège également ses biens, ses passions et ses désirs. Autrement et juridiquement dit, le droit protège ses droits.

8. La demande des individus de plus de droits est encouragée par une classe sociale qui a pour mission, le « prosélytisme » du droit. D'ailleurs, « beaucoup plus fréquemment qu'autrefois, il est devenu indispensable aux sujets de droit d'aller consulter l'homme du droit, avocat ou notaire, en son cabinet ou en son étude¹⁰ ». L'accès au droit étant inabordable pour tout le monde, l'Etat déploie ses moyens pour aplanir la voie au droit en engageant des accompagnateurs, des assistants car le premier producteur du droit est l'Etat. L'inflation législative est la première conséquence à ce recours passionnel au droit par les individus. La légifération devient la fonction par excellence du parlement dont il devient la machine à produire des lois. Pourtant, « si tous les besoins législatifs étaient réels, l'inflation des lois serait constamment neutralisée. Ce sont les faux besoins qui ont une action inflationniste¹¹ ». C'est précisément contre cela que Portalis¹² a mis en garde en parlant des excès de la législation : « Il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation¹³ ».

Cela ne nie pas le fait qu'il y a des lois qui sont, véritablement, élaborées pour répondre à des nouveaux besoins. Cependant, malgré cela il existe « des besoins artificiels, voire imaginaires¹⁴ ».

9. En outre, la « familiarisation » du droit constitue un des effets de la passion du droit. Pourtant, le droit n'est pas fait pour qu'il soit un « passe-partout » ou simplement « un bouche-trou ». Certes, il a une fonction technique, mais il a aussi une fonction symbolique importante. Avec la « familiarisation » des normes par inflation juridique, ces dernières

⁹ Brigitte FRELAT-KAHN, *op. cit.*, p. 48

¹⁰ Jean CARBONNIER, *op. cit.*, p. 95

¹¹ *Idem*, p. 110

¹² Jean-Étienne-Marie PORTALIS est né au Beausset (Provence) le 1^{er} avril 1746 et mort à Paris en 1807. Juriste, philosophe et homme d'Etat, il fut l'un des rédacteurs principaux du Code civil sous le régime de Napoléon.

¹³ PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} Pluviôse an IX.

¹⁴ *Idem*

« agissent comme tiers et comme tiers non symbolique. En effet, aucun sens autre que l'usage qui les motive et qui rend compte de leur énoncé n'est à chercher dans les lois. Les lois ainsi font normativité parce qu'elles donnent à voir les relations entre phénomènes. Elles ne renvoient à rien d'autre qu'à cet ordre des choses ; elles ne pointent aucun signe d'un autre champ ou d'un ailleurs infra ou supra¹⁵ ». L'aspect technique de la norme prend le dessus pour qu'à la fin celle-ci devienne uniquement une réponse aux demandes des individus et des groupes.

10. Par ailleurs, il est vrai de dire que « trop de droit tue le droit » puisque l'un des premiers effets de ce recours démesuré aux normes juridiques est la dévalorisation du droit. Elle se reflète donc, d'une part par une « désobéissance généralisée¹⁶ » des lois. C'est-à-dire que ces dernières ne sont finalement que des vitrines de l'Etat dit « de droit ». Ainsi, on se retrouve devant des lois qui ne sont appliquées par personne et dans la plupart des cas inapplicables. Cela est bien fréquent dans des Etats autoritaires et dans les pays moins développés. D'autre part, la dévalorisation du droit se traduit par une systématisation de législation dès qu'un fait ou un événement survient dans la société soit à la demande d'un groupe ou des individus. Ainsi, le droit devient le moyen de répondre aux désirs et aux passions des sujets de droits. Ce cas de figure est plus fréquent dans les Etats démocratiques et développés.

11. Bien que les individus aient plus confiance au droit pour régler leurs affaires que les autres systèmes normatifs internes, cela ne veut pas dire qu'ils arrivent à connaître toutes les lois existantes, adhérer et participer à leur application. Il est important de savoir qu'une loi doit d'abord être réceptionnée par la société. Elle ne suffit pas qu'elle soit publiée dans un Bulletin Officiel. Le doyen Carbonnier parle de quatre niveaux de la réception du droit: la connaissance, l'adhésion, la participation et l'entrée dans les mœurs¹⁷. « L'apogée » de la réception d'une loi est qu'elle s'intériorise chez le receveur. Quand le droit entre dans les mœurs, le pari de celui-ci est gagné. A ce moment-là, c'est la conscience qui fait la loi et non pas une loi faite avec conscience.

12. De toute évidence, la société a besoin de droit comme elle a besoin d'autres systèmes normatifs. Sa force de contrainte est nécessaire pour régler les relations et les comportements sociaux qui ne peuvent en aucun cas être gérés que par la conscience et la

¹⁵ Brigitte FRELAT-KAHN, *op. cit.*, p.51

¹⁶ *Idem*, p. 111

¹⁷ Jean CARBONNIER, *op. cit.* p.101-105

morale. En revanche, dans une société d'humains, le droit doit être en principe le dernier recours. Ainsi, la loi restera qu'« un mal nécessaire. Puisqu'il faut une contrainte pour faire faire aux gens ce qu'ils devraient faire spontanément ¹⁸». D'ailleurs, il est vrai que « moins les principes obligent plus les normes s'imposent et plus on assiste à une inflation des règles¹⁹ ».

Ensuite, les droits subjectifs...

13. Plus paradoxalement, si le droit est là pour objectiver les relations entre individus, de séparer les sphères d'appartenance de chacun et de rendre à chacun ce qui lui appartient, sa prise en compte de facteurs proprement subjectifs le met dans une impasse insurmontable.

14. De la sorte, le mot droit est un mot double : d'une part, il fait référence aux Codes, aux règles et aux institutions qui gouvernent la vie sociale mais qui ne visent aucune personne déterminée parce qu'elles sont présumées être générales, d'autre part le droit « peut être senti par l'individu comme une réalité subjective : j'ai le droit de faire ceci, de ne pas faire cela (...) ²⁰». Ces prérogatives individuelles appelées droit subjectif s sont l'œuvre même du droit objectif. C'est sous l'égide de ce dernier que les droits subjectifs naissent et se réalisent²¹. Les droits subjectifs sont accordés à leurs titulaires : les sujets de droit qui bénéficient d'une certaine liberté, d'une faculté et d'un « pouvoir d'agir » pour satisfaire leur intérêts personnels. Par ailleurs, les droits subjectifs sont garantis par le droit objectif. Sans cette base légale, les droits subjectifs ne peuvent pas exister. C'est ainsi que le droit objectif est également une limite aux droits subjectifs, une garantie sous contrôle et une sanction sous condition²².

15. Si le modèle classique est de partir du droit objectif et les droits subjectifs en découlent, désormais, le droit est reconstruit spécialement à partir des droits subjectifs. De la sorte, le droit objectif est devenu un réseau de prérogatives individuelles²³. Tout le droit aujourd'hui se trouve submergé par la montée des droits subjectifs dont le droit de la famille. La subjectivisation du droit familial consiste « à réduire le droit de la famille à une collecte de droits subjectifs établis sur la tête de chacun de ses membres, homme, femme, enfant ²⁴ ». Mariage, divorce, autorité parentale, adoption, filiation, etc. sont des institutions de droit de la

¹⁸ Raymond VERDIER, *Jean Carbonnier 1908-2003 écrits*, PUF, 2008, p. 1525

¹⁹ Brigitte FRELAT-KAHN, *op. cit.*, p.47

²⁰ Jean CARBONNIER, « *Summum jus, summa injuria* », Texte inédit sur le site : <http://expocujas.univ-paris1.fr/Carbonnier/non-droit.html#vid3a>

²¹ Gérard CORNU, *op. cit.*, p.15

²² Gérard CORNU, *op. cit.*, p.28

²³ Jean CARBONNIER, *op. cit.*, p.121

²⁴ Gérard CORNU, *Droit civil La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, p.20

famille traversées par des notions démesurées comme le droit à la liberté, le droit à l'égalité, le droit à la vérité biologique, le droit à l'enfant, etc. En effet, les droits subjectifs dans la famille fixent les prérogatives individuelles de chaque membre du groupe en oubliant que ces derniers « vivent les uns avec les autres et les uns pour les autres²⁵ ». Alors que le droit objectif en déterminant l'institution met en équilibre tous les intérêts, les droits subjectifs les affrontent en les dressant l'un contre l'autre. Ainsi, on trouve les droits de l'enfant face aux droits des parents, les droits des titulaires de l'autorité parentale face aux droits des tiers, notamment le beau parent, les droits de la mère d'accoucher dans le secret face au droit de l'enfant à connaître ses origines, le droit du parent biologique face au droit du parent effectif, l'intérêt de l'enfant face à l'intérêt général...

Et les droits de l'Homme...

16. La montée des droits subjectifs est une conséquence évidente de l'exaltation individualiste des droits de l'Homme. Ces derniers sont désormais considérés comme des valeurs fondatrices des sociétés modernes. En effet, la majorité des Constitutions du Monde s'y réfèrent systématiquement, notamment dans leur Préambule. Cependant, étant donné que les droits de l'Homme sont « rationnels et abstraits²⁶ », ils devaient être codifiés et ensuite déclarés. Affirmant la reconnaissance de la dignité humaine, de la liberté et de l'égalité de tous les êtres humains en droits, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 déclare des droits inhérents à la nature humaine, imprescriptibles, inaliénables, sacrés et indiscutables²⁷. Cette Déclaration adoptée par l'Organisation des Nations Unies s'inspire amplement de La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen rédigée au début de la Révolution française en 1789. Ainsi, la Déclaration reprend et précise les principes énoncés en 1789 mais étend considérablement le champ des droits de l'homme : droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels sont réunis dans un seul et même texte. De même pour la Convention européenne des droits de l'Homme signée en 1950. Ce texte de nature contraignante dont les dispositions ont force de loi est appliqué par la Cour européenne

²⁵ Idem

²⁶ Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, p. 271

²⁷ Roger Koussetogue KOUDE, « Les droits de l'Homme : De l'intuition universaliste à l'universalité récusée », RDTH, n°68, 2006, p. 918. L'auteur de cet article précise que le fait que les droits prescrits par la Déclaration des droits de l'Homme sont indiscutables constitue « le côté un peu dogmatique des droits de l'homme et le caractère déclaratif des textes qui les proclament. En effet, pour les déclarants, il s'agit de «droits a priori» inhérents à la nature même de l'homme. Les mots sont gravés dans le marbre, les constituants n'ont eu pour seule mission que de les faire constater (d'où l'idée de «déclaration», du Latin «declaratio», qui veut dire action de faire constater, de montrer clairement). Dès lors, «la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, inviolables et sacrés» devient un devoir pour les gouvernants qui n'ont d'autres choix que de les reconnaître! Ce qui rend impossible toute contestation de ces droits de l'homme proclamés, y compris la résistance à l'oppression... »

des droits de l'homme qui contrôle le respect et la protection des droits de l'Homme dans les différents États signataires.

Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'Homme marque une nouvelle étape dans l'histoire des droits de l'Homme puisqu'on leur a conféré un caractère universel, consensuel protégé par la Communauté internationale. Cependant, l'universalité des droits de l'Homme comme elle a été déclarée par la Déclaration suscite beaucoup d'interrogations.

17. Toute la dynamique des droits de l'Homme tracée par l'histoire, reconnue jusqu'à ce jour juridiquement, politiquement et sociologiquement, est le résultat d'un contexte intellectuel et philosophique qui a dominé progressivement en Europe au XVIIe et au XVIIIe siècle²⁸. Cependant, on ne trouve aucune trace des autres pays ni d'autres cultures juridiques et sociologiques. Du reste, le concept même des droits de l'Homme est lié à la reconnaissance de la primauté de l'individu contre une vision *holiste* qui caractérisait l'antiquité gréco romaine, au droit naturel qui ne renvoie plus ni au Cosmos ni à Dieu mais à la nature humaine et aux droits subjectifs comme droits inhérent à la personne humaine. Finalement, l'idéologie des droits de l'Homme est un produit de la pensée des Lumières appartenant à l'horizon spécifique de la modernité occidentale. En effet, William Schutz déclare 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 acceptées²⁹ ». Certes, l'acceptation des autres cultures juridiques est virtuelle, éventuelle, c'est-à-dire sans effet.

18. Plus concrètement, la Déclaration des droits de l'Homme a été le produit d'une sortie de guerre atroce, consentie par les pays vainqueurs qui ont été soutenus par leurs colonies. C'est pourquoi le résultat derrière l'affirmation de l'universalité des droits de l'Homme est que ces derniers resteront pour une grande majorité de l'humanité une espèce de mirage.

En revanche, les droits de l'Homme dans leur portée basique, c'est-à-dire des attributs subjectifs de la personne humaine comme la dignité par exemple constituent des valeurs partagées par tous les humains et reconnus par la plupart des systèmes juridiques.

Finalement, les droits de l'enfant ...

19. Ainsi, dès son premier article, la Déclaration universelle des droits de l'Homme affirme que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits », « que

²⁸ Danièle LOCHAK, *Les droits de l'Homme*, La Découverte, 3^{ème} édition, 2009, p.7

²⁹ William SCHUTZ, « Power, Principles and Human Rights », *in the National Interest*, Washington, 2002, p. 117.

chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration » sans aucune distinction³⁰ même sur le fondement de l'âge. La référence à l'être humain en générale et à la naissance comme début de l'acquisition des droits de l'Homme sans aucune distinction d'âge ont été des indices qui ont permis l'application des droits de l'Homme en général à des groupe plus spécifiques dont les enfants³¹. En effet, l'accès de l'enfant aux droits de l'Homme a été implicitement reconnu par la Déclaration et les Conventions relatives aux droits de l'Homme. Toutefois, le seul article qui évoque l'enfant affirme 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 spéciale³² ».

20. Comme les droits de l'Homme, les droits de l'enfant ont d'abord une origine philosophique. Ainsi, la reconnaissance juridique a été précédée et préfacée par la découverte de l'enfance en tant que groupe social et du statut de l'enfant avec la période du rationalisme pendant le siècle des Lumières. Des réflexions sur l'enfant et précisément sur la période de l'enfance commencent à voir le jour, élaborées par des philosophes assoiffés de rationalité, de liberté et de progrès. Ces derniers ont trouvé dans l'enfance le renouvellement, l'espérance et un potentiel intellectuel illimité. L'enfant représentait pour eux un objet d'éducation inédit et ce, malgré leur mépris de son ignorance, de l'absence de la raison, de sa faiblesse etc. Ainsi, l'image négative de l'enfant chez Aristote comme chez Platon ainsi que chez d'autres philosophes n'a pas empêché ces derniers de manifester une préoccupation pédagogique très forte³³ vis-à-vis de l'enfant. La considération portée à l'éducation de l'enfant trouvera tout son sens grâce à la philosophie de Locke et plus particulièrement celle de Rousseau. De cette manière, même la vision sur l'enfance a commencé à changer vers celle d'une période positive de la vie de l'être humain. A partir de ce moment, l'enfance correspond à un temps d'innocence qui mérite d'être respecté pour ce qu'il est³⁴. Ce qui constitue une vraie reconnaissance de la nature particulière de l'enfant.

21. Cela dit, la prise en considération de la particularité de l'enfant et de son besoin d'une protection juridique appropriée constitue la raison pour laquelle il fallait consacrer un instrument juridique propre à l'enfant. Néanmoins, avant l'adoption de la Convention

³⁰ Article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme

³¹ Pourtant, étant donné que les droits de l'Homme visent l'individu dans son essence et sa totalité, ils ont toujours ignoré les catégories.

³² Article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme

³³ Vincent LEGRAND, « La naissance de l'enfant dans l'histoire des idées politiques », *CRDF*, n° 5, 2006, p.13

³⁴ Cf. Dominique YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, Questions d'éthique, Paris, 2002, pp.14-25

internationale des droits de l'enfant le 20 novembre 1989, l'enfant n'était pas totalement opprimé, notamment dans les pays de culture occidentale. En France, la condition des enfants s'améliorait progressivement grâce aux premiers textes législatifs de caractères protecteurs du XIXe siècle : La loi du 28 juin 1793 qui fait obligation pour la nation de s'occuper des enfants abandonnés, la loi de 1841 qui limite le travail des enfants dans les fabriques, la loi de 1882 qui rend l'instruction publique obligatoire et la loi du 24 juillet 1889 qui instaure la déchéance de l'autorité parentale³⁵. Puis l'ordonnance du 2 février 1945 qui modernise le droit pénal de l'enfant fondée sur une approche éducative plutôt que répressive en créant le juge des enfants. Enfin l'ordonnance du 23 décembre 1958 qui met l'enfant en danger sous tutelle étatique. La consécration des droits élémentaires de l'enfant a été suivie par une reconnaissance de celui-ci en tant que sujet de droit, notamment dans ses relations les plus intimes avec ses parents. Les lois accordant une place centrale à l'enfant ont « pénétrées encore timidement dans le bastion familial, ouvrant progressivement la voie à la conversion plus tardive de la puissance paternelle en fonction plutôt qu'en pouvoir, dans l'un des domaines les plus préservés du droit civil³⁶ ». C'est justement en matière de l'autorité parentale que la notion d'intérêt de l'enfant est dégagée comme un instrument de mesure et un critère de décision en cas de conflits d'intérêt.

22. De la sorte, le droit français prend en compte progressivement « l'intérêt de l'enfant » distingué de celui de ses parents. Bien avant « l'intérêt supérieur de l'enfant » proclamé par la CIDE dans l'article 3-1, la législation française comme la jurisprudence faisait référence à l'intérêt de l'enfant. À titre d'exemple, la loi du 22 juillet 1987 relative à l'autorité parentale a mentionné trois fois l'intérêt de l'enfant dans les articles 287, 278-1, et 287-2 du Code civil. De même pour son décret d'application qui permettait au juge dans l'article 1186 du Code de la procédure civile, d'aviser l'enfant de son droit d'être assisté d'un conseil « chaque fois que l'intérêt de celui-ci le requiert ». En outre, la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce permettait au juge dans l'article 232 du Code civil de « refuser l'homologation de la convention réglant les conséquences du divorce et de ne pas le prononcer s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts de l'enfant ou de l'un des époux »³⁷. Quant à la jurisprudence, la Cour d'appel de Paris n'a pas hésité à

³⁵ Pierre VERDIER, « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », *Enfance et Psy*, 2009, n° 43, p.86

³⁶ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Les droits de l'enfant. A la recherche d'un équilibre entre parents et enfants* » in *L'enfant et les Conventions internationales*, Colloque, PUF, 1996, p. 34

³⁷ 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°3, 2003, pp.79-80

affirmer dans un arrêt du 30 avril 1959³⁸ que « l'ensemble de droit reconnu aux parents...leur sont conférés par la loi non dans leur intérêt personnel, mais dans l'intérêt de l'enfant ».

23. Il est donc essentiel d'affirmer que le droit français n'a pas attendu la signature de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 pour améliorer la situation juridique de l'enfant. D'ailleurs, dans un rapport de la Commission des lois sur les droits de l'enfant de la séance du 16 novembre 1989, il a été affirmé que « le droit positif français est globalement en conformité avec le texte de la Convention », « que le système juridique applicable aux mineurs en France est globalement compatible avec les dispositions de la Convention et en avance sur certains points » ce qui permettra une ratification de la CIDE sans trop de difficultés³⁹. Cependant, « il peut y avoir des manques ou des incohérences, à l'intérieur d'un droit qui dans son principe n'est pas scandaleux⁴⁰ » comme le représente bien l'exemple de la France. En conséquence, « il est évident que des améliorations substantielles soient faites au droit actuel, et surtout au fonctionnement de la justice⁴¹ ».

24. La remarque que nous allons faire sur ce point est que l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant a été, pour les Etats démocratiques et développés, un aboutissement qui va être ensuite exploité pour perfectionner tout le dispositif interne relatif à l'enfant. Dans ce contexte l'enfant bénéficie, bien avant la ratification de la CIDE, d'une protection juridique et d'une intention particulière de la part du législateur et de l'Etat, résultat d'une évolution progressive de l'esprit et de la pratique. Pour les autres signataires de la Convention, notamment pour les pays en voie de développement, la signature de la Convention est un début « brutal » de la question des droits de l'enfant.

25. Ainsi, pour le Maroc objet de notre étude, il s'agit également d'un point de départ, d'une prise de conscience tardive dans un contexte moins favorable que celui de la France. D'ailleurs, les droits de l'enfant ne vont être découverts de la sorte par les pays « du Sud » qu'après l'apparition des premiers textes internationaux relatifs à l'enfance, notamment après l'adoption de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959. Pendant l'adoption du premier texte relatif aux droits de l'enfant qui date de 1924 dite « Déclaration de Genève », le Maroc était encore sous le régime de protectorat français. Ce n'est qu'après son

³⁸ CA Paris, 30 avril 1959, D. 1970, p.673 : note Jean CARBONNIER

³⁹ Irène THERY, Les nouveaux droits de l'enfant in *Le démariage, justice et vie privée*, Odile Jacob, 1993,97 août 2001, (note17) p. 413

⁴⁰ Irène THERY, *op. cit.* , p.414

⁴¹ Idem

indépendance et son adhésion à l'Organisation des Nations Unies le 12 Novembre 1956 que le Maroc a commencé à s'intéresser à la question générale des droits de l'Homme et plus tardivement à celle des droits de l'enfant.

L'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant par la Communauté internationale le 20 novembre 1989 a été l'occasion pour les Etats où les enfants ne bénéficient pas encore de leurs droits fondamentaux d'affirmer leur engagement en les reconnaissant avant de les mettre en œuvre.

26. Il est certain que le succès qu'a connu la CIDE grâce à son catalogue complet des droits substantiels, civils, politique, économique et socioculturel ; à son caractère juridique contraignant, au nombre de ratifications, à sa diffusion sans précédent et en conséquence, aux éloges et aux critiques qu'elle a suscité, témoigne que cet instrument est bel et bien exceptionnel par rapport aux autres convention relatifs à l'enfant . Il est comme le décrit Guillemette Meunier « un instrument de consensus et de compromis entre valeurs, convictions, cultures et traditions propres à la population mondiale⁴² ». Pourtant, qui pouvait « vraiment prédire le succès de la Convention⁴³ » vu les obstacles qui ont entravé et qui entravent encore son efficacité.

27. Entre les réserves émises contre certaines de ses dispositions, les critiques suscitées par son idéologie « des nouveau droits de l'enfant », la question de son applicabilité et son inefficacité dans la pratique, la Convention à l'avenir incertain a pu résister à tous ces pressions⁴⁴.

28. En revanche, il ne faut pas nier qu'il existe bien des réticences qui ne sont pas insensés. Que certes, la Convention soit venue avec « une démarche totalement nouvelle » à l'égard de l'enfance⁴⁵ et que celle-ci ne donne aucune garantie contre les dérives de la logique des droits de l'enfant. Toutefois, sans remettre en cause le statut de la CIDE aujourd'hui, sa ratification a créé, que ce soit pour la France ou pour le Maroc, des changements positifs, telle que l'évolution des droits de l'enfant et la primauté de « son intérêt supérieur » tout en ayant engendré des problèmes méconnus auparavant.

⁴² Guillemette MEUNIER, *L'application de la Convention relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, L'Harmattan, 2002, p.11

⁴³ Hugues FULCHIRON, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gazette du Palais*, 08 décembre 2009 n° 342, p. 15

⁴⁴ Idem

⁴⁵ Irène THERY, *op. cit.* , p. 412

29. Ainsi, l'avènement des droits de l'enfant en droit français d'une façon accaparée, notamment dans le droit familial n'a pas tardé à remettre en cause l'évidence de quelques principes fondamentaux de ce droit et de « faire imploser ou exploser, des pans entiers de notre système juridique ? ⁴⁶».

En ce qui concerne le droit marocain, nous allons démontrer que les réticences ici sont d'une autre nature. Ils constituent plutôt, l'autre extrême de ce qui se passe en droit français. En parallèle d'un débordement de la logique des droits de l'enfant en droit français, il existe dans « l'autre rive » un manquement dans la protection des droits de l'enfant.

30. Il faut donc se rendre à l'évidence que la CIDE ne crée pas un « enfant supranational⁴⁷ » dont les préoccupations et les attentes sont partout identiques. Pourtant, qui donc n'est pas d'accord avec la disposition de la CIDE qui prévoit que l'enfant a un droit à la vie, que dès sa naissance il a le droit à une identité, à une nationalité et à connaître ses parents ...quand celui-ci ne va jamais voir le jour parce que l'hôpital manquait de lit d'accouchement et que sa mère a eu une hémorragie que la sage-femme n'a pas pu arrêter dans l'absence du médecin ? Qui ne reconnaît pas avec la CIDE, que la famille est le milieu naturel de l'enfant et que celui-ci a le droit de vivre et d'être éduqué par ses parents...lorsque le père célibataire abandonne son enfant à la porte de l'hôpital ou à l'entrée d'une mosquée parce que le père chômeur ne veut pas reconnaître l'enfant parce qu'il n'a pas les moyens de s'en occuper et que lui-même vit encore avec ses vieux parents ? Pourquoi être hostile à une liberté de pensée de l'enfant, à une liberté d'expression ou même à sa liberté religieuse sachant que ni à l'école ni au sein de sa famille, cet enfant a appris à parler librement. Cela, pour la simple raison que le maître d'école comme les parents ne bénéficient ou ne connaissent pas grand-chose de cette liberté.

31. Cette étude met en évidence l'idée que l'existence ou l'absence de mêmes droits ne renvoie pas forcément aux mêmes causes pour chacun des systèmes juridiques étudiés. En conséquence, l'instrument juridique utilisé afin de promouvoir les droits de l'enfant peut être différent puisqu'il ne dépend pas que de lui. En effet, d'autres considérations rentrent en jeu et fassent que le texte international soit plus efficace et effective dans un contexte et moins dans un autre. Dans une autre optique, l'interprétation des évidences érigées par la Convention comme celles de la définition même de l'enfant, celle de « mère » ou de « père » ou encore de

⁴⁶ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 15

⁴⁷ Jean HAUSER, « L'enfant supranational : Mythe ou réalité ? », Petites affiches, 03 mai 1995 n° 53, P. 36 ; Hugues FULCHIRON, Les conventions internationales, présentation sommaire in *L'enfant et les Conventions internationales*, Colloque, PUF, 1996, p. 19 et s. précis. p.24

ce que peut être l'égalité à laquelle l'enfant à droit peuvent être éprouvées, discutées et interprétées d'une façon extrêmement hétérogène⁴⁸. D'ailleurs, la banalité qui consiste à dire que l'enfant est étymologiquement celui qui ne parle pas n'est pas aussi évidente.

32. Le mot enfant en français vient du latin « *infantem* » et de « *infans* ». Cet « *infans* » plus précisément le « *in* » « *farer* » ou encore ce « *non farer* », est celui qui, dans le monde latin, ne parle pas : « enfant fils ou fille par rapport au père et à la mère. Du latin « *infans* », pour « *non fans* », fait de *fari*, parler, dérivé du grec « *phaô* ». Ainsi l'enfant serait celui qui ne sait pas encore parler »⁴⁹. Cependant le mot *infans* fait partie du monde latin, c'est-à-dire que pour les saxons par exemple, il ne s'agit pas évidemment du même mot et forcément de la même signification. *Child* en anglais a pris le sens de « sein », voir « les entrailles ». De même pour l'étymologie du mot *tifle* en arabe, traduction du mot enfant, elle ne fait pas référence à celui qui ne parle pas. Le mot *tifle* en arabe est tout né tendre et doux. Il signifie également une partie ou le début de quelque chose⁵⁰. En conséquence, quel enfant désigne-t-elle la Convention ? En fait loin des origines étymologiques, la CIDE définit l'enfant du point de vue de son âge. Ainsi, l'article 1 affirme qu' « au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans ». Cependant, les interprétations de chaque système juridique font parfois référence à l'étymologie du mot enfant pour fonder un avis juridique. De toute façon, l'étude des droits de l'enfant en droit français et marocain comprend l'enfant dans le sens donné par la Convention.

33. Cela dit, dans le système juridiques marocain, deux considérations vont être prises en compte : d'une part, la référence musulmane du droit, notamment le droit de la famille et forcément tout le droit relatif à l'enfant, et d'autre part : le contexte politique et la situation socioéconomique du Maroc qui n'est pas du droit mais il participe à sa réalisation symbolique et effective.

34. Le droit musulman constitue une des sources principales du droit marocain. En droit civil, commerciale et plus spécialement en droit de la famille, le renvoi au *fiqh* ou plus directement à la *Shari'a* est une démarche courante de la part du législateur et également de la

⁴⁸ Jacques COMMAILLE, « Les droits de l'enfant : Une universalité sans évidence » in *L'enfant et les Conventions internationales*, Colloque, PUF, 1996, p. 15

⁴⁹ Jean-Baptiste-BONAVENTURE DE REQUEFORT, *Dictionnaire étymologique de la langue Française*, premier Tome, 1829. p.273

⁵⁰ المعجم الوسيط

part du juge⁵¹. Le caractère composite du système juridique marocain fait que la règle juridique cohabite avec d'autres règles, d'origine morale, religieuse, coutumière etc.

En effet, le droit musulman est certainement une vision spécifique de la personne, puisque l'Islam a sa propre conception de l'homme quant à sa réalité essentielle et permanente, sa position présente et son devenir immédiat et lointain. De ce point de vue, la conception de l'enfant est très particulière en droit musulman. Ce qui signifie que les prérogatives accordées à l'enfant en tant que droit subjectif sont conçues différemment selon les sources scripturaires du droit musulman et par la jurisprudence. Cela revient d'abord à l'absence d'un concept des droits de l'enfant en droit musulman. L'utilisation du terme « droit » attaché au terme de « l'enfant » n'apparaît dans aucun texte originel ni dans aucune interprétation jurisprudentielle. Cependant, le statut de l'enfant, sa personnalité et sa capacité juridique, ce qu'on lui doit et ce qu'il doit aux autres sont des sujets traités abondamment en droit musulman.

La tâche consiste donc, dans cette étude, de rassembler tous ces éléments éparpillés dans les ouvrages de références et d'extraire ensuite ceux qui peuvent être considérés comme des droits de l'enfant. Afin d'éviter de tomber dans les multiples interprétations jurisprudentielles inactuelles qui cautionnent, parfois, une lecture littérale du droit musulman et dans le but de rendre plus dynamique le sujet des droits de l'enfant en droit musulman, il fallait reprendre

⁵¹ Il est essentiel ici de faire une distinction entre le terme *fiqh* et *Shari'a*. Le *fiqh* est traduit en français par droit musulman et *Shari'a* par la loi islamique. Ces deux termes ne sont pas synonymes ni au niveau linguistique ni au niveau épistémologique.

Fiqh signifie littéralement en arabe la vraie compréhension de ce que l'on recherche. Un exemple de cet usage peut être trouvé dans la déclaration du Prophète Mohamed qui dit: «A quiconque Dieu souhaite du bien. Il lui donne le *fiqh* (la compréhension correcte) du dīn (religion) (Rapporté par *Mu'âwiya* et rassemblé par *al-Bukhârî*, *Sahîh al-Boukhârî*, vol.4, n° 346, *Sahîh Muslim*, vol.3, n°4720, *Attarmidhî* et les autres).

Epistémologiquement, le *fiqh* se réfère à la science de la déduction des lois à partir de l'évidence trouvée dans les sources de la loi islamique. Il représente ainsi le savoir et les techniques produits et mis en œuvre par les interprètes autorisés de la loi et par les usagers du droit (Bernard BOTIVEAU, « Le droit islamique comme ensemble de normes et de valeurs, comme savoir et techniques, comme modes de réalisation d'une exigence sociale de justice » in « *une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.197)

La *Shari'a* au sens littéral signifie la mare où les animaux se ressemblent quotidiennement pour boire, ou bien la voie telle que le verset coranique l'entend:« Puis nous t'avons mis sur la voie. Suis-la donc et ne suis pas les passions de ceux qui ne savent pas (Coran : sourate 45 verset 18) ».

La *Shari'a* fait référence à l'ensemble des normes et des valeurs pratiques dont est constituée la religion musulmane. Cette dernière comporte deux aspects, l'un est théorique et théologique et l'autre pratique et législative. Ainsi, on peut dire que la *Shari'a* est l'aspect juridique de l'Islam. La loi musulmane est une forme de droit naturel, le produit d'une inspiration intuitive ou divine, énoncé ou transmis par un sage ou un prophète (Majid KHADDURI, « Le droit islamique dans la culture, la structure du style de vie islamique in « *une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.191)

En revanche, la *Shari'a* se caractérise par son aspect propre à elle et qui la différencie des lois positives.

Troisièmement, la loi positive ainsi que la *Shari'a* consiste à prescrire des règles et des recommandations et pour cette raison elles ont un aspect contraignant et utilisent des formules d'ordre ou de restrictions. La *Shari'a* ajoute aux formules de recommandations et d'interdictions d'autres qui expriment *annadbe, attarghib...alkaraha*.

Cela dit, c'est le *fiqh* ou la jurisprudence (au sens de *jurisprudencia*) qui garantit la flexibilité de la *Shari'a*. Alors si le *fiqh*, qui est le produit de l'effort de réflexion accompli par les humains finit par stagner et ne parvient plus à suivre l'évolution de la société humaine, la *Shari'a* demeurera une littérature sans vie.

approximativement les mêmes thèmes abordés actuellement en droit français et international tels que l'intérêt de l'enfant, la place de l'enfant dans la famille, l'enfant « individu » et le rôle des parents. Cette démarche ne pouvait être effectuée qu'en se référant directement aux seules sources porteuses de sens : les sources scripturaires du droit musulman.

35. La deuxième considération à prendre en compte, en traitant les réticences du droit marocain à la conception universelle des droits de l'enfant sous l'égide de la CIDE, est le contexte politique ainsi que la situation socioéconomique au Maroc. Le renvoi à des éléments trop généraux, loin du droit tels que le système politique marocain, la situation des droits de l'Homme, les aspects micro et macro-économique, le chômage et la pauvreté etc., constituent la plate-forme concrète des droits de l'enfant. D'ailleurs, cette dernière, en elle-même, impose un regard multidisciplinaire qui ne se limite pas au « droit ». Ainsi, les droits de l'enfant nous emmènent vers d'autres sciences, dont la philosophie, la psychologie, l'économie, le politique et la démographie.

L'étude des droits de l'enfant en droit marocain fait ressortir la particularité du contexte marocain, puisqu'entre la norme et la pratique se creusent un grand écart. L'explication de ce phénomène doit adopter une approche multidisciplinaire. Il s'agit d'analyser les aspects juridiques des droits de l'enfant dont les lois garantissant ces droits inspirés par la CIDE, ratifiée par la Maroc, la mise en œuvre de cette dernière par le législateur et son applicabilité par le juge interne. Outre l'analyse juridique, une analyse sociologique, politique, pédagogique et psychologique accompagnera « le droit ».

36. L'objectif, qui nous a poussé à entreprendre cette démarche est d'essayer de mettre le point sur l'idée que les droits de l'enfant doivent être conçus du point de vue de la pratique et non pas seulement de celui de la norme, d'insister sur ce qui est essentiel dans les droits de l'enfant : l'effectivité pratique. Comme le souligne Françoise Dékeuwer-Défossez : « l'effectivité des droits de l'enfant garantis 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 attention⁵² ». En effet, ce qui intéresse cette étude, ce n'est pas de rédiger dans des textes que les enfants ont des droits dans tel ou tel domaine, mais que ceux-là aient concrètement ces droits.

37. Cela dit, l'un des points essentiels de cette étude consiste à mettre en exergue l'effectivité de la CIDE. Ainsi, après la consécration des droits de l'enfant par le texte

⁵² Françoise DEKEUWER-DEFOSSZ, *Petites affiches*, 07 octobre 2010 n° 200, p. 35

international, accepté et ratifié par la majorité des pays du monde, le moment est venu pour que les Etats parties de fassent leurs preuves.

L'effectivité de la Convention des droits de l'enfant consiste à traduire ses dispositions dans le droit national de chaque Etat ainsi que dans les faits. Il s'agit, comme il a été précédemment cité, d'une effectivité normative et d'une effectivité dans la pratique. Ces deux façons de respecter la Convention sont contrôlées par le Comité des droits de l'enfant. Ce dernier émet des rapports dans lesquels il félicite les Etats parties des démarches effectuées en matière des droits de l'enfant comme il n'hésite pas à faire part de sa déception quant il constate des manquements en droit et dans les faits.

38. Ainsi, la France et le Maroc ont adapté leur législation à la nouvelle donne des droits de l'enfant que ce soit en matière familiale ou dans les autres domaines du droit. En revanche, l'intégration des dispositions de la CIDE dans le droit interne de chaque pays n'a pas le même degré. De même, en ce qui concerne la primauté de la règle internationale sur les règles du droit interne quant à son applicabilité directe par le juge. D'ailleurs, c'est ce point-là qui détermine vraiment l'effectivité normative de la CIDE. En effet, l'application directe des dispositions de la CIDE par le juge français est désormais acquise grâce au revirement jurisprudentiel de la Cour de cassation dans son arrêt du 25 mai 2005. Cependant, la question de l'application de la CIDE par le juge marocain n'est pas encore posée, d'autant plus qu'il existe encore, au Maroc comme en France, de lois moins respectives des droits de l'enfant.

39. Par ailleurs, l'effectivité dans la pratique constitue le baromètre révélateur du vrai respect de la CIDE. Or sur cette question, le Maroc et la France n'emprunte pas le même chemin. Il suffit de lire les rapports du Comité des droits de l'enfant ainsi que les rapports de l'UNICEF pour s'apercevoir de l'écart entre les deux pays.

L'étude entreprise met en évidence le problème que pose l'effectivité de la CIDE qui réside dans le fait, que ce qui est acquis pour les uns est à rechercher pour les autres. Ainsi, le droit de l'enfant à la vie saine et le droit à l'éducation sont effectifs en France tandis qu'au Maroc le manquement à ces droits est flagrant. Ensuite, ce qui est prioritaire pour les uns est secondaire pour les autres, comme l'illustre bien l'établissement du principe de l'égalité des filiations : le droit français, en reconnaissant d'autres formes d'union en dehors du mariage, il a été amené à régler en priorité l'égalité de la filiation des enfants issus de ces couples.

Quant au Maroc, la reconnaissance de la filiation hors mariage peut être secondaire compte tenu de l'interdiction légale de toute union en dehors du mariage. Finalement, ce qui est valable pour les uns est inacceptable pour les autres. Par exemple, l'individualisme de l'enfant

au mépris de la famille est inconcevable dans des droits tels que le droit marocain alors qu'en droit français les symptômes de cela commencent à apparaître malgré les résistances.

En conséquence, l'étude propose une effectivité de la CIDE qui s'adapte aux différents contextes étudiés comme réponse aux réticences envers le texte international.

40. Cela dit, l'étude des droits de l'enfant en droit marocain, dans son aspect positif et à travers la source du droit musulman ainsi qu'en droit français, part de l'idée phare que les sources consacrant des droits de l'enfant à partir des pensées philosophiques des Lumières, de la conception des droits de l'Homme jusqu'à la Convention relative aux droits de l'enfant ne résout pas la question de l'effectivité des droits de l'enfant dans les cultures juridiques qui n'ont pas vu naître tout cela dans leur contextes respectifs. Cette idée est renforcée, ensuite, par celle qui consiste à dire que l'universalité prétendue est confrontée, à son tour, à des réticences propres aux systèmes récepteurs des droits de l'enfant de la CIDE ainsi qu'à des résistances de la part des systèmes occidentaux. Ces deux points étudiés nous amènent, enfin, à conclure, qu'entre ses deux obstacles dont s'emmêlent le politique, l'économique et l'idéologique au juridique ce sont les droits réelles de l'enfant qui sont écartés sinon bafoués. La proposition alors de la recherche d'une effectivité des droits de l'enfant adaptée à chaque contexte s'avère essentielle. Cela conduit à substituer à la recherche de l'effectivité du texte international (la CIDE) la recherche de l'effectivité des droits de l'enfant tels qu'ils sont conçus par chaque système.

41. Pour répondre à cette problématique, il est indispensable de recourir à une étude qui invite deux systèmes juridiques dissemblables : un qui fait partie de la tradition juridique qui a donné naissance aux droits de l'enfant et l'autre parmi ceux qui se sont contentés de suivre le courant. Ces deux systèmes se rejoignent, pourtant, sur plusieurs points. L'étude du droit marocain et du droit français conjointement, notamment en droit comparé n'est pas inédite. Cependant, notre étude ne consiste pas essentiellement à comparer les deux systèmes juridiques, bien que des passages abordent les convergences et les divergences entre le droit français et le droit marocain. La comparaison qui consiste à faire une distinction entre deux types de systèmes juridiques nécessite un minimum de rapprochement entre ces derniers. En revanche et particulièrement sur le thème des droits de l'enfant, l'approche comme la démarche des deux systèmes sont apparues irréconciliables. En l'occurrence, nous avons opté pour une étude en parallèle de chaque système. En outre, étant donné que la problématique renvoie essentiellement aux sources des droits de l'enfant dans les deux systèmes marocain et français, il est impératif de faire appel au droit musulman , à la philosophie du siècle des

Lumières et brièvement aux droits de l'Homme. Toutes ces références sont traitées, analysées et critiquées dans des passages distincts. D'ailleurs et pour plus de précision, le droit musulman constitue une source centrale du droit marocain mais moins effective. C'est pourquoi le passage évoquant la conception musulmane des droits de l'enfant constitue plus spécialement un cadre théorique d'inspiration qu'une norme directement applicable en droit positif. Le reste de l'étude est consacrée au droit positif marocain actuellement appliqué, avec quelques explications d'origine *fiqhisme*.

De cette façon, cette étude essaye de traiter les données juridiques comme le résultat d'un processus socioculturel, étant donné qu'« un ordre juridique se place toujours dans un ensemble sociétal. Des connaissances sur la société tout entière dans lequel le droit visé est conçu et appliqué apparaissent indispensable; le cadre strictement juridique est donc trop étroit, car le droit reflète des réalités dont il dépend »⁵³.

42. Cela dit, l'étude des droits de l'enfant en droit français et en droit positif marocain à travers la source du droit musulman se traduit par deux idées : la première est que les droits de l'enfant sont, en premier lieu, une histoire de consécration. Avec les deux sens du mot « histoire » en tant que suite d'évènement et dans le sens d'une question, la consécration des droits de l'enfant est l'évènement phare qui a marqué l'histoire de l'enfance. Cette consécration est d'abord une reconnaissance de l'enfance par les réflexions philosophiques du « Siècle des Lumières », ensuite, il s'agit d'une reconnaissance juridique des droits de l'enfant par le biais de la Convention relative au droit de l'enfant. Cette reconnaissance qui avait l'ambition d'être universelle a subi quelques réticences mettant en difficulté son effectivité (**première partie**).

Ainsi, la deuxième idée est que les droits de l'enfant sont une dynamique de concrétisation. En effet, l'adoption de l'instrument juridique international (la CIDE) n'a pas pour seul objectif, de consacrer les droits de l'enfant, mais de contraindre également les Etats parties à mettre en œuvre les dispositions de la CIDE. Cependant, bien que la dynamique de l'effectivité de la CIDE a été lancée en France et au Maroc, les droits de l'enfant en pratique n'y sont pas totalement protégés d'où la nécessité de revoir la mise en œuvre des droits de l'enfant selon les différentes conceptions (**deuxième partie**).

⁵³ Otto KAUFFMAN, « le droit social comparé », *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol.8, mars 2004, p.5

Première Partie

Les droits de l'enfant : une histoire de consécration

43. La place qu'occupe l'enfant aujourd'hui au sein de la cellule familiale et de la société est la consécration d'un processus engagé depuis l'époque des Lumières. En effet, l'émergence de l'enfant en tant qu'individu à part entière, notamment dans les sociétés occidentales n'est pas un événement survenu subitement : il est le résultat de la combinaison de plusieurs transformations qui caractérisent la société moderne aujourd'hui. L'évolution conceptuelle philosophique des droits de l'enfant a trouvé son prolongement évident sur le plan juridique, d'abord d'une manière timide au niveau national et puis ensuite plus audacieux, au niveau international.

44. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989 est considérée comme le premier texte à caractère contraignant garantissant d'une façon claire et détaillée les droits de l'enfant. Ce texte qui a connu par unanimité la reconnaissance de ce concept, affirme son caractère universel et constitue une garantie, au moins formelle des droits de l'enfant (Titre I).

45. Admettre l'universalité des droits de l'enfant suite aux considérations relatives au nombre de signatures et de ratifications⁵⁴ de la CIDE, à l'acceptation de ses obligations et de leur contrôle international ainsi que sa transcription dans le droit positif interne des Etats signataires n'efface pas les réticences qui subsistent à l'égard de cette universalité. Plusieurs réticences peuvent être soulevées : d'une part, au niveau du contenu : les dispositions de la CIDE sont-elles universelles ? Son esprit n'est-il pas exclusif à certains contextes et cultures ? Comment le contenu s'harmonise-t-il avec les particularités internes ? D'autre part, certains obstacles s'opèrent au niveau de l'acceptation de la CIDE, c'est-à-dire de l'engagement de

⁵⁴ La CIDE a été signée par l'ensemble des Etats du monde mais ratifiée que par 192 Etats. Les Etats-Unis et la Somalie ne font pas parties à ce traité. Bien que les premiers aient signé la CIDE sous la présidence de Bill Clinton, ils ne l'ont pas encore ratifiée à cause de son interdiction de la peine de mort qui est encore légale dans la Constitution de quelques Etats d'Amérique. En ce qui concerne la Somalie, comme son Etat n'est pas encore reconnu par les Nations Unies, elle ne peut ratifier un traité de droit international.

l'Etat partie à mettre en œuvre les droits de l'enfant suivant son adhésion internationale. A ce niveau, les résistances proviennent, parfois, de la Convention elle-même.

Concernant les réticences liées à l'exemple du Maroc, nous pouvons en citer deux sortes : une relative à sa référence juridique au droit musulman, puisque ce dernier possède une conception particulière de l'enfant et de ses droits, et l'autre relative à son contexte politico-socio-économique qui contribue massivement à la lenteur de l'évolution des droits de l'enfant au Maroc (Titre II)

Titre I : La reconnaissance universelle des droits de l'enfant

46. La reconnaissance universelle des droits de l'enfant a été initiée par une révolution sociétale notamment dans le domaine de la philosophie durant le siècle des Lumières. En effet, la nouvelle conception de l'enfant qui consiste à reconnaître à celui-ci des droits inhérents à sa personne, n'a consisté en premier lieu qu'en des idées abstraites d'origine philosophique (Chapitre I). La conception philosophique des droits de l'enfant a servi de fondement pour leur consécration juridique sous la forme d'un texte international contraignant proposé à la signature des Etats et qui constitue la première garantie formelle des droits de l'enfant (Chapitre II).

Chapitre I : La conception philosophique des droits de l'enfant

47. Il est évident que le siècle des Lumières a constitué un grand bouleversement dans les sociétés occidentales. Cette période se caractérise, d'une part, par un mouvement radical de remise en question des valeurs en cours et d'autre part, par l'affaiblissement de toutes les autorités qui régnaient à l'époque. En conséquence, cette nouvelle conception du monde inclut aussi une réflexion sur l'humain en général et sur l'enfant en particulier. Les mutations philosophiques, politiques, économiques et sociales ont affecté, sans aucun doute, la conception de l'enfance. Cette conception n'a pas été entièrement positive puisqu'elle n'est pas arrivée à atteindre la valorisation de l'enfant (Section1). En revanche, elle a fondé l'idée phare que l'éducation est vitale pour l'enfant et son devenir d'homme (Section 2).

Section 1 : Une valorisation difficile de l'enfant

48. Comme nous l'avons déjà précisé, la nouvelle vision du monde, interprétée notamment par les philosophes de cette époque, a déclenché le début de la découverte des côtés positifs de la période de l'enfance. Mais, cette reconnaissance a été, malgré cela, négative (paragraphe 1) et sans conséquences sur la réalité des enfants à l'époque (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La négation du statut de l'enfant

49. Il n'est pas tout à fait juste d'affirmer que l'enfant a profité des évolutions positives des siècles des Lumières. La gloire de la raison à la place des idées obscures et de l'ignorance ainsi que la montée du savoir ont orienté tardivement la réflexion sur l'enfance. Bien que les auteurs de ce siècle se soient donnés pour vocation la dénonciation des inégalités, des abus et des incapacités, l'enfant est resté longtemps écarté de ce combat.

Incontestablement, c'est à partir de cette période que l'on a commencé à accorder à l'enfant plus d'attention. Désormais, la comparaison de l'enfant à l'animal est dorénavant considérée comme une forme d'avilissement. Si, dans la pensée des XVI^e et XVII^e siècles, le vice fait partie de la nature même de l'enfant⁵⁵, l'évolution des mentalités à la veille du siècle des Lumières a diminué l'intensité de cette pensée.

50. Il est pertinent de remarquer que l'évolution vers la reconnaissance de l'enfance n'a été ni simple, ni rapide. A cette époque, la position à l'égard de l'enfant se caractérisait par une grande ambiguïté. L'idée moderne de l'enfance a commencé d'abord par être abordée par des auteurs à titre individuel⁵⁶, sans qu'elle ne soit pour autant une prise de conscience collective.

La dynamique créée par la philosophie des Lumières n'a pas été constante, mais elle a été la cause principale des prémices du changement de la représentation de l'enfant en Occident. En

⁵⁵ Montaigne affirmait que « le vice provient de la « propre contexture » de l'enfant. Il a prétendu déceler dans le comportement des enfants, à l'époque, « les vraies semences et racines de la cruauté, de la tyrannie, de la trahison ». Quant à La Bruyère, il explique de la même façon que « les enfants sont hautains, dédaigneux, colères, envieux, curieux, intéressés, paresseux, volages, timides, intempérants, menteurs, dissimulés ; ils rient et pleurent facilement ; ils ont des joies immodérées et des afflictions amères sur de très petits sujets ; ils ne veulent point souffrir de mal, et aiment à en faire » : Vincent LE GRAND, « La naissance de l'enfant dans l'histoire des idées politiques », *CRDF*, n°5, 2006, p.18

⁵⁶ Spinoza a considéré que « ce qui est triste ce n'est pas de commencer par être enfant, mais de le rester ». Car « l'enfance n'apparaît pitoyable qu'a posteriori, lorsque nous jetons un regard rétrospectif sur le peu de puissance que nous avons, comparé au degré d'aptitude auquel nous nous sommes élevés, et continuons de nous élever » : Idem

effet, les philosophes tenaient une idée progressive sur l'enfance, sans qu'elle soit forcément valorisante. Ces derniers avaient toujours dans leurs propos un certain mépris, de sous-estimation de l'enfant, comme si celui-ci contenait en lui-même des germes d'affaiblissement.

51. Cette vision a été bien reflétée dans la philosophie de Kant. Le philosophe allemand n'a pas hésité à utiliser l'image de l'enfant pour définir les Lumières : « Accéder aux Lumières consiste pour l'homme à sortir de la minorité où il se trouve par sa propre faute. Etre mineur, c'est être incapable de se servir de son propre entendement dans la direction d'un autre... »⁵⁷.

Alors que la philosophie moderne prétend couper avec l'idée de l'animalité de l'enfant⁵⁸, elle revient implicitement sur la surface des idées adoptées par Kant : « l'homme est le seul animal qui a besoin d'un maître », « l'homme ne peut devenir homme que par l'éducation. Il n'est que ce que l'éducation fait de lui ». Il est sûr que ce philosophe est l'un des précurseurs dans la théorie de l'éducation. Cependant, son approche est très différente des autres auteurs. Sa réflexion se caractérise par un sens négatif qui domine les deux idées phares de sa philosophie. La première est que la nature humaine est tirée vers les penchants, le désir et l'égoïsme. Ces tendances sont des traits marquants de l'enfance. En résumé, cette période de la vie d'un homme n'est que mal et souffrance. Avec ou malgré sa volonté, l'enfant est un être qui manifeste avec préciosité un désir du mal, un penchant à une activité dérégulée, au mauvais usage de la liberté. Sa spontanéité est nocive⁵⁹. C'est pour cette raison que l'enfant a besoin d'être dressé. Il s'agit de sa seconde idée. Il préconise dans son « Traité de pédagogie » (1776-1787) que l'éducation d'un enfant est certainement la discipline : « La discipline empêche l'homme de se laisser détourner de sa destination, de l'humanité, par ses penchants brutaux. Il faut, par exemple, qu'elle le modère, afin qu'il ne se jette pas dans le danger comme un farouche ou un étourdi. Mais la discipline est purement négative, car elle se borne à dépouiller l'homme de sa sauvagerie ; l'instruction au contraire est la partie positive de l'éducation ».

La discipline constitue ainsi la première éducation à laquelle l'enfant doit être soumis. Ce n'est qu'après cette étape que celui-ci peut accéder à la culture : « le moment positif de

⁵⁷ Il s'agit d'une parole d'Emmanuel Kant dans *Qu'est-ce que les Lumières ?*, p. 4. Citée par Melinda CARON, « Conversation intime et pédagogie dans *Les conversations d'Émilie de Louise d'Épinay* », Thèse (de maîtrise), Faculté des lettres, Université Laval, 2003, p.9

⁵⁸ Dans son *Histoire des animaux*, Aristote compare l'enfant à un animal : « l'âme de l'enfant ne diffère pas pour ainsi dire de celle des bêtes » : ARISTOTE, *Histoire des animaux*, trad. BERTIER (J.), Gallimard, « Folio », 1994, VII, §588b, p. 412

⁵⁹ Jean-François DUPEYRON, *Nos idées sur l'enfance : Etude des représentations de l'enfance en Occident*, l'Harmattan, 2010, p. 42

l'éducation, un moyen de connaissance et par là même d'instruction ; en transmettant à l'enfant le passé de l'humanité, on le prépare à sa destination morale »⁶⁰.

52. Il est étonnant de voir que les philosophes qui ont été derrière les revendications les plus importantes à l'époque sont les premiers à dévaloriser la période de l'enfance. En effet, le marquis de Condorcet, philosophe et mathématicien (1743, Ribemont, Aisne, France - 1794, Bourg-la-Reine, Hauts-de-Seine, France) avait présenté en 1792 à l'Assemblée législative un rapport et un projet de décret sur l'organisation générale de l'instruction publique.

Il fut l'un des premiers à proclamer un droit à l'instruction pour les enfants. Ce même philosophe fait une métaphore qui associe les progrès de la raison à l'époque des Lumières, aux évolutions de l'individu dans le passage de l'enfance à l'âge adulte : « c'est ce dernier pas de la philosophie qui a mis en quelque sorte une barrière éternelle entre le genre humain et les vieilles erreurs de son enfance ; qui doit l'empêcher d'être jamais ramené à son ancienne ignorance par des préjugés nouveaux, comme il assure la chute de tous ceux que nous conservons, sans peut être les connaître encore... »⁶¹.

Les jugements de Condorcet sont pratiquement identiques à ceux de Kant. Il parle des erreurs et de l'ignorance de l'enfance : « il faut suppléer à l'inintelligence des enfants »⁶². Pourtant, il mène l'un des grands projets de l'époque qui est l'organe de l'école publique. Comment sa réflexion pouvait-elle associer deux approches si antinomiques : un manque de confiance totale à l'enfant et ses potentiels d'un côté, et de l'autre une ambition si grande qui est l'instruction à lui apporter ?

53. Dans la philosophie des Lumières, la raison a eu une place de premier plan. Grâce aux œuvres de René Descartes, l'individu est un sujet susceptible d'éduquer sa raison. Il inclut dans cette réflexion l'enfant, puisque lui aussi est doté de raison. Toutefois, l'enfant doit entreprendre la démarche d'augmenter son savoir de manière graduelle et rigoureuse afin d'atteindre la vérité et surmonter les préjugés acquis pendant l'enfance.

Ici, nous constatons le retour de ce quasi réflexe du mépris de l'enfance et de la conception négative de cette période passagère de la vie humaine. Le philosophe conçoit que l'enfance est un moment de faiblesse et d'égarement inévitable, entaché par une soumission au sensible

⁶⁰ Idem

⁶¹ Jean-Antoine-Nicolas DE CARITAT (marquis de Condorcet), *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, AGASSE, paris, 1798, p. 256

⁶² Jean-François DUPEYRON, *op. cit.*, p. 53

conduisant forcément à l'erreur⁶³ : « parce que nous avons tous été enfants avant que d'être hommes, et qu'il nous a fallu longtemps être gouvernés par nos appétits et nos précepteurs, qui étaient souvent contraires les uns aux autres, et qui, ni les uns ni les autres, ne nous conseillaient peut-être pas toujours le meilleur, il est presque impossible que nos jugements soient si purs ni si solides qu'ils auraient été si nous avions eu l'usage entier de notre raison dès le point de notre naissance, et que nous n'eussions jamais été conduits que par elle »⁶⁴.

54. La nouveauté apportée par Descartes consiste à remettre en cause l'entourage même de l'enfant. Les percepteurs, qui peuvent être les parents comme les gouvernants de l'époque, n'ont pas toujours eu la meilleure façon d'éduquer. Le raisonnement de Descartes ne cesse de se contredire : d'abord parce qu'il parle de la raison de l'enfant comme si elle était immuable alors que c'est lui-même qui a mis en place les notions de progrès et de devenir. Ensuite, il confond l'enfance et l'âge adulte en les mettant au même niveau sans aucune idée d'évolution ni du devenir, ce que Georges Snyders résume dans ce passage : « À la fois Descartes a confiance en tout homme pour accéder au Vrai, et l'enfance, par laquelle il nous a bien fallu passer, risque de fausser tout le reste de notre existence. On n'aura pas manqué d'en faire la remarque : c'est précisément parce qu'il a assimilé l'enfant à l'adulte, affirmé que la raison demeurerait toujours identique à elle-même que Descartes est amené à trouver comme une erreur perpétuelle dans la façon dont l'enfant se sert de cette raison »⁶⁵.

Il apparaît que la représentation de Descartes de l'humain, qui était un jour enfant, est entachée de fatalisme. Étant donné que tous les individus, incluant les enfants, sont dotés de raison, que le savoir est accessible à tous les esprits et quoi qu'il soit possible « d'augmenter par degré (la) connaissance et de l'élever peu à peu au plus haut point »⁶⁶, parler d'une stagnation de l'adulte à l'état de raisonnement de son enfance est tout simplement inconcevable.

55. La représentation de l'enfant chez les philosophes du siècle des Lumières n'est pas un seul corps. Chacun d'eux est différent dans ses analyses comme dans ses conclusions. Cependant, il existe de nombreux points qui les unissent. En tout cas, en ce qui est de la péjoration de l'enfance, tous les philosophes sont d'accord.

⁶³ Melinda CARON, *op. cit.*, p. 12

⁶⁴ René DESCARTES, *Discours de la méthode*, éditions F. Tandon et cie, 1863, p.28

⁶⁵ Georges SNYDERS, *La pédagogie en France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Presses universitaires de France, 1964, p. 202

⁶⁶ René DESCARTES, *op. cit.*, p. 19

Hobbs évoque l'enfance, non pour elle-même, mais à propos de la question politique et juridique. En s'interrogeant sur la définition de la personne et de son respect à la loi civile, Hobbs répond en faisant allusion à l'enfant : « pour les faibles d'esprit, les enfants et les fous, il n'est pas de loi civile, pas plus que pour les animaux. Ils ne peuvent pas davantage mériter les épithètes de juste ou d'injuste : ils n'ont pas le pouvoir de passer des contrats ni d'en comprendre les conséquences »⁶⁷. Pour Hobbs, l'enfant ne peut pas être considéré comme une personne juridique : « les lois civiles ne s'adressent pas aux petits enfants et aux aliénés, qui ne peuvent comprendre les ordres, ne savent pas ce que sont le juste et l'injuste et ne comprennent pas les conventions »⁶⁸.

La réflexion de Hobbs sur l'enfance contient une flagrante contradiction. En concevant l'autorité parentale comme une convention conclue entre le père et l'enfant, le philosophe oublie que, lui-même, a condamné l'enfant d'être incapable de conclure un contrat et de comprendre les conventions : « Le droit de domination issu de la génération est celui que le parent a sur ses enfants ; on parle alors de domination paternelle. Ce droit ne dérive pas de la génération, en ce sens qu'il appartiendrait au parent de dominer son enfant du seul fait qu'il l'a procréé ; il dérive du consentement de l'enfant, explicite ou manifesté par des preuves suffisantes »⁶⁹.

56. Cela dit, les philosophes, malgré leurs diverses réflexions sur l'enfance, se rejoignent sur le point de « l'enfance-manque »⁷⁰, ou « l'enfance-défaut »⁷¹. En revanche, cette vision sur l'enfance ne peut qu'être comprise du fait que les nouvelles conceptions des Lumières commençaient juste à se former.

Il est certain que la représentation de l'enfance par ces philosophes ne peut plus être acceptée de nos jours, mais il est essentiel de la comprendre et de prendre en considération le contexte de l'époque. Le grand bouleversement qui s'est produit à cette époque devait prendre le temps nécessaire pour qu'il se stabilise, ainsi les préjugés sur l'enfance.

L'évolution vers une vraie valorisation de l'enfant s'est faite progressivement. Les philosophes de cette époque ont été durs avec l'enfance parce qu'elle représentait pour eux le temps de l'ignorance, de la faiblesse, du manque de la raison et du défaut. Ils avaient pour

⁶⁷ Thomas HOBBS, *Léviathan*, trad. François Tricaud, Dalloz, Paris, 1999, p. 289

⁶⁸ Idem

⁶⁹ Thomas HOBBS, *op. cit.*, p. 208-209

⁷⁰ Cf. Jean-François DUPEYRON, *Nos idées sur l'enfance : Etude des représentations de l'enfance en Occident*, l'Harmattan, 2010, pp.53-59

⁷¹ Idem, pp. 75-83

seule finalité d'atteindre « les lumières » qui reflétaient pour eux la raison, le savoir, la liberté et le bonheur. En outre, invoquer l'enfant peut être expliqué comme un premier sentiment d'intérêt pour cette période de la vie. Les philosophes se sont intéressés à l'enfance, même péjorativement, pour penser l'homme et son avenir. Ils étaient conscients que l'adulte se distingue de l'enfant, chose qui se confond aujourd'hui.

Si au niveau des idées, l'enfance n'a pas été valorisée, les faits témoignent aussi de cette transition difficile vers un vrai « sentiment de l'enfance »⁷².

Paragraphe 2 : Le quotidien difficile de l'enfant

57. Les idées progressives sur l'enfance n'ont pu être concrétisées que tardivement à la fin du XIX^{ème}. Avant cette date, la société était encore imbibée par des problèmes d'ordres politiques, économiques et sociaux qui influençaient le comportement des adultes vis-à-vis des enfants.

Dans un contexte où la pauvreté frappait une grande partie de la population avec un taux de mortalité très élevé, nous pouvons imaginer la relation qui dominait, entre l'adulte et l'enfant. Ainsi, la fonction parentale n'a pu être que le résultat de la conjoncture difficile de l'époque. Entre un père qui détient une autorité rigide et une mère dont on néglige l'avis, les enfants existent dans l'ombre des adultes.

Autrefois, « l'enfance correspondait à une période de vie plus brève qui prenait fin dès l'âge de 10 ou 12 ans avec l'apprentissage ou la mise au travail à temps complet »⁷³. Le sentiment envers l'enfance passait de l'indifférence à l'intérêt et vice versa. L'arrivée de l'enfant n'était ni bonne ni mauvaise nouvelle, il était « l'évidence »⁷⁴. Chez les familles où la religion était la structure de leur comportement, il n'est pas question de parler d'un désir ou non-désir d'enfants. L'acceptation de l'enfant ne signifiait pas nécessairement un désir d'enfant, ce qui peut expliquer, d'ailleurs le taux élevé d'abandons d'enfants à l'époque. Néanmoins, quand les enfants sont là, il faut s'en occuper.

58. Il faut d'abord signaler que la question des enfants a été longtemps réservée exclusivement aux femmes. Comme à l'époque, la majorité des femmes ne pouvaient pas imposer leurs avis et donner expressément leurs visions des choses, l'histoire de l'enfance

⁷² Il s'agit du titre de la première partie du livre de Philippe ARIES : *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancienne régime*.

⁷³ Marie-France MOREL, « L'amour maternel : aspects historiques », *Spirale*, 2001/2 n°18, p. 30

⁷⁴ « L'enfant, cette évidence », expression de Mireille LAGET

avait un caractère masculin : « Les hommes, qui ont laissé le plus de témoignages écrits à partir desquels on fait l'Histoire, en parlent peu ou mal, ce qui pourrait laisser croire que les petits sont maltraités ou délaissés. Mais il est évident que les mères ou les nourrices sont bien là, dans le silence, et dispensent de l'amour et des soins aux petits »⁷⁵.

Prendre soin de l'enfant était synonyme de contraintes, notamment pour les familles pauvres et dans les campagnes. Les mamans, souvent après une grossesse et un accouchement difficiles, devaient nourrir au sein, changer et laver les couches, endormir leurs bébés en berçant etc. avec, en parallèle, un travail au jardin ou aux champs. « Le sentiment de l'enfant » dans des situations similaires ne peut pas être un pur plaisir, ce qui peut engendrer des réactions violentes et brutales envers les enfants.

Cette prise en charge était différente quand il s'agissait de mères citadines ou de mères bourgeoises et nobles. Elles mettaient leurs enfants chez des nourrices, majoritairement installées à la campagne, pour les allaiter et les élever pendant les deux premières années de leur vie. En éloignant leurs enfants d'eux, les parents pouvaient avoir de bonnes intentions, mais cela pouvait aussi signifier un simple désengagement de leur part : « cette pratique est justifiée, soit par les occupations mondaines de la mère dans les milieux favorisés, soit par la nécessité de son travail dans les milieux populaires »⁷⁶. Ces enfants placés en nourrice au XVIIème siècle mouraient deux fois plus que les enfants allaités par leurs mères.

59. La mort ou l'abandon⁷⁷ d'un enfant faisaient partie des choses courantes de la vie, étant donné les circonstances de vie difficiles à l'époque. Épidémie, pauvreté, manque d'hôpitaux et valeurs sociétales rigides ont été des facteurs extérieurs qui accentuaient le sacrifice des plus faibles. Les historiens parlent beaucoup de cette indifférence à la mort d'un nourrisson ou d'un enfant comme d'une attitude pour « se protéger d'un deuil probable »⁷⁸. Ils ajoutent que les parents ne s'attachaient pas aux tout-petits et attendaient que le cap meurtrier des premières années passe pour qu'ils commencent à s'intéresser à eux. Cette étonnante affirmation explique justement le contraire : les bébés étaient en manque d'affection, ce qui constituait l'un des facteurs principaux de leur mortalité, comme celui de l'abandon avec un taux de 50 à 80% des cas. Cette pratique était en augmentation, notamment dans les grandes

⁷⁵ Marie-France MOREL, *op. cit.*, p. 38

⁷⁶ Marie-France MOREL, *op. cit.*, p. 36

⁷⁷ Cf. Philippe ARAGON. « L'enfant délaissé au Siècle des Lumières » in *Histoire, économie et société*, 1987, 6e année, n°3. pp. 389-391

⁷⁸ Marie-France MOREL, *op. cit.*, p. 34

villes. Il s'agissait tantôt d'une cause sociale, telle qu'une relation illégitime, tantôt de raisons économiques, telles que la misère.

Avec l'influence de la philosophie des Lumières (en particulier ceux qui se sont intéressées à la pédagogie), l'éducation de l'enfant est devenue la tendance de l'époque. Les parents découvrirent, grâce aux procédés éducatifs recommandés par les philosophes, une nouvelle fonction. Elle consiste surtout à dresser ce petit être ignorant, maladroit et faible. Pour arriver à modeler un enfant bien éduqué, cultivé et qui « tient correctement droit », les parents se munirent de tous les moyens. D'ailleurs « les mères de l'époque sont imprégnées de cette idéologie insistant sur la nécessité d'un dressage précoce: si ce climat n'interdit pas la tendresse, il légitime aussi les punitions et les châtements corporels dès la plus tendre enfance »⁷⁹. Le recours à la violence était légitimé par la finalité noble qui est l'éducation de l'enfant.

Bien que la philosophie de Rousseau ait valorisé la fonction parentale, notamment la fonction maternelle, puisque c'est encore la mère qui assure la tâche de l'éducation physique et morale de l'enfant. Les mères citadines et de bonne famille procuraient des gouvernants pour élever leurs enfants. Ces derniers, qui ne connaissaient pratiquement pas leurs parents, étaient confiés à la naissance à des nourrices, puis à des domestiques, et finalement mis en pension.

Cette relation à l'enfant au quotidien n'avait pas un seul mot d'ordre : irrégulière, très influencée par la situation économique et différente selon les catégories sociales. D'une part, l'enfant fait l'objet d'attention et d'affection. D'autre part, il représente une source de problèmes et de souffrances.

60. En somme, l'enfant a toujours représenté une sorte de sacrifice. Dès que surgit un problème, touchant n'importe quel domaine le premier à être sacrifié est l'enfant.

Pourtant, l'enfant à cette époque n'a pas été contenté de n'être qu'un simple consommateur non productif. Il représentait une force de travail très utile dans les régions rurales comme dans les villes. Livré prématurément au monde des adultes et du travail, l'enfant commençait par participer aux tâches du foyer familial, il travaillait dans les champs ou en tant qu'artisan apprenti chez ses parents.

61. Il est important de signaler qu'avec l'augmentation du nombre d'enfants abandonnés, l'Etat devait réfléchir à une solution pour les rendre utiles. Alors, les penseurs de l'époque avaient réfléchi à une sorte de dette que doivent ces enfants à la mère nation. C'est ce

⁷⁹ Marie-France MOREL, *op. cit.*, p. 38

que l'on trouve clairement exprimé sous la plume du philanthrope Chamousset : « Des enfants qui ne connaissent de mère que la patrie et qui sont jetés entre ses bras presque au moment de leur naissance doivent lui appartenir, et être employés de la façon qui lui sera la plus utile ; sans parents, sans soutien que celui qu'un sage gouvernement leur procure, ils ne tiennent à rien, n'ont rien à perdre ; la mort même pourrait-elle paraître redoutable à de pareils hommes que rien ne semble attacher à la vie ?⁸⁰ ».

Ces « enfants de l'Etat » avaient l'obligation de la servir en étant soit des soldats, soit des agriculteurs, soit des ouvriers « considérant combien leur conservation était avantageuse, puisque les uns pouvaient devenir soldats et servir dans nos troupes, les autres ouvriers ou habitants des colonies que nous établissons pour le bien du commerce de notre Royaume.⁸¹ ».

En 1757, Chamousset recommande de placer les enfants abandonnés à la campagne dès leur quatrième anniversaire. Ensuite, à l'âge de 12 ans, ils sont regroupés afin de recevoir une sorte d'éducation militaire qui consiste à leur donner des cours de discipline et des travaux de guerrier. Ces enfants servaient aussi la patrie lorsqu'ils étaient envoyés dans les colonies pour les peupler : « Par la colonisation agricole ainsi menée, la Louisiane serait en moins d'un siècle plus fertile que la métropole et la marine s'accroîtrait parallèlement à la colonie »⁸².

Quant aux filles, le sort est déjà connu, puisqu'elles étaient amenées à devenir servantes ce qui « présente l'avantage fort appréciable de pouvoir mettre un frein à l'exode des jeunes campagnards vers les villes, leurs attraits et leurs tentations⁸³ ».

L'auteur de l'ouvrage « L'enfant délaissé au Siècle des Lumières » ajoute amèrement que les enfants abandonnés de l'époque n'arrivaient pas à atteindre l'âge de 20 ans.

62. L'avènement de l'éducation et de l'école, tant recommandées par les philosophes des Lumières, n'a pas pu cesser la pratique du travail des enfants. Depuis 1572, le travail des enfants commence à se répandre et à se diversifier : le travail dans les exploitations minières, les enfants ramoneurs au XVII^{ème} siècle, le travail dans les manufactures textiles...etc.

Avec la révolution industrielle, tout le monde devait travailler, ce qui a accéléré la généralisation du travail des enfants dans toute l'Europe, l'Amérique et ensuite le Japon. Le nombre des enfants travailleurs en Grande-Bretagne a atteint des chiffres très élevés. D'ailleurs « Jusqu'en 1850, on estime que la plus grande partie de la croissance industrielle en

⁸⁰ Claude-Humbert Piarron de CHAMOUSSET, *Vues d'un citoyen*. Pans, 1757, p. 26

⁸¹ Bernard JOLIBERT, *L'enfance au 17^{ème} siècle*, Librairie Philosophique J. Vrin, 1981, p. 31

⁸² Philippe ARAGON, *op.cit.*, p.390

⁸³ Idem

Angleterre doit être attribuée à la mise au travail des femmes et des enfants, dans les ateliers domestiques⁸⁴ ».

La révolution industrielle a changé la face du travail des enfants. Si auparavant l'activité de l'enfant était plus considérée comme une forme de socialisation et un moyen pour atteindre la maturité, avec l'évolution de l'industrie, il ne s'agissait plus de tâches domestiques, ni de travaux dans les champs ou de l'artisanat. Les enfants dès l'âge de six ans travaillaient dans les mines. Grâce à leur petite taille qui leur permettait de se glisser dans les galeries des mines de charbon, les enfants ont été considérés longtemps comme une bonne main d'œuvre productive. Les conditions du travail sont plus pénibles puisque l'enjeu est de maximiser la production. Avec une durée de travail de 15 heures et un salaire encourageant pour le patron, très utile voire même vitale pour la famille, le travail des enfants ne pouvait que s'accroître. Cette pratique a touché près de 150 millions d'enfants dans le monde pour une activité à temps complet et 100 millions à temps partiels.

Cela dit, le travail des enfants a toujours été un des baromètres révélateurs du niveau de l'évolution de chaque société. Il fallait attendre la régularisation de la scolarité obligatoire et gratuite ainsi que la promulgation des premières lois sur le travail des enfants pour que cette réalité devienne inhabituelle.

⁸⁴ Aurélie LA ROSA, « La protection de l'enfant en droit international pénal : Etat des lieux », Mémoire de Master recherche, Université de Lille 2, 2003-2004, p. 22

Section 2 : Une valorisation constatée en matière d'éducation

63. Les idéaux philosophiques ne sont pas toujours générateurs d'un mouvement de changement sociétal. En tout cas pour la conception de l'enfance spécialement en termes de droits de l'enfant, le changement s'est fait lentement mais progressivement. Ce qui a marqué, et qui marquera, pour toujours, le siècle des Lumières, est la place prépondérante de l'éducation. De Locke (*Some Thoughts Concerning Education*, 1693) (paragraphe 1) jusqu'à l'œuvre majeure de Rousseau, *Émile ou De l'éducation* (1762) (paragraphe 2), nous pouvons identifier les prémices d'un droit à l'éducation revendiqué par ces penseurs.

Paragraphe 1 : Une avancée initiée par l'idéologie de Locke

64. La vision philosophique de l'enfance a opéré un revirement original grâce aux idées de Locke et de Rousseau. Le premier vient fonder l'idée que l'enfance n'est plus le moment de l'erreur, mais plutôt celui de la formation. En effet, l'enfant est « un être susceptible d'acquérir des connaissances à partir de l'expérience qu'il a du monde⁸⁵ ». L'empirisme lockéen va ôter à l'humain toute nature innée. En conséquence, l'enfant n'a pas d'idées acquises, mais seulement des idées à acquérir, par la force de l'expérience et de la réflexion. Du fait que comme l'expérience et la réflexion de l'enfant ne sont pas encore complètes, le processus de la connaissance ne peut se faire que graduellement.

Nous pouvons dire que l'empirisme lockéenne a évité à Locke de rentrer dans le dilemme de la bonne ou mauvaise nature de l'enfant. En effet, il n'est pas indispensable de chercher dans l'innéité de l'homme parce qu'elle ne le définit pas, « il n'est que ce qu'il a vécu et découvert par lui-même⁸⁶ ». Il instaure l'idée que l'homme est en constance mouvance, ce qui veut dire que l'enfance n'est plus une étape regrettable de la vie parce qu'elle n'est pas stagnante. Avec l'expérience, l'enfant évolue pour atteindre le stade de l'homme complet.

65. Dans cette démarche, Locke propose une méthode. Ce n'est qu'avec la méthode que la connaissance peut être transmise : « On dit que ce qui met le plus de différence entre les hommes, c'est l'ordre et la constance. Ce dont je suis sûr, c'est que pour éclairer la route

⁸⁵ Melinda CARON, *op. cit.*, p. 14

⁸⁶ Michel DELON, « La somme et le fragment », dans Robert Mauzi (éd.), *Précis de littérature française du XVIIIe siècle*, p. 108.

d'un écolier, pour le soutenir dans sa marche, pour lui permettre de marcher d'un pas aisé et d'avancer très loin dans n'importe quelle recherche, rien ne vaut une bonne méthode⁸⁷ ».

La méthode de Locke implique le respect de la personnalité de l'enfant ainsi qu'une progression par étape en ce qui concerne sa formation. Avec cette idée, Locke commence à ériger les premières bases de la psychologie de l'enfance : « Chaque homme a ses qualités propres qui, aussi bien que sa physionomie, le distinguent de tous les autres hommes ; et il n'y a peut-être pas deux enfants qui puissent être élevés par des méthodes absolument semblables⁸⁸ ».

En outre, il ne s'agit plus de « l'enfant inintelligent » incapable de cogiter, puisque la responsabilité incombe aussi au précepteur qui doit aussi chercher à comprendre son enfance. Le rôle de l'éducateur ne se limite pas à transmettre des connaissances mais aussi et surtout à lui donner le goût de l'apprentissage : « Pour conclure sur ce point [l'enseignement du grec], et sur les études du jeune gentleman, je dirai que son précepteur doit se rappeler que son rôle n'est pas tant de lui enseigner toutes les sciences connues, que de lui inspirer le goût et l'amour de la science, et de le mettre en état d'acquérir de nouvelles connaissances , quand il en aura envie ⁸⁹».

66. L'objectif du savoir, pour John Locke, n'est pas de posséder une somme de connaissances, mais d'acquérir l'énergie avec laquelle on arrive à de nouvelles connaissances. D'ailleurs, la formation vise essentiellement à atteindre l'autonomie de l'individu. Ainsi, ce dernier pourra poursuivre son chemin de l'apprentissage par lui-même et contribuer, alors, au changement de la société.

La nouveauté apportée par Locke consiste ici à établir une relation pertinente entre l'éducation de l'enfant et le progrès de la société. En effet, l'éducation de l'enfant est « un facteur essentiel permettant de transformer durablement la société⁹⁰ ». Cette idée change complètement les données sur l'enfance reconnues jusqu'à lors. Désormais, l'enfant est porteur d'espoir et de progrès. L'enfant n'est plus cet être insignifiant, qui n'était perçu que dans son présent et sans perspectives.

67. La réflexion de Locke est de caractère politique puisque la pédagogie touche directement la sphère publique. Il conçoit que l'éducation donnée aux générations a forcément

⁸⁷ John LOCKE, *Quelques pensées sur l'éducation*, Vrin, 2007, p. 343-344

⁸⁸ John LOCKE, *op. cit.*, p. 21

⁸⁹ John LOCKE, *op. cit.*, p. 341

⁹⁰ Melinda CARON, *op. cit.*, p.16

des conséquences sur les mœurs de chaque société : « Pour moi, ce que je désire, c'est que les personnes qui se plaignent de la décadence de la piété chrétienne et en général de toutes les vertus, et aussi de l'insuffisance de l'instruction, du manque de savoir qui caractérise les jeunes gens de cette génération, fassent un effort pour chercher les moyens de rétablir toutes ces qualités avec les générations suivantes. Et je suis assuré que si le fondement de cette réforme ne repose pas sur l'éducation de la jeunesse et sur les bons principes qu'on lui donne, tous les autres efforts seront superflus ⁹¹ ».

68. Cette nouvelle perception de l'enfance a changé grâce à une dynamique connue à l'époque, celle de la conception de l'humain : « l'homme est le terme unique d'où il faut partir, et auquel il faut tout ramener ⁹² ». En donnant à l'humain la place qu'il mérite parmi les créatures, l'enfance de celui-là devient, elle aussi, une période remplie de sens et d'une grande importance. L'enfance devient une période spécifique à l'éducation.

La mise en avant de l'éducation a marqué l'époque des Lumières. Cependant, ce point positif et favorable quant à l'enfance n'a pas été sans ambiguïté. Certes, l'éducation constitue un cadre vital pour l'enfant. Néanmoins, il est primordial de définir cette éducation, d'en fixer les finalités et de trouver la méthode et les moyens pour y parvenir.

69. A la fin du XVII^{ème} siècle, l'idée que l'on se fait de l'enfance est moins péjorative qu'avant, mais elle n'est pas tout à fait claire. Malgré la place inédite donnée à l'éducation des enfants, le penchant vers la dépréciation de cet âge revient souvent. C'est pour cette raison que l'éducation est conçue essentiellement comme un dressage. Cette période se caractérisait par la rigueur et la sévérité des maîtres : « l'enfant considéré comme faible, coupable, doit être sans cesse surveillé, préservé, séparé des tentations du monde ; seule une discipline incessante peut le tirer de cet état, des exercices assez rudes pour qu'il soit tiré à contre-courant de sa nature, des exercices réguliers où il sera guidé de tout près, où chaque moment se trouvera déterminé par une règle (...) ⁹³. Education était synonyme de discipline, d'austérité et de rigidité.

70. Dans cette conception de l'éducation, nous trouvons une reconnaissance de la tendresse et de l'amour parental envers les enfants. Néanmoins, ce sentiment affectif envers l'enfant doit être limité et mesuré du fait qu'il peut nuire à l'évolution des jeunes personnes :

⁹¹ John LOCKE, *op. cit.*, p. 133

⁹² Denis DIDEROT, article « Encyclopédie », dans *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome V, p. 641.

⁹³ Georges SNYDERS, *op.cit.* , PUF, 1964, p.208- 209

« la grande faute où l'on tombe d'ordinaire dans l'éducation des enfants, c'est qu'on ne prend pas soin d'eux au moment voulu ; c'est qu'on ne sait pas former leurs esprits à la discipline, les habituer à plier devant la raison, à l'âge où ils sont le plus dociles, le plus en état de recevoir un pli. Les parents que la nature a sagement disposés à aimer leurs enfants ne sont que trop portés, si la raison ne modère leur affection naturellement si forte, à la laisser dégénérer en aveugle tendresse. Ils aiment leurs petits, et c'est leur devoir ; mais trop souvent aussi avec leurs personnes ils aiment leurs défauts⁹⁴ ».

71. Les idées de Locke ont contribué fortement à l'élaboration de la conception moderne de l'enfance. Fidèle, néanmoins, à ses prédécesseurs, il est considéré parmi ceux qui ont été les moins farouches envers cet âge-là. Malgré tout, son approche de l'enfance demeure incompréhensible : riche et progressiste mais pas « révolutionnaire ». Cela signifie que ses réflexions n'ont pas pu générer un changement dans les mœurs. Pourtant, il l'a toujours souhaité.

Il faut savoir que toute idée ne peut se transformer, nécessairement, en dynamique. La réflexion qui se traduit en pratique doit d'abord être courageuse, détachée des courants de pensée de l'époque et en même temps pragmatique.

En ce qui concerne l'enfance, une vraie dynamique va être opérée grâce aux idées de Rousseau et son œuvre *l'Émile* « dont l'influence a été sans conteste la plus profonde et la plus durable sur le développement du mouvement pédagogique⁹⁵ ».

Paragraphe 2 : La révolution sociétale de Rousseau

72. L'approche de Rousseau a révolutionné, sans doute, la perception de l'enfance de l'époque. Si sa philosophie a été surtout adoptée par les pédagogues et considérée comme un registre éducatif, la lecture profonde de ses idées nous pousse à conclure qu'il s'agit d'une pensée globale sur l'enfance : pédagogique, sociale, psychologique et juridique.

En insistant sur le point de l'éducation, cet auteur n'a pas fait une sorte de catégorisation. C'est justement parce qu'il a su que l'éducation est le pivot de la période de l'enfance que ses pensées se rejoignent sur ce point. Se contenter de ranger les idées de Rousseau sur l'enfance (uniquement) dans le registre de la pédagogie appauvrit les perspectives de celle-là et limite leurs effets.

⁹⁴ John LOCKE, *op. cit.*, p. 84

⁹⁵ Michel SOETARD, « Jean- Jacques Rousseau » (1712-1778), *Perspectives revue trimestrielle d'éducation comparée*, vol. XXIV, n° 3/4, 1994 (91/92), p. 443-456: étude publiée au site de l'UNESCO, Bureau international d'éducation (document pdf), p.1

Initiateur d'une « révolution copernicienne » en matière de l'enfance, son approche n'est pas dépourvue d'imperfections. En revanche, sa vision positive et dynamique de l'enfant a permis sa pérennité et son évolution dans le temps.

73. Pour la première fois, l'enfant est envisagé comme un être innocent. Ce qui signifie qu'il n'est plus condamné à cause de son enfance, ni à cause de sa faiblesse. La nature de l'enfant et de l'humain en général n'est pas mauvaise. Elle peut tout simplement, être modifiée par la société. D'ailleurs, c'est pour cette raison que l'éducation est primordiale : « L'éducation sera l'arche qui permettra de sauver l'humanité sociale du déluge. Lorsque l'homme ne peut plus développer ses potentialités en s'abandonnant au seul mouvement de la nature, lorsqu'il court le risque de subir une autre aliénation en devenant cette « unité fractionnaire qui tient au dénominateur, et dont la valeur est dans son rapport avec l'entier, qui est le corps social », il semble qu'une forme d'action spécifique puisse être mise en œuvre, mettant en scène la rencontre du désir (naturel) et de la loi (établie) de telle façon que l'*homo educandus* établisse sa propre loi, qu'il se rende autonome, au sens étymologique du terme⁹⁶ ».

74. Un fidèle compagnon de Rousseau⁹⁷ le rejoint dans son idée en considérant que « ce sont les enfants qui éloignent la corruption des sociétés, en y apportant des âmes neuves et innocentes. Les générations nouvelles ressemblent aux rosées et aux pluies du ciel, qui rafraîchissent les eaux du fleuve ralenties dans leurs cours et prêtes à se corrompre⁹⁸ ». Il est étonnant de constater la façon dont la vision de l'enfance en tant qu'innocence a pu voir le jour si rapidement, alors que les contemporains de Rousseau préconisaient le contraire. Il est fort probable que la philosophie de Rousseau exposée dans son œuvre littéraire est venue spécialement avec des principes tout en se moquant de leur application, comme le confirme la préface. L'essentiel consiste en ce que des idées, audacieuses pour leur époque, soient exprimées explicitement.

75. A ce sujet, le discours de Rousseau sur l'enfance vient donner à chacun sa place : l'homme à la place de l'homme, l'enfant à la sienne. Le sucée de ses idées est dû au fait qu'elles sont d'une part « révolutionnaires » et d'autre part « non choquantes ». En effet, l'auteur ne veut pas confondre l'âge de l'enfance et l'âge adulte. Si l'enfant ne peut être

⁹⁶ Idem

⁹⁷ Bernardin de SAINT PIERRE, l'auteur de Paul et Virginie

⁹⁸ Bernardin de SAINT PIERRE, *Etude de la nature*, in *Oeuvre complètes*, Tome VII, Méquignon-Marvis, Paris, 1964, p. 278

condamné par le simple fait qu'il est encore enfant, l'homme est, par contre, maître de lui, libre citoyen qui ne peut être que responsable de ses actes.

En réalité, la pensée de Rousseau n'est en rien un intrus. D'ailleurs, « Rousseau reste un pur produit du siècle des Lumières, mais le rationalisme cohabite ouvertement en lui avec son adversaire de toujours, celui contre lequel Platon et Descartes ont érigé leur système de pensée: le moi sensible affirmant sa propre vérité dans l'authenticité d'une existence en cohérence avec elle-même. C'est ainsi que, pour Rousseau, l'éducation sera l'art de gérer les contraires dans la perspective du développement de la liberté et de l'indépendance⁹⁹ ». Autrement dit, il revendique « une enfance à l'enfant » sans pour autant la concevoir comme éternelle. Ce temps d'innocence, si important pour l'homme, ne doit pas être précipité. Il est inutile d'accélérer l'entrée de l'enfant dans le monde des adultes, puisqu'elle est évidente. C'est pour cette raison qu'il est primordiale de préparer l'enfant suffisamment pour cette entrée inévitable : « ne précipitons jamais rien : un fruit précoce n'est souvent qu'un fruit avorté ». Conscient du long processus du développement intellectuel de l'enfant, Rousseau ne voit pas dans la rentrée précoce à l'âge adulte un gain de temps.

76. Sa confiance dans l'enfance comme période décisive dans la vie de l'humain ne le laisse pas figé à ce stade. Aux yeux de Rousseau, l'univers de l'enfant fait de présent et de concret forme le préalable de son intelligence, sa sensibilité et sa faiblesse précèdent une force physique et intellectuelle. L'auteur ne laisse pas l'enfant « livré à son enfance ». Il prévient que « s'il veut accéder à la conscience autonome, il a besoin de se heurter à la réalité, et il serait sans intérêt de recréer autour de l'enfant une forme de paradis, forcément artificiel, où son désir serait pleinement assouvi : paraissant « suivre la nature », il ne ferait en vérité que suivre l'opinion des autres¹⁰⁰ ». Certes, l'enfant n'est pas un adulte mais il le sera un jour. Ce passage à l'âge de la conscience et de la responsabilité nécessite une préparation progressive : c'est ce que l'auteur nomme éducation.

77. Comme pour la plupart de ses contemporains, l'intérêt porté à l'éducation de l'enfant était dans l'air du temps. Néanmoins, l'originalité de Rousseau tient du fait qu'il a pensé l'éducation comme un moyen d'élever l'homme et non pas de le modeler à la guise de quelque institution, idéologie ou personne. Il a pensé l'éducation « comme la forme nouvelle d'un monde désormais engagé dans un processus historique de dislocation¹⁰¹ ».

⁹⁹ Michel SOETARD, *op.cit.*, publiée au site de l'UNESCO (document pdf), p. 3

¹⁰⁰ Idem

¹⁰¹ Idem

Rousseau voudrait que l'enfant soit d'abord un homme. Il s'agit là de la finalité de son éducation : « vivre est le métier que je veux lui apprendre. En sortant de mes mains, il ne sera, j'en conviens, ni magistrat, ni soldat, ni prêtre : il sera premièrement homme ¹⁰² ».

78. Cela dit, cette finalité exige une méthode différente de celle appliquée jusqu'à lors. A l'extrême du dressage lockéen, Rousseau est pour la libération de l'enfant et l'interdiction d'intervenir dans son développement. Il est contre la rigueur dans l'éducation qu'il présente comme une méchanceté inutile et gratuite : « que faut-il penser de cette éducation barbare qui sacrifie le présent à un avenir incertain, qui charge un enfant de chaînes de toute espèce et commence par le rendre misérable pour lui préparer au loin je ne sais que prétendu bonheur dont il est à croire qu'il ne jouira jamais ? Quand je supposerais cette éducation raisonnable dans son objet, comment voir son indignation de pauvres infortunés soumis à un joug insupportable et condamnés à des travaux continuels comme des galériens , sans être assurés que tant de soins leur seront jamais utiles ? L'âge de la gaieté se passe au milieu des pleurs, des châtiments, des menaces, de l'esclavage. On tourmente le malheureux pour son bien et l'on ne voit pas la mort qu'on appelle, et qui va le saisir au milieu de ce triste appareil¹⁰³ ». Pour argumenter son raisonnement, Rousseau va choisir un exemple de provocation quasiment extrême pour montrer l'absurdité d'une méthode rigoureuse envers l'enfant.

79. Si Rousseau est contre toute restriction à la liberté de l'enfant dans son processus d'éducation, il n'est pas pour autant contre sa confrontation à autrui et à la société. L'enfant ne vit pas tout seul, dans un monde créé que pour lui. Il est censé vivre au sein d'une société et parmi ses semblables. C'est pourquoi le rôle de l'éducateur est décisif dans cette opération qui consiste à combiner la liberté à une sorte d'autorité « C'est alors que l'éducateur retrouve un rôle décisif en favorisant l'expérience formatrice, en accompagnant l'enfant tout au long de son parcours semé d'épreuves et d'embûches, enfin et surtout en le stimulant au moment où il doit faire l'effort de se reconstituer par-delà la rupture de son désir ¹⁰⁴ ».

La pensée de Rousseau consiste à affronter des situations contradictoires : liberté et autorité, cœur et raison, individu et Etat, connaissance et expérience. De ce fait, pour lui, la liberté de l'enfant n'est pas absolue. Bien qu'il établisse délibérément ses préceptes sur le principe de liberté « toute attitude qui mettrait la volonté d'*Emile* dans la dépendance d'une autre volonté

¹⁰² Jean-Jacques ROUSSEAU, *OEUVRES de Jean- Jacques Rousseau, Emile ou de l'Education*, Werdet et Lequien, 1826, p. 18

¹⁰³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 93

¹⁰⁴ Michel SOETARD, *op.cit.*, publiée au site de l'UNESCO (document pdf), p. 3-4

est systématiquement écartée »¹⁰⁵, il est conscient que celui-ci a besoin « d'une loi » : « Il faut bien qu'*Emile* se donne une loi, et cette loi ne peut lui tomber du ciel et encore moins jaillir de la seule expression de son propre intérêt : il doit se la forger dans la rencontre conflictuelle avec l'autre¹⁰⁶ ».

80. Les conceptions de l'enfance après l'étude de l'œuvre de Rousseau commencent à s'éclaircir de plus en plus et trouvent une certaine logique. Évolutives d'un côté, mais fidèles au contexte de l'époque, d'un autre côté ; dans cette période, au moins, chacun prenait sa place : l'adulte à la sienne, et l'enfant de même. De plus, ce rapport si fort et si confiant à l'éducation en tant que nouvelle forme d'appréhender le monde, est resté longtemps une approche acceptable.

Comme nous l'avons précédemment souligné, l'enfant des Lumières n'est que le fruit des bouleversements de l'époque, notamment l'abondance des idées et des théories. Cependant, il a fallu plus de temps pour que la réalité de l'enfant devienne meilleure.

¹⁰⁵ Idem

¹⁰⁶ Idem

Chapitre II : La garantie formelle des droits de l'enfant

81. Il y a vingt ans, la Communauté internationale adoptait la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Dédiée, pour la première fois aux enfants, la CIDE exprime la volonté de changer les droits de l'enfant en une priorité universelle et locale (section 1). De plus, elle a pour finalité de garantir à l'enfant une protection de ses droits fondamentaux et de déclarer, aussi, son émancipation en proclamant ses droits-libertés (section 2).

Section 1: La Convention de New York de 1989

82. La CIDE est un instrument juridique international qui est venu couronner les longues années d'efforts visant à changer l'ancienne conception de l'enfant, et cela en adoptant des textes et en créant des instances qui veillent au respect de celui-là (paragraphe 1). En effet, la CIDE est animée par une volonté d'attribuer à l'enfant des droits en tant qu'individu et en tant que membre centrale de la famille. Ainsi, la CIDE est venue avec une nouvelle vision philosophique et idéologique de l'enfant (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : La CIDE : Le couronnement d'un processus

83. Un grand événement applaudi par toute la communauté internationale a été la signature de la convention de l'ONU sur les droits de l'enfant. Certes, elle ne constitue pas le seul texte en la matière, mais elle est l'apothéose de tous les efforts des organismes internationaux sur la question. En effet, si avant 1919 chaque Etat reste souverain en matière des droits de l'enfant¹⁰⁷, la création en 1919 du Comité de protection de l'enfance par la société des nations transforme la question de l'enfant en un sujet de droit international. C'est de cette façon que le processus d'internationalisation de l'enfant a vu le jour.

84. Dans une même optique, l'Union Internationale de Secours aux enfants a rédigé en 1923 un texte en cinq points sur les préceptes à appliquer pour la protection des enfants .Ce texte, qui est connu sous le nom de Déclaration de Genève, ou Déclaration des droits de l'enfant est adoptée par l'assemblée de la S.D.N. En 1924, la Ligue des Nations, l'ancêtre de l'Organisation des Nations unies (ONU), a approuvé la première Déclaration des droits de l'enfant, qui stipule que « l'humanité doit aux enfants le meilleur de ce qu'elle a à offrir ». Les lignes directrices de cette déclaration sont comme suit :

« L'enfant doit être en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement.

L'enfant qui a faim doit être nourri, l'enfant malade doit être soigné, l'enfant arriéré doit être encouragé, l'enfant dévoyé doit être ramené, l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus.

L'enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse.

¹⁰⁷Michel BAUER, Chantal SCHERER-DARSCH, *De l'enfance à la majorité: droits de l'enfant, de sa famille, de ses éducateurs*, ESF Editeur, 1990, p. 22

L'enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toute exploitation.

L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères. »

85. Cette déclaration avait pour objectif d'attirer l'attention sur les devoirs des adultes envers les enfants. Une perception courageuse pour son époque mais insuffisante comparée à la vision actuelle des droits de l'enfant. On peut dire que cette déclaration est une prise de conscience autour de l'enfant qui n'a pas cessé de croître un an après la création des Nations Unies. En effet, en 1946, le Conseil Economique et Social des Nations Unies (ECOSOC) recommande l'élaboration de nouvelles normes allant dans le sens de la Déclaration de Genève, mais de manière à « engager les peuples d'aujourd'hui aussi fermement qu'elle l'avait fait en 1924 ».

86. Au cours de sa première session, l'Assemblée générale des Nations Unies crée le Fond des Nations Unies pour l'enfance (Unicef) dont le mandat initial était de venir en aide aux enfants de l'Europe de l'après-guerre. Le 10 décembre 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la déclaration universelle des droits de l'Homme dans laquelle les droits des enfants sont implicitement inclus. L'article 25 alinéa 2 de la Déclaration stipule que « la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciale ».

Reconnaissant le besoin d'une protection de l'enfance, la Commission des droits de l'Homme envisage alors l'élaboration d'un document particulier. Le projet, après un long processus de rédaction a été transmis à l'Assemblée générale qui l'adopte à l'unanimité et qui proclame par sa résolution 1386 du 20 novembre 1959, la Déclaration des droits de l'enfant composée de dix principes qui peuvent être condensés dans les points suivants¹⁰⁸ :

« L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale.

L'enfant a droit, dès sa naissance, à un nom et à une nationalité.

L'enfant doit bénéficier de la Sécurité Sociale.

L'enfant physiquement mentalement ou socialement désavantagé doit recevoir le traitement, l'éducation et les soins spéciaux que nécessite son état ou sa situation.

L'enfant a besoin d'amour et de compréhension.

L'enfant a droit à l'éducation.

L'enfant doit, en toute circonstance, être parmi les premiers à recevoir protection et secours.

¹⁰⁸ Zani MAMOUD, *La Convention internationale des droits de l'enfant, portée et limite*, Publisud, 1996, p. 2

L'enfant doit être protégé contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation.

L'enfant doit être protégé contre les pratiques qui peuvent pousser à la discrimination raciale, à la discrimination religieuse ou toute autre forme de discrimination. »

Plus étendue sur le plan du contenu et sur le plan des principes, la Déclaration de 1959 a servi de base de lancement aux initiatives qui devaient aboutir à la Convention sur les droits de l'enfant en 1989 après plus de dix ans de négociation.

87. Toutefois, lorsque la déclaration fut adoptée en 1959, la majorité des Etats membres des Nations Unies étaient opposés à la création d'un traité aussi contraignant. L'une des objections avancées se fondait sur le fait que les enfants étaient déjà couverts par un nombre important de normes existantes se rapportant aux droits de l'Homme. Des normes particulières protégeant les enfants en particulier avaient déjà été agréées et incluses dans différents traités. Certains, de fait, avançaient qu'il ne serait pas à l'avantage des enfants que leurs droits soient mis en avant dans une convention spécifique ; un traitement particulier pouvant parfois conduire à la discrimination¹⁰⁹.

Cependant, cette opposition n'a pas empêché d'affirmer que les instruments internationaux sur la protection des enfants étaient insuffisants et que les textes sur les droits de l'Homme étaient inadaptés aux besoins des enfants. De plus, la Déclaration de Genève et la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, dans leur philosophie, n'ont pas atteint l'objectif voulu des discussions qui ont pris naissance entre temps au sujet de la position des enfants dans la société et qui voulaient que les enfants soient considérés comme des sujets de droits. Cela étant d'autant plus vrai que les deux textes n'étaient pas des instruments contraignants, et avaient par ailleurs une faible portée normative et ne contenaient en outre aucune réelle garantie juridique.

88. Vingt ans après, on assiste aux prémices d'un accord sur le besoin d'une convention qui sera consacrée aux droits de l'Homme des enfants. En 1978, la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies examina un projet de Convention sur les droits de l'enfant proposé par le gouvernement polonais. « L'opportunité d'une telle proposition a été mise en cause par les tenants de la thèse selon laquelle l'enfant ne peut être sujet de droit international. Son utilité a été mise en doute par ceux qui ont relevé qu'il existe près de quatre-vingts textes qui se réfèrent directement ou indirectement aux droits de l'enfant. Les partisans d'une convention sur les droits de l'enfant ont dû faire valoir que le droit

¹⁰⁹ Guillemette MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, L'Harmattan, 2002, p. 23

international contemporain admet que l'individu, sans être sujet de droit international, peut prétendre à être destinataire de règles visant à le protéger »¹¹⁰

C'est ainsi que la Commission décida l'établissement d'un groupe de travail en 1979 qui était chargé d'étudier la proposition polonaise et de rédiger le projet final. Ce groupe de travail était composé, formellement, de représentants de 43 Etats membres de la Commission des droits de l'Homme. Cependant, les organisations non gouvernementales (O.N.G) avaient été associées aux débats, mais « leur influence sur les projets d'articles adoptés au cours des cinq premières années a été relativement restreinte et s'est limitée à quelques résultats obtenus à titre individuel par une poignée d'organisations ayant l'expérience du travail dans le domaine des droits de l'homme »¹¹¹. C'est ainsi que le groupe de travail fut renforcé en 1983 par un groupe spécial des ONG, qui après avoir corrigé ses lacunes et être doté d'un secrétariat à défense des Enfants-International, joua un rôle intrinsèque en contribuant d'une manière efficace aux discussions du groupe de travail par ses assertions afférentes à certains articles de la Convention.¹¹²

89. Le 20 Novembre 1989, l'Assemblée générale adopta par consensus la Convention des droits de l'enfant qui entra en vigueur le 2 septembre 1990. Néanmoins, cette Convention ne pouvait être contraignante que pour les Etats qui l'avaient ratifié. Alors, une des dernières tâches restante fut était d'inciter les Etats à la ratifier. Cela se produisit lors du sommet mondial pour les enfants qui s'est tenu les 29 et 30 septembre 1990 sur l'initiative du Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF).

Ce sommet fut marqué par la présence de 71 chefs d'Etats et une Déclaration mondiale en faveur de la survie, de la protection et du développement de l'enfant. Elle fut adoptée par les participants avec l'appui d'un plan d'action précisant les mesures à prendre sur le plan national et international.

90. Le processus ne s'arrêta pas, avec l'adoption de la Convention des droits de l'enfant qui constituait le couronnement de toutes les initiatives prises auparavant.

D'ailleurs, au long de cette décennie, un ensemble de déclarations ont vu le jour en tant que principes et codes éthiques qui pourraient orienter les Etats dans l'adoption de politiques

¹¹⁰ Fatma Zohra KSENTINI, « la Convention sur les droits de l'enfant : des normes de protection et un instrument de coopération pour la survie, le développement et le bien être de l'enfant », in *Bulletin des droits de l'Homme « les droits de l'enfant »*, n° 2 /91, NY 1992, p. 48

¹¹¹ Nigel CANTWELL, « les organisations non gouvernementales et la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », in *Bulletin des droits de l'homme « les droits de l'enfant »*, n° 2 /91, Nations Unies, NY 1992, p.17

¹¹² Zani MAMOUD, *op. cit.*, p.4

concernant les enfants et les femmes. On peut citer entre autres la Déclaration sur le droit au développement, la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants (envisagés surtout du point de vue des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international) (1986), les principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (1990), les règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (1990).

91. Enfin, la décennie se termina avec l'adoption en 1999 de la Convention No 182 de l'OIT concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants, qui s'attaque notamment à la vente des enfants et à leur exploitation.

Finalement, l'adoption des deux Protocoles facultatifs à la Convention relative aux droits de l'enfant concerna la participation des enfants aux conflits armés et la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Le dernier Protocole additionnel à la Convention fut contre la criminalité transnationale organisée et visa à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants ; il offrira ainsi la première définition reconnue sur le plan international de la traite des personnes. Depuis son entrée en vigueur, la Convention des droits de l'enfant a été ratifiée par 192 pays, excluant les Etats-Unis¹¹³ et la Somalie¹¹⁴.

Paragraphe 2: L'esprit de la Convention

92. Une Convention est une source juridique qui a pour objet d'établir une règle uniforme pour un nombre plus ou moins considérable d'Etats. En principe, elle est l'expression d'une volonté générale qui se traduit formellement dans un texte écrit, d'abord négocié puis adopté, authentifié, ensuite signé et ratifié. Finalement, celui-ci rentre en vigueur.

¹¹³ Ce Pays ne s'engage pas dans la Convention parce que plusieurs de ses États refusent d'abolir la peine de mort pour des crimes commis par des mineurs ou des handicapés, mais l'argument le plus significatif relève des droits des parents. En effet, de nombreux lobbies, soutenus par le Sénateur Jesse Helms, pensent que cette convention ôte les droits des parents sur leurs enfants. Et c'est d'abord cet argument, avec celui de l'avortement, qui est mis en avant.

Décembre 2003 : Les États-Unis ont fait savoir qu'ils désiraient ratifier la Convention, mais ils souhaitent auparavant déposer une réserve sur l'article 37 qui condamne le recours à la peine de mort contre les enfants. En effet, actuellement 25 Etats conservent la peine de mort, applicable à des mineurs, dans leur arsenal juridique. Certains d'entre eux n'hésitent pas à l'appliquer concrètement, y compris pour des mineurs atteints de maladies mentales avérées .

Janvier2005: Les Etats-Unis abolissent enfin la peine de mort contre les mineurs. A ce jour là, les États Unis n'ont toujours pas ratifié ce texte.

¹¹⁴ L'état des institutions de ce pays ne permet pas la ratification de la convention. Il n'y a, en effet, pas de gouvernement reconnu en Somalie. En 2010, la Somalie a annoncé son intention de ratifier la convention.

En effet, la Convention des droits de l'enfant contient, d'une part, un aspect philosophique qui constitue le vouloir dire des énoncés de son texte. Il s'agit de l'esprit de la Convention. Elle contient, d'autre part, un aspect technique plus concret correspondant au contenu de ses articles qui proposent deux volets aux droits de l'enfant : la protection et l'émancipation.

Que l'on se place au niveau de son statut ou de son contenu, la CIDE marque les esprits en mettant en lumière les droits de l'Homme (A), l'individualisme des relations familiales (B) et le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant (C).

A. La référence à la philosophie des droits de l'Homme

93. Une des notions les plus « glorieuses » que connaît le monde contemporain est celle des « droits de l'Homme ». Toutefois, cette notion ne date pas d'hier puisque elle est née au 17^{ème} siècle avec la philosophie de Hobbes et de Locke. Une notion proclamée par la Révolution française et qui était l'objet de la Déclaration de 1789. Tout d'abord, il s'agissait des droits de l'homme révolutionnaires qui sont précisément les droits subjectifs naturels, qui comprennent la propriété, les suites de la propriété, droits d'user et jouir de la chose et d'en disposer par contrat, ainsi que d'autres libertés. Ensuite, avec la philosophie de Christian Wolff (1679-1754), une nouvelle liste s'ajoute à ces droits, celle des droits dits « substantiels » : droit au travail, droit aux loisirs, droit à la santé ... La philosophie de Wolff se basait sur l'idée de « nature de l'Homme », de l'homme pris individuellement, traité comme un atome, à la mode des nominalistes alléguant que l'individu est invité par la nature à la « perfection » de son être, donc à la parfaite liberté, à la richesse et au bonheur.¹¹⁵ La théorie des droits de l'Homme ne va pas s'arrêter au stade « des droits naturels de l'Homme » car cette idée va être abolie par Jeremy Bentham (1748-1832), principal maître de « l'école utilitariste »¹¹⁶. Cet auteur conçoit que l'univers est constitué d'individus vivant dans un monde débarrassé de la « métaphysique » et des superstitions qu'a connu l'âge théologique. Toutes les actions de l'Homme ont une seule fin : celle de rechercher le plaisir et de fuir les peines. Bentham conçoit une science nouvelle de la législation, considérée comme un moyen de « maximisation de plaisir » et de réduction de peine, en nombre ou en intensité.

94. La philosophie des droits de l'Homme est basée sur la représentation donnée de l'Homme. Autrement dit : Quel est l'Homme des droits de l'homme ? Il est incontestable que la représentation de l'Homme à travers le monde est aussi variée que le sont les multiples

¹¹⁵ Michel VILLEY, *Philosophie du droit : Définitions et fins du droit, les moyens du droit*, Dalloz, 2001, p.112

¹¹⁶<http://agora.qc.ca>

cultures : « La personne humaine est perçue, définie et protégée distinctement selon les civilisations ». ¹¹⁷ Or comme la norme mondiale des droits de l'Homme est une construction intellectuelle occidentale ¹¹⁸, l'Homme à qui l'on s'adresse est forcément celui qui est le résultat de cette optique. L'approche de l'Homme occidental résulte dans sa genèse de la philosophie cartésienne qui se réclame des principes et des thèses de la pensée de René Descartes (1596-1650), pensée qui est devenue l'inspiration essentielle des philosophies ultérieures. Dès lors, l'Homme devient « une catégorie substantielle, non subordonnée, existant par lui-même d'un point de vue onto-méta-physique... Il est ainsi un sujet atemporel et contingent, et comme tel il possède une validité universelle antérieure à l'organisation sociale, détachée de la culture, de l'environnement et séparée du monde. Bref, une primauté accordée à la raison mais sans les faits et un idéal exclusivement humaniste. D'autre part, l'Homme est un être sécularisé au sens fort du terme et qui se veut affranchi des contraintes et des interdits sociaux. Il est une cause première et trouve sa source en lui-même. Cet individu fils de lui-même et confronté au groupe est le seul titulaire qui puisse se prévaloir de droit... » ¹¹⁹.

A partir de cette approche est née une pensée dominante qui constitue jusqu'à maintenant le canevas de la culture occidentale et la synthèse intellectuelle de celle-là. Ainsi, les droits de l'Homme se sont forgés dans l'individualisme, dans le libéralisme et dans un pur formalisme du droit : « Les droits de l'Homme de 1789, et de 1948, reposent sur une philosophie individualiste : Ils s'attachent à l'Homme individuel et font du droit quelque chose d'individuel ¹²⁰ ».

95. Dans la vision individualiste, la cité n'a plus d'existence et l'Homme est un être essentiellement asocial, apolitique et doté de droits naturels. D'ailleurs, la société ne se construit qu'à partir d'individus qui ont aussi une représentation individualiste d'eux-mêmes car, au fil du temps, ils se sentent plus détachés de leurs appartenances traditionnelles et familiales. Michel Villey l'analyse très bien ainsi : « le droit est le profit personnel au seul être vraiment existant, chaque individu, que désormais ontologiquement rien ne relie aux

¹¹⁷ Joseph YACCOUB, *Les droits de l'homme sont-ils exportables ? Géopolitique d'un universalisme*, Ellipses, 2005, p.16

¹¹⁸ Raimon PANNIKAR « La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental » *Interculture*, n°82, janvier, mars 1984, p. 3-28

¹¹⁹ Joseph YACCOUB, *op. cit.*, p.18

¹²⁰ François VALLANCON, « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Civitas*, n°8, mars 2003, p. 2

autres »¹²¹. Cela implique la disparition du citoyen au profit de l'individu, avec par conséquence, selon François Vallançon « Les droits de l'Homme séparent aussi l'Homme du citoyen en déduisant autant de devoirs de celui-ci que d'avantages de celui-là. »¹²² Et paradoxalement c'est l'individu, l'Homme comme tel, qui s'attribue le droit d'être citoyen et de déclarer le droit. Finalement, si tous les droits proviennent de l'individu dont il est à la fois le législateur et le titulaire, le droit individuel court le risque de ne connaître aucune limite.

96. Les droits de l'Homme et le libéralisme sont deux choses indissociables. Ils sont une conséquence évidente d'une vision globale du monde qui est à la fois individualiste et libérale. Comme l'individualisme conçoit que l'individu représente la seule unité d'analyse possible et la seule unité de valeur, le libéralisme, à son tour, prend l'individu comme point de départ de toute réflexion : il est juge et mesure, source et critère de légitimité. Le libéralisme veut d'abord libérer l'homme de toute contrainte imposée par un ordre traditionnel qui est en premier lieu la religion : « la liberté que le libéralisme recherche est d'abord la liberté de croire et ne pas croire, la liberté donc de suivre sa propre conscience et sa propre raison, ce que nous avons appris à nommer la liberté de penser ou la liberté intellectuelle. Cette liberté fondamentale demeure implicite si elle reste limitée au for intérieur de l'individu. La liberté de penser entraîne la liberté d'expression, la liberté de s'exprimer ouvertement et publiquement, par la parole parlée ; enfin elle implique la liberté de militer, sans crainte des représailles, en faveur de ses idées ».¹²³

97. Ensuite, le libéralisme délivre l'Homme de sa dépendance à la société. Dans cette vision, l'individu n'a pas besoin des autres et ne tire pas une satisfaction instinctive de leur compagnie. Cependant, cette dernière lui est nécessaire pour la réalisation de ses intérêts. Ici la société n'est qu'un moyen au profit de l'individu, seule unité de valeur supérieure. Toutefois, elle ne peut être réalisable que dans une situation de concurrence ardue.

Quelle place donner alors à l'Etat? Ce dernier constitue « un arbitre passif », « un garde de sécurité » et « un juge impartial » crée par les hommes pour servir leurs fins. « C'est pourquoi, les Hommes peuvent limiter la sphère des activités de l'Etat et imposer les conditions de son fonctionnement. Mais afin que l'Etat puisse exercer les fonctions qu'on veut bien lui attribuer, il faut que les hommes lui concèdent certains pouvoirs, y compris des pouvoirs sur eux-mêmes. Toujours réticents à reconnaître une autorité sur eux-mêmes, les

¹²¹ Michel VILLEY, *op. cit.*, p. 104

¹²² François VALLANCON, *op. cit.*, p. 3

¹²³ André LIEBECH, *Le libéralisme classique*, Presses de l'université de Québec, Québec, 1985, p.15

hommes s'accrochent à cette nécessité, d'avance et de façon explicite, les rapports entre l'Etat et les citoyens, entre les gouverneurs et les gouvernés. Voilà l'origine conceptuelle de la théorie libérale du "contrat social" ¹²⁴ ».

98. Le quatrième élément du système libéral est la vie matérielle, notamment la liberté de posséder. L'Homme est libre dans la mesure où il est propriétaire, et d'abord propriétaire de lui-même. L'individu est en quête permanente du bonheur et pour cela il va chercher à tirer profit de tout, en cherchant toujours là où se trouve son intérêt personnel. C'est ainsi que l'analyse économique libérale sera étendue à toutes les sphères sociales puisque le « marché ne représente pas seulement la satisfaction d'un idéal d'optimalité économique, mais la satisfaction de tout ce à quoi aspirent des individus considérés comme des sujets génériques de liberté » ¹²⁵.

99. Les droits de l'Homme répondent à un formalisme de droit qui ne se soucie pas de l'usage qui en est fait, du vrai contenu (leur justice, leur utilité) ou de son applicabilité dans le réel. L'essentiel réside dans la souscription de ces droits à une loi positive qui est seule souveraine et non remise en doute. C'est ainsi que « La fin du droit comme " *ars boni et aequi* " est récusée, au profit du service de l'individu, au profit de la logique de l'individu. Cet individu peut tout ce que lui permet ou lui commande la loi positive, il ne peut rien contre elle. L'art du droit n'est plus qu'une technique tendant à concilier l'utilité de l'individu et la conformité à la loi. Le droit devient l'école du formalisme. » ¹²⁶

100. Ceci dit, selon la philosophie des droits de l'Homme, l'enfant est lui aussi un individu doté de droits et qui, comme tout être humain, doit bénéficier des droits de l'Homme. C'est cela même qui est affirmé dans le préambule de la Convention des droits de l'enfant, en faisant appel à la charte des Nations Unies, dans laquelle les peuples « ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'Homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine ». Alors, la Convention des droits de l'enfant n'est que l'application des droits de l'Homme à l'enfant.

D'ailleurs, la philosophie des droits de l'Homme ne se limite pas au seul domaine politique. Elle intègre toutes les sphères de la vie sociale jusqu'au plus privées d'entre elles qui est la famille.

¹²⁴ André LIEBECH, *op. cit.*, pp. 20-21

¹²⁵ Alain DE BENOIT, « le libéralisme contre les identités collectives », in *Aux sources de l'erreur libérale : pour sortir de l'étatisme et du libéralisme, l'âge d'homme* par Benjamin GUILLEMAIN et Arnaud GUYOT-JEANNIN (Dir.), Lausanne, Suisse, 1999, p. 54

¹²⁶ François VALLANCON, *op. cit.*, p. 5

B. L'enfant, un individu reconnu dans la famille

101. La Convention des droits de l'enfant est le premier texte international qui prône l'individualisation de l'enfant sans qu'elle en soit l'origine¹²⁷. La représentation de l'enfant moderne est un résultat naturel de l'avènement de la « société des individus » défendue par Norbert Elias.

Comme l'indique Jacques Commaille : « la famille a connu dans les sociétés occidentales une profonde mutation, passant du statut d'institution garante de l'ordre sociale à celui d'association d'individus... A cet égard, la Convention internationale des droits de l'enfant qui prend en considération l'enfant comme individu, indépendamment de sa famille, est un événement marquant »¹²⁸. Dans la même cellule familiale gérée par un droit « classique » de la famille existe, désormais, un droit des individus. Le plus récents d'entre eux est celui des enfants par rapport aux parents. Daniel Dagenais explique que « C'est l'*universalisation* de l'identité qui appelle le nouveau rapport parental à l'enfant ; c'est parce que l'individu moderne est un être *indéfini*, sans destination sociale *à priori*, que se met en place une nouvelle structure de rapports parents- enfants »¹²⁹

102. Suivant la logique de l'individualisme, l'enfant est un être perçu indépendamment de son milieu et notamment de ses parents. Il n'est plus pensé par rapport à l'adulte comme il y a longtemps. En outre, la période de l'enfance est une fin en elle-même, elle n'est plus ce « temps de transition, vite passé, et dont on perdait aussi vite le souvenir »¹³⁰. Désormais, on rejette l'idée selon laquelle l'enfant serait un être inachevé ou un adulte en devenir. Ce qui compte le plus c'est l'enfant ; on ne se préoccupe plus de savoir d'où il vient ou à quelle lignée il appartient: « D'abord, l'enfant ne provient plus d'une seule lignée, et il n'y a aucun sens à penser qu'il viendrait de deux lignées. Il est immédiatement issu de ce rapport conjugal amoureux que ses parents ont formé »¹³¹. La filiation est devenue un lien subtil qui relie les géniteurs à leur progéniture et la famille moderne fondue

¹²⁷ « Considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité » Préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant

¹²⁸ Jacques COMMAILLE, «Droit de la famille, droit des individus», *Revue Quart Monde*, n°179 - Projets familiaux, 2001, *Revue Quart Monde. Org*, pp.1- 3

¹²⁹ Daniel DAGENAIS, *La fin de la famille moderne : signification des transformations contemporaines de la famille*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2000, p.23

¹³⁰ Philippe ARIES, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Edition du Seuil, Coll. Points-Histoire, Paris, 1973, p.15

¹³¹ Daniel DAGENAIS, *op. cit.*, p. 23

conjugalement abolit l'importance de la filiation dans l'institution symbolique de la personne. Elle désigne essentiellement le lien parents enfants et non le lien qui unirait les ancêtres de ceux-là aux descendants de ceux-ci »¹³²

103. Si nous poussons la logique de l'individualisme à son bout, l'enfant devient un individu qui n'aura pas besoin de l'autre, c'est-à-dire de sa famille ! Néanmoins, ce n'est pas l'enfant qui en fait la demande. C'est plutôt les parents qui ont changé leur attitude envers leur progéniture en se considérant désormais comme des façonneurs d'individus. Les parents ne sont plus les transmetteurs d'un héritage moral ou matériel, ils veillent surtout à rendre leurs enfants indépendants et être entièrement autonomes. C'est ainsi que « la famille moderne innove en ce qu'elle donne pour charge de fournir à ses enfants un héritage abstrait, intangible, à savoir une éducation, qui les mettra en mesure d'être ce qu'ils veulent, selon leur vocation, c'est-à-dire : des individus »¹³³. La Convention proclame cela dans son Préambule en « Considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies ». Ce nouveau rapport à l'enfant de la part des adultes fait que l'enfant lui-même change sa perception de lui-même.

104. Involontairement même, la famille devient un espace de tension, du fait que les droits seront forcément en concurrence et chacun composant de l'association des individus éprouvera la suppression de ces droits par rapport à l'autre. Si avant la famille avait le souci d'établir le bien commun, aujourd'hui elle est confrontée à l'aspiration démesurée de ses composants à l'autonomie et à l'individualisation, ce qui heurte à sa logique d'institution. « La famille est moins conçu comme un groupe que comme cadre de l'épanouissement personnel des individus qui la composent, et particulièrement de l'enfant »¹³⁴.

105. Dans le modèle familial traditionnel, l'enfant était une conséquence naturelle et normale de l'union d'un homme et d'une femme. Dans le couple moderne, c'est l'enfant qui constitue la famille. « On assiste à un bouleversement des temporalités familiales : dans le modèle traditionnel, on avait un cycle de vie représenté par les fiançailles, le mariage, la naissance des enfants... à ce schéma inscrit dans la longue durée, se substitue un temps court, une succession de conséquence : un même individu pourra être célibataire, puis marié, puis

¹³² Daniel DAGENAIS, *op. cit.*, p. 29

¹³³ Daniel DAGENAIS, *op. cit.*, p. 188

¹³⁴ Hugues FULCHIRON, « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant » in *Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant : une belle déclaration ! Et après ? Introduction aux droits de l'enfant*, Tome 1(1995), www.childsrights.org, 1997, p.20

divorcé, puis en concubinage, puis au sein d'une famille recomposée...un chiffre témoigne de cette mobilité de la structure familiale : en moyenne , près d'un mariage sur trois se solde par un divorce. »¹³⁵. Dès lors, l'enfant se retrouve devant deux personnes, mariées ou pas, qui se sont mises en couple pour la réalisation de leur bonheur, sans avoir forcément l'objectif de fonder une famille. « À la limite, il n'est pas exagéré de dire que la conjugalité est une valeur relativement négligée. D'un point de vue sociologique, le "couple", qui fit l'objet d'études très novatrices par Émile Durkheim, et plus près de nous par François de Singly, n'a plus de valeur s'il n'a pas d'enfant(s) à charge. C'est sans doute, selon nous, qu'il n'est plus fondateur de la famille. Il est une affaire affective, absente du droit et revenue dans la sphère totalement privée »¹³⁶. Affirme Thierry Fossier.

En définitive, quand l'enfant est là, il faut chercher son intérêt. C'est ce que prévoit la Convention des droits de l'enfant.

C. L'intérêt supérieur de l'enfant

106. L'une des grandes idées avancées par la Convention des droits de l'enfant est celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Loin d'être une notion juridique stricto sensu, ce terme fait l'objet de nombreuses études multidisciplinaires dont les effets peuvent être parfois très variés. Cette notion, en dépit de sa signification, est à la fois ancienne et nouvelle. « On en trouve trace dans la *favor liberorum* des Instituts de Justinien ou dans le plus grand avantage de l'enfant inscrit dans le code Napoléon comme critère (subsidaire) de choix entre les père et mère divorcés »¹³⁷. Qu'elle soit citée en droit interne ou en droit international, la notion de l'intérêt de l'enfant n'est pas clairement définie. Elle fait partie de ce que l'on appelle les standards du droit, c'est-à-dire des notions à contenu variable et indéterminé. « Mais c'est cette non définition justement 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 »¹³⁸. « C'est donc un concept juridique très moderne, qui n'a guère 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

¹³⁵ Jacques COMMAILLE, *op. cit.*, p. 1

¹³⁶ Thierry FOSSIER, « Un droit de la famille centré sur la parentalité », *Informations sociales* 2008/5, n° 149, p. 32-38.

¹³⁷ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p.19

¹³⁸ 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), www.childsrights.org, 1997, p.12

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 »¹³⁹

107. Dans la Convention des droits de l'enfant, l'expression est citée sept fois dans six articles différents. L'article 3 est celui qui fonde le principe : « 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 ». Cet article donne la priorité à l'intérêt de l'enfant dans toute décision le concernant, qu'elle émane d'une institution publique dotée d'un pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire ou d'une institution privée chargée d'une mission de protection. Même si l'article 3 n'a pas cité les décisions émanant d'une autorité privée que sont les parents et la famille, un autre article viendra combler le vide et imposer comme "guide" pour élever les enfants et assurer leur développement harmonieux, de suivre le principe de l'intérêt de l'enfant.

108. Les articles 9, 18, 20, 21, 37 et l'article 40 sont plus précis et évoquent l'intérêt de l'enfant dans les sujets cités successivement :

- En cas de séparation des parents, enfants pour des motifs de maltraitance ou de négligences et en cas de la séparation des deux parents.
- Dans la responsabilité des parents d'élever leurs enfants.
- Dans le cas où l'enfant est privé de son milieu familial.
- En matière d'adoption.
- Dans le cas où l'enfant est privé de liberté.
- Lorsque l'enfant est suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale.

109. La Convention, par son silence sur la portée de l'intérêt de l'enfant, a laissé aux législations et à la doctrine des Etats parties la liberté d'interprétation de façon à ce que la notion ne dispose pas d'un caractère objectif. « C'est un concept particulièrement flou auquel on peut faire évoquer tout ce que l'on veut »¹⁴⁰. On peut remarquer cette divergence d'abord par les termes utilisés pour dire l'intérêt de l'enfant. En effet, en Grande-Bretagne on préfère la notion de bien-être *welfare of the child* et en Allemagne on parle du bien de l'enfant *kindeswohl*. Evidemment, la traduction ne donne pas les mêmes résultats au niveau juridique

¹³⁹ Jean ZERMATTEN, *op.cit.*, p.4

¹⁴⁰ Pierre VERDIER, « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », *Enfances & PSY* 2009/2, n° 43, p. 87.

puisque le bien être se détache de l'intérêt de l'enfant et ces deux termes ne sont pas pour autant des synonymes.

110. Sur le concept de l'intérêt de l'enfant, Jean Carbonnier avait écrit en 1959 ceci : « L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial¹⁴¹ ». Elle est magique parce qu'on a cru à ses pouvoirs pour changer le sort des enfants, magique parce qu'elle enchantera tout le droit de la famille.

111. De la notion magique à un instrument de mesure, le passage de l'intérêt pour l'enfant à l'intérêt de l'enfant est la première étape dans la démarche libératrice de celui-ci. Si l'intérêt pour l'enfant consiste à le protéger physiquement et moralement en raison de sa vulnérabilité, désormais on cherche l'intérêt de l'enfant parce qu'il est sujet et non plus un simple objet de droit¹⁴².

112. L'intérêt de l'enfant est pour Jean Zermatten un instrument juridique conçu par la Convention pour atteindre le bien-être de l'enfant. L'auteur parle du bien-être de l'enfant comme d'un état idéal vers lequel la Convention tend. On se demande si cette finalité est généralisée à tous les enfants puisque la Convention s'adresse à eux sans aucune distinction de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique...Et si elle est ainsi dans le texte juridique, est-t-elle vraiment effective ?

L'intérêt de l'enfant est un instrument juridique qui ne constitue pas un droit subjectif en tant que tel ; mais il institue un principe d'interprétation qui doit être utilisé dans toutes les formes d'interventions à l'égard des enfants. Ce principe ne peut être déterminé que par la pratique. En conséquence, l'intérêt de l'enfant est censé s'adapter à toutes les situations relatives au temps et à l'espace, aux différences culturelles, socio-économique et juridiques.

113. Selon Hugues Fulchiron, la notion de l'intérêt de l'enfant n'est pas une évidence. Elle est complexe et ambiguë. L'auteur distingue deux fonctions de l'intérêt de l'enfant : l'intérêt est utilisé tantôt comme critère de contrôle, tantôt comme critère de solution.

Apparus successivement (notamment dans l'exemple français), les juges, au lendemain de la Révolution, contrôlaient l'exercice de l'autorité paternelle en se fondant sur la référence à l'intérêt de l'enfant. Après la déchéance de la puissance paternelle et la multiplication des

¹⁴¹ Jean CARBONNIER cité par Gilbert DELAGRANGE, *Comment protégé l'enfant ?*, Khartala, 2004, p.30

¹⁴² Cf. Alain RENAUT, La libération des enfants, contribution philosophique à une histoire de l'enfance, Bayard, 2002, p.337-341 ; « l'enfant à l'épreuve de ses droits » in *Enfants, adultes : vers une égalité de statuts ?* Par F. de SINGLY, Universalis, Paris, 2004, pp.63-76

textes en droit interne comme en droit international sur la protection de l'enfance, les rapports juridiques entre parents et enfants évoluent vers une seule fin : l'intérêt de l'enfant. Désormais, lorsqu'on parlera d'autorité parentale ce sera toujours rattaché au critère de l'intérêt de l'enfant. En fait, ce principe intervient tout d'abord comme critère de contrôle, car c'est l'aune de cet intérêt que le législateur confie au juge le soin de contrôler l'exercice par les père et mère de leur mission.

L'intérêt de l'enfant intervient aussi comme critère de solution. Tel est le cas lorsque la loi organise elle-même l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale ou lorsque le législateur confie au juge le soin d'apprécier l'intérêt de l'enfant pour définir les relations de l'enfant avec ses parents séparés.

114. Si l'émergence du concept de l'intérêt de l'enfant a provoqué un vrai débat en droit de la famille, celui de l'intérêt supérieur de l'enfant a suscité beaucoup plus d'interrogations. Rentrée dans l'histoire juridique par la consécration que lui a donnée la Convention internationale des droits de l'enfant, la locution comporte un mot qui la rend plus ambiguë. Le mot « supérieur » fait-il référence au « plus grand intérêt de l'enfant » ou bien à un intérêt supérieur aux intérêts en présence ?

D'après notre auteur, « Selon la première interprétation, il s'agirait seulement d'insister sur l'importance du critère de l'intérêt de l'enfant par une formule un peu redondante si l'on retient en revanche la seconde lecture, l'innovation prend une toute autre dimension: il s'agirait de faire de l'intérêt de l'enfant un critère supérieur à tout autre, une considération qui, pour le législateur comme pour le juge, doit l'emporter sur toute considération qui pourrait éventuellement apparaître comme contradictoire. La notion d'intérêt de l'enfant serait donc investie d'une nouvelle fonction, celle de critère de résolution de conflits d'intérêts ou de conflits de droits »¹⁴³. Certes, la famille est naturellement un lieu d'interaction qui ne se transforme pas nécessairement en conflit, même si les membres qui la composent ne sont pas identiques : différences de sexes, différences de générations, différences d'âges, différences idées et forcément différences d'intérêts. En effet, avec toutes ces différences, le conflit peut ne pas avoir lieu si l'intérêt de chacun des membres découle d'un seul et même intérêt supérieur celui de l'intérêt général de la famille.

Cependant, sans devenir excessif, les conflits d'intérêts et de normes sont une réalité à ne pas nier. D'autant plus si la qualification de l'intérêt de l'enfant comme supérieur aux autres

¹⁴³ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p.22

intérêts est la seule interprétation valable. Ainsi, « on se pose donc la question de savoir si l'intérêt de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant, peut là encore servir de critère de résolution de conflits »¹⁴⁴.

Les débats et les interrogations surgies par le principe de l'intérêt de l'enfant ne signifient pas qu'il est accepté ou réfuté. La question est qu'il est un critère flou et qui génère facilement les dérives. Tout dépend de l'interprétation que l'on veut lui donner ou de l'« idéologie » adoptée. En tout cas ce qui est sûr, pour Hugues Fulchiron, c'est que la notion de l'intérêt de l'enfant est marquée par la relativité et la subjectivité.

115. En ce qui concerne la relativité, elle se manifeste dans le temps et dans l'espace.

Il a déjà été évoqué que la notion de l'intérêt de l'enfant n'est pas récente, puisqu'elle est apparue au XIX^{ème} siècle. Ce qui est vraiment récent, c'est la portée de cette notion et son caractère évolutif. Or, ce qu'il est important de signaler, est le changement opéré pour l'intérêt de l'enfant était à la fois rapide et radical. De plus, avec l'évolution du « savoir » sur le concept de l'enfance, notamment dans les domaines de la psychologie et la psychanalyse, on constate que la notion de l'intérêt de l'enfant est surtout définie, par le législateur comme par le juge, par rapport à ces savoirs qui demeurent pourtant constamment variables.

Une chose est sûre : l'intérêt de l'enfant est relatif dans l'espace. En effet, il n'est pas difficile de démontrer qu'il soit dans le droit ou dans le fait. L'intérêt d'un enfant qui ne serait pas respecté dans ses droits élémentaires, soumis au trafic, à la prostitution et au travail dès son jeune âge ne sera en aucun cas le même que celui d'un enfant vivant à l'abri de tout cela et qui a d'autres préoccupations. Si la Convention relative aux droits de l'enfant était destinée véritablement à tous les pays du monde, elle devait être d'avantage adaptable et relative aux contextes divers dans lesquels elle serait mise en œuvre. En conséquence, il paraît évident que les notions clés dont elle fait référence sont à la fois relatives et évolutives.

116. Selon Hugues Fulchiron, la notion de l'intérêt de l'enfant est marquée également par la subjectivité à la fois collective et personnelle.

Il s'agit d'abord d'une subjectivité collective, parce chaque société à un moment donné et dans un espace donné se fait une image de l'intérêt de l'enfant. C'est le groupe qui définit cet intérêt en s'appuyant sur d'autres éléments relatifs à la culture, à la tradition, aux savoirs véhiculés ainsi qu'à la politique.

La subjectivité personnelle se manifeste à un triple niveau ¹⁴⁵ :

¹⁴⁴ Idem

Subjectivité des parents tout d'abord: quel parent ne prétend pas agir dans l'intérêt de l'enfant alors même qu'il semble poussé par des considérations avant tout égoïstes (les juges du divorce le savent bien)?

Subjectivité de l'enfant également: le problème surgit notamment lors de la prise en compte de l'avis ou des souhaits de l'enfant, car si l'intérêt de l'enfant ne se réduit pas à la conception que s'en font les parents, il ne correspond pas nécessairement à l'image qu'en a l'enfant lui-même.

Subjectivité du juge enfin, ou de l'autorité administrative investie du pouvoir de prendre la décision: or chacun sait ici combien est forte cette subjectivité (ou en tout cas le risque de subjectivité), alors même que la décision prétend reposer sur une analyse "scientifique" de la situation.

Il serait difficile d'opter pour une objectivité de la notion de l'intérêt de l'enfant, même si la Convention a cru que ce serait le cas en la posant ainsi comme référence ultime. La relativité ainsi que la subjectivité de la notion ne sont pas un mal en soi. C'est plutôt sa position dans un texte international qui est censée être universelle, qui pose problème. Le débat est apparu à partir du moment où derrière toute notion « cadre » se cache une certaine idéologie qui peut parfois toucher les sensibilités.

117. Les droits de l'Homme de l'enfant, l'enfant individu ou l'intérêt de l'enfant ne sont pas les seuls points d'appui de la Convention de 1989. Ils constituent surtout sa singularité parmi la Convention de Genève de 1924 et de la Déclaration de l'ONU de 1959.

Il est important de souligner que les fondements philosophiques de la Convention ne sont pas aussi clairs que cela puisqu'elle ne relève ni de la tradition protectionniste ni de la tradition libérationniste : « La Convention entend, « enfant » strictement au sens de « mineur », et ne remet donc absolument pas en cause la notion de minorité juridique. En un sens donc, elle emploie l'expression « droits de l'enfant » selon la même philosophie que la Convention de Genève de 1924 et que la Déclaration de L'ONU de 1959 : son Préambule, ainsi que de nombreux articles définissent clairement les droits de l'enfant comme droits à « une protection spéciale » et ceux-ci sont réaffirmés avec beaucoup de force. Mais, par ailleurs, on ajoute désormais à ces droits à la protection d'autres types de droits, qui n'ont de sens qu'exercés par leur bénéficiaire : les droits à la liberté d'opinion (art. 12), à la liberté d'expression (art. 13), à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14), à la liberté

¹⁴⁵ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 25

d'association (art. 15), sont des droits qui supposent la capacité juridique , c'est-à-dire la responsabilité »¹⁴⁶. Néanmoins, toute la campagne qui a suivi l'adoption du texte, notamment dans les pays développés, a été au profit de l'esprit « libérationniste » de la Convention. Les projecteurs ont été mis sur ces droits ambigus qui mettent en cause l'incapacité juridique de l'enfant et qui consacre son autodétermination.

Plus généralement, la caractéristique de ce texte est d'employer le mot « droit » comme si sa signification allait de soi, voire était unique¹⁴⁷.

Ainsi, aborder l'aspect concret de la Convention, particulièrement ses articles, reflétera la façon dont le texte a été élaboré.

Paragraphe 3: Les préoccupations exclusives de la CIDE

118. Droits civils et politiques, droits économiques, sociaux et culturels : les articles de la Convention couvrent les différentes catégories de droits. En effet, leur contenu remplit toutes les relations qui lient l'enfant à son entourage. Dès lors, les parents et l'Etat deviennent redevables envers les enfants de droits.

Le texte est une énumération de droits qui ne sont classés ni par importance ni par thème. Toutefois, « Pour des raisons pédagogiques, on décrit parfois la gamme des droits garantis par la Convention comme les trois « P » : prestation, protection et participation »¹⁴⁸. D'après la logique de la Convention, l'enfant est mineur et en même temps citoyen. Ainsi, les deux préoccupations essentielles de la CIDE sont la protection (A) et l'émancipation (B). Comment, arrive-t-elle à associer ces deux affirmations antinomiques ? Propose-t-elle vraiment une solution ?

A. La protection de l'enfant par la Convention

119. La minorité de l'enfant est consacré par La Convention relative aux droits de l'enfant de 1989: Il s'agit de tout être humain de moins de 18 ans¹⁴⁹. Sans préciser la date du commencement de l'enfance, la Convention laisse donc à chaque Etat le soin de la définir,

¹⁴⁶ Irène THERY, *le démariage, justice et vie privée*, Odile Jacob, 1993, 97 août 2001, pp, 406, 407

¹⁴⁷ Irène THERY, *op. cit.*, p.407

¹⁴⁸ Gilbert DELAGRANGE, *Comment protéger l'enfant*, Karthala, 2004, p. 43

¹⁴⁹ Article 1 de la Convention des droits de l'enfant : 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.

chacun selon ses considérations. Pourtant, le statut de l'enfant avant la naissance est l'un des débats les plus soulevés en droit. Autrement dit, la Convention s'adresse-t-elle à l'embryon, potentiel enfant ? La Convention n'a pas répondu à cette question intentionnellement pour éviter, sans doute, un débat illimité et indéfini. De plus, elle ne voulait pas, en ouvrant cette brèche, compromettre l'acceptation universelle de celle-ci.

120. De cette manière, la plupart des articles de la Convention s'appliquent à l'enfant après sa naissance. Toute la période qui précède la constitution d'un enfant n'est pas prise en considération par la Convention. Cette insuffisance met à l'écart la généalogie de tout enfant. Reconnaître l'humanité de l'enfant est d'abord une reconnaissance de la nature humaine qui consiste à dire que l'homme est un être qui se distingue des autres créatures et qui fait partie d'une seule ascendance humaine. Aborder l'humanité de l'enfant à partir de la naissance est une idée tout à fait évidente ; l'aborder avant la naissance est un acte audacieux.

121. La Convention fixe la période de l'enfance entre « Zéro » an et dix-huit ans. En effet, un enfant peut avoir quatre ans, comme il peut en avoir seize. À vrai dire, l'une des imprécisions de la Convention est de ne pas prendre en considération l'âge de l'enfant. Bien que l'enfance soit une période entière dans la vie de l'être humain, elle demeure évolutive et progressive. Entre la naissance et l'âge de dix-huit ans, un enfant subit des transformations qui ont un effet certain sur son statut juridique, notamment sur les droits qui lui sont attribués. La définition de l'enfant comme celui qui a moins de dix-huit ans est un peu restrictive, d'autant plus si la majorité est fixée par un âge légal, qui est dans le texte, de dix-huit ans. Quel est le fil séparateur, dans la Convention, entre l'enfance et la majorité ? Est-ce qu'il est d'une part l'irresponsabilité et d'autre part la responsabilité ? Ou il s'agit, tout simplement, d'un point de limite qui désigne la fin de l'enfance ?

Le passage à l'état d'adulte ne se désigne pas forcément par un âge légal prescrit par la loi. Il s'agit plutôt, d'une progression à la fois naturelle et culturelle. Naturelle parce que l'enfant, comme l'adulte subit des transformations de nature physique, psychique et psycho-sociales. Ces derniers ont évidemment de grandes influences sur son statut juridique. Ces transformations sont aussi d'ordre culturel, parce qu'être adulte est aussi un processus d'éducation qui commence à partir du bas âge (de l'enfant) et qui ne s'achève pas. Nous apprenons à être adulte. C'est pourquoi, nous ne pouvons pas demander à un enfant de devenir adulte du jour au lendemain quand il atteint ses dix-huit ans. C'est en le préparant à cet avenir que son enfance s'achèvera un jour. « Il y aurait donc un passage brutal de

l'enfance à l'âge adulte »¹⁵⁰ dans l'article 1 de la Convention. Néanmoins, un enfant, quel que soit son âge, a besoin de ses parents, notamment pour le préparer à l'avenir.

122. La Convention des droits de l'enfant n'a pas cessé d'insister sur la minorité de l'enfant en rappelant que la famille est l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour sa croissance et son bien-être¹⁵¹. La minorité et l'autorité parentale sont deux choses inséparables comme la convexité et la concavité d'une même courbe¹⁵². En effet, la condition juridique de l'enfant est une façon de le protéger mineur et aussi de l'intégrer à un groupe familial. L'idée de la famille comme unité fondamentale de la société fait partie des évidences classiques reprises par le préambule en toute clarté. En annonçant cela, la Convention veut insister sur le lien étroit qui existe entre les droits de l'enfant et la structure familiale. Cette institution, qui doit être protégée et assistée pour pouvoir accomplir son rôle dans la communauté.

C'est pourquoi l'enfant a besoin de sa famille, milieu naturel pour sa croissance et son bien-être. Certes, il est indispensable, pour la Convention, que l'enfant grandisse dans son milieu vital pour pouvoir acquérir une personnalité et s'épanouir dans la vie. Seulement que l'article ne s'arrête pas là puisqu'il ajoute : « ...dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ». Cette expression peut être comprise comme une recommandation, un idéal à obtenir ou, en revanche, une condition du maintien de l'enfant dans son milieu familial. A côté de cette ambiguïté, cette déclaration s'avère grandiose du fait de la place accordée aux parents, mais peu crédible en consultant la suite des articles.

123. Justement, la Convention ne remet pas en cause le rôle des parents. Mais pour que ce rôle puisse être accompli, les père et mère ne doivent pas dissimuler leur identité à l'enfant ; ce droit est consacré par l'article 7 alinéa 1 :

« 1. 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 ».

¹⁵⁰ Guy RAYMOND, *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, éditions Juris-classeur, Litec, 1997, p.47

¹⁵¹ « Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, 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 le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension, » Préambule de la CIDE.

¹⁵² Jean CARBONNIER, *Droit civil : la famille, l'enfant, le couple*, Tome 2, PUF, avril 2002, p.129

124. L'adoption de la Convention des droits de l'enfant était un tournant dans l'histoire de l'enfance. Le texte a rassemblé tous les droits concernant l'enfant et sa relation avec son entourage. La Convention a voulu garantir à l'enfant « une protection spéciale » comme elle a veillé à qu'il bénéficie des droits libérés. Toutefois, n'est-il pas étonnant de savoir que le droit de connaître les origines biologiques de l'enfant est limité par la suite de l'article 7 : « ... dans la mesure du possible » ?

L'article 5 de la Convention retourne la question en prévoyant que « les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant , de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention ». La famille est objet de protection, d'assistance et aussi de respect de la part des Etats. Elle est respectée dans l'exercice de sa responsabilité, dans son devoir d'abord et dans ses droits envers leurs enfants ensuite.

125. L'article suivant fait référence aux parents en tant que titulaires essentiels de l'autorité parentale. Il mentionne ensuite la famille élargie, les tuteurs et les représentants légaux. Quant au rôle que la Convention attribue aux parents, il s'agit d'orienter et de conseiller, tout en restant fidèle aux droits de l'enfant. En limitant la fonction des parents à l'orientation et au conseil, la Convention rompt avec l'ancienne conception de la famille qui est celle de l'éducation et de la transmission, à condition que l'orientation et les conseils des parents soient conformes avec les droits cités par le texte. A ce propos, la convention fait un amalgame : celui d'assimiler un enfant de bas âge qui a besoin d'un accompagnement régulier de ses parents, à un adolescent qui a besoin d'orientation et de conseil. Dans leur fonction, les parents doivent être guidés par les droits cités par la Convention. Autrement dit, les droits de l'enfant constituent le guide des relations parents enfants.

126. L'enfant mineur a le droit de rencontrer ses père et mère et d'être élevé par eux. Il a envers eux des droits et des devoirs. Néanmoins, « ces droits doivent prendre en compte la dissymétrie des places dans la chaîne des générations et la responsabilité des adultes dans la transmission ; ils ne peuvent être dits réciproques qu'à condition de ne pas méconnaître cette

non-réversibilité des places et la nature des liens dont certains, comme la dépendance et l'autorité liés au statut des mineurs, ont pour vocation de dissoudre »¹⁵³.

127. Consciente de la place des parents, la Convention insiste sur le maintien des relations familiales de l'enfant : « 1. 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.

2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible » (Article 8).

En principe, la majorité des enfants ont des parents et vivent avec eux. Cependant, les circonstances de la vie familiale (décès, séparation, naissances hors mariage...etc.) conduisent à un relâchement des relations familiales. Ce problème a été abordé par la Convention en consacrant l'obligation des Etats parties de respecter et de préserver le maintien des relations familiales de l'enfant.

Dans l'article 8 alinéa 2, le maintien des relations familiales de l'enfant constitue l'un des éléments constitutifs de son identité y compris le nom et la nationalité. Si la stabilité familiale peut être menacée par des circonstances survenues involontairement, l'enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre son plein gré.

128. La séparation involontaire de l'enfant et de ses parents est l'un des problèmes abordés par la Convention avec beaucoup d'intérêt. Le texte international incite les Etats parties à faire en sorte que la séparation soit considérée comme une exception dans des cas exceptionnels, et qu'à chaque fois qu'il est possible, maintenir l'enfant dans son milieu naturel (sa famille). Ainsi, la séparation parents-enfants est soumise aux règles suivantes :

- La séparation ne doit pas être contre le gré des parents ou de l'enfant
- La séparation doit être une décision émanant d'une autorité judiciaire compétente
- La décision doit avoir épuisé toutes les voies de recours
- La décision doit être conforme aux lois et aux procédures applicables
- La décision de la séparation doit être nécessairement dans l'intérêt de l'enfant

¹⁵³ Françoise DEKEUWER DEFOSSEZ (dir.), « Renover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », Rapport du ministère de la justice, *La documentation française*, 1999, p.8

-Les parties doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de pouvoir donner leurs avis¹⁵⁴

Si la décision de séparation est prise, les Etats doivent assurer la continuité des relations personnelles et des contacts entre l'enfant et ses parents sauf si l'intérêt supérieur de l'enfant prévoit le contraire¹⁵⁵.

129. Si la séparation est le résultat d'une décision étatique à l'encontre des parents ou de l'enfant. L'Etat doit garantir le maintien des relations familiales en donnant les informations nécessaires aux personnes intéressées, sauf si cette demande est contraire à l'intérêt de l'enfant ou si elle porte préjudice aux autres membres de la famille¹⁵⁶.

Il incombe aussi aux Etats parties de prendre en considération les demandes concernant la réunion des membres d'une même famille en les traitants avec humanité, diligence et dans un esprit positif. Les enfants et les parents appartenant à deux pays différents ont le droit de conserver leurs relations, de se rejoindre tout en respectant les restrictions prescrites par les lois internes des Etats concernés¹⁵⁷.

¹⁵⁴ « 1. 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. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues ». (Article 9 alinéa 1 et 2 de la CIDE)

¹⁵⁵ « 3. 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 ». (Alinéa 3 de l'article 9 de la CIDE)

¹⁵⁶ « 4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un Etat partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'Etat partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées ». (Alinéa 4 de l'article 9 de la CIDE)

¹⁵⁷ « 1. Conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leurs familles.

2. Un enfant dont les parents résident dans un Etat différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 9, les Etats parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité national, l'ordre public, la sante et la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention ».

Dans les cas d'enlèvements internationaux d'enfants, les Etats parties doivent prendre les mesures nécessaires pour lutter contre ce genre de déplacement et non-retour illicite 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. (Article 11)

130. L'éducation est un droit vital pour l'enfant. Comme les plantes par la culture, on façonne les hommes par l'éducation¹⁵⁸. Ainsi, la Convention a consacré quatre articles à ce sujet.

D'abord, elle met en évidence l'éducation des parents, les premières valeurs inculquées aux enfants : « Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention » (Article 5)

131. Il incombe aux parents la responsabilité d'éduquer leurs enfants qui sont à leur charge. Il y a quelque siècle auparavant, le mot éducation avait un sens qui n'est plus répandu aujourd'hui. Il signifiait « nourriture ». Ainsi l'éducation, l'institution et l'instruction étaient trois choses différentes¹⁵⁹. De plus, l'éducation ne consistait pas seulement à nourrir et à entretenir un enfant mais surtout, à lui transmettre des valeurs et des principes de vie. En revanche, le concept aujourd'hui est très limité à l'entretien des parents et à l'instruction à l'école.

En effet, la responsabilité des parents envers leurs enfants consiste à les nourrir, les entretenir et veiller à leur sécurité, santé et moralité. En vertu de leur autorité parentale, les parents ont le pouvoir de prendre toutes les décisions qui s'imposent pour le bien-être de leurs enfants mineurs.

132. La Convention a utilisé l'expression « droit à l'éducation » pour faire référence au droit de l'enfant à la scolarisation. Cette dernière est certes l'un des divers sens de l'éducation.

¹⁵⁸ Cf. Jean-Jacques ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 10

¹⁵⁹ *Idem*, p.18

« 1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

- a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous;
- b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin;
- c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés;
- d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles;
- e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les Etats parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement ». (Article 28)

La scolarisation est un droit inhérent à la condition des enfants. Ils sont, en effet, dans une période importante et sensible pour l'acquisition des connaissances et la multiplication des expériences¹⁶⁰. L'apprentissage des premières années est d'une importance cruciale pour l'Homme dans la mesure où tout manque ou insuffisance peuvent être nuisibles pour l'avenir de celui-ci. En conséquence, aucun obstacle ne doit justifier le non accès des enfants à la scolarité. En revanche, la scolarisation est très liée au contexte politique, économique et social de chaque Etat.

133. La Convention affirme que le droit à l'éducation (la scolarisation) doit être assuré par l'Etat et qui doit se fonder sur le principe de l'égalité des chances.

¹⁶⁰ OCDE, *Comprendre le cerveau : naissance d'une science de l'apprentissage*, 2007, pp.184, 185

D'abord, la scolarité doit être gratuite et généralisée. La Convention insiste sur la gratuité de l'école pour que tous les enfants puissent bénéficier de ce droit sans discrimination. Le primaire ainsi que le secondaire doivent être ouverts à tous à l'exception de l'enseignement supérieur qui dépend de la politique de chaque Etat. En effet, la rédaction du paragraphe C de l'article 28 a suscité des controverses entre les représentants de certaines délégations¹⁶¹.

L'alinéa 3 de l'article 28 insiste aussi sur le principe de la coopération internationale en tant qu'instrument indispensable pour bannir l'analphabétisme et faciliter l'accès aux méthodes d'enseignement modernes.

L'article 29 traite lui aussi du sujet de l'éducation de l'enfant en précisant les objectifs de celle-ci : l'épanouissement de la personnalité de l'enfant, l'inculcation du respect des droits de l'Homme, des parents et du milieu naturel, sa préparation à la responsabilité de la vie en société¹⁶².

134. La minorité de l'enfant est liée à sa protection. Tout enfant qui n'a pas atteint la majorité est censé être protégé de tout ce qui peut le nuire et éviter que l'on abuse de sa méconnaissance des droits qu'il tient de la Loi.

¹⁶¹ « Certaines délégations étaient contre l'introduction du paragraphe C de l'article 28 relatif à l'enseignement supérieur. Finalement, il a été retenu grâce aux manifestations de la délégation australienne et Canadienne. En ce qui concerne le concept de gratuité, à titre d'exemple, le représentant de la Chine était contre l'emploi du concept en argument que les Etats n'avaient pas le même niveau de développement ; c'est pourquoi, il proposa l'expression « des que les circonstances le permettent ».

¹⁶² « 1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;

b) 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;

c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne;

d) 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 et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone;

e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'Etat aura prescrites ».

La protection dans la Convention des droits de l'enfant prend de multiples aspects : d'abord protéger sa vie en assurant sa survie en premier lieu et son développement en second lieu. Cela ne peut être garanti que par une protection sanitaire vitale assurée par l'Etat. Cette protection ne sera effective que si l'enfant bénéficie d'une prise en charge par la sécurité sociale établie par l'Etat.

Le développement de l'enfant exige qu'il jouisse d'un niveau de vie suffisant. Ce principe est mentionné dans l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁶³, dans l'article 11 de Pacte internationale relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁶⁴ et dans l'article 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁶⁵. Il s'agit de satisfaire les besoins humains matériels élémentaires qui sont la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base.

La reconnaissance d'un tel droit, pour tout individu vivant sur le territoire de l'Etat, est une condition à l'exercice d'autres droits fondamentaux et un élément indispensable dans un Etat fondé sur le droit. Ce droit se fonde sur la considération que la satisfaction des besoins matériels élémentaires répond à un devoir d'humanité de la société, découle de la dignité inhérente à tout être humain et constitue la condition d'existence de l'Homme, ainsi que de son épanouissement¹⁶⁶.

135. La protection de l'enfant comprend son identité. Cette entité essentielle inhérente à l'être humain et notamment à l'enfant. L'une des innovations de la Convention des droits de

¹⁶³ « 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 ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté »

¹⁶⁴ « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie.

2. Les Etats parties au présent Pacte, reconnaissant le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim, adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets :

a) Pour améliorer les méthodes de production, de conservation et de distribution des denrées alimentaires par la pleine utilisation des connaissances techniques et scientifiques, par la diffusion de principes d'éducation nutritionnelle et par le développement ou la réforme des régimes agraires, de manière à assurer au mieux la mise en valeur et l'utilisation des ressources naturelles;

b) Pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins, compte tenu des problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaires ».

¹⁶⁵ « Les Etats parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.

¹⁶⁶ www.rtdh.eu

l'enfant est d'avoir annoncé expressément dans son article 8 l'obligation de préserver l'identité de l'enfant. Les attributs de cette identité sont le nom, la filiation et la nationalité.

La Convention des droits de l'enfant assure la protection des enfants en danger : Ils comprennent l'ensemble des enfants en risque et des enfants maltraités. Il s'agit de ceux qui sont privés de leur milieu familial tel que l'enfant abandonné ou négligé¹⁶⁷, l'enfant placé¹⁶⁸, l'enfant réfugié¹⁶⁹, les enfants mentalement et physiquement handicapés¹⁷⁰, les enfants travailleurs¹⁷¹, les enfants des conflits armés¹⁷² et les enfants privés de liberté¹⁷³. La maltraitance physique et morale ainsi que l'exploitation économique et sexuelle des enfants sont condamnées dans plusieurs articles de la Convention. Ainsi, les enfants bénéficient d'une protection internationale même contre leurs parents et tout adulte ou institution ayant la garde.

136. Finalement en examinant les articles de la Convention, nous constatons que la minorité est un principe fondamental défendu par celle-ci afin de protéger l'enfant. Cependant, un paradoxe apparent dénote une vraie confusion dans le texte international : tout en préservant l'incapacité juridique de l'enfant, la Convention lui accorde des droits subjectifs. « C'est ainsi que le mineur, jusqu'à ses dix-huit ans, doté d'une capacité de jouissance presque complète, est juridiquement titulaire de droits subjectifs, mais ne peut pas toujours les exercer »¹⁷⁴.

En tout cas, malgré cette flagrante contradiction, « le texte a été glorifié comme « un événement historique », « une révolution mentale », « une approche totalement nouvelle de l'enfant, parce qu'on y a valorisé d'abord les droits qui mettent en cause l'incapacité juridique afférente à la minorité, pour les promouvoir en tant que clé de voûte d'une libération de l'enfance »¹⁷⁵. Certes l'enfant est mineur selon le texte international. Néanmoins, parmi les deux lectures antagonistes de la Convention, celle qui l'a emporté est celle défendue par les partisans de l'autodétermination « les idéologues des nouveaux droits de l'enfant »¹⁷⁶. Ces

¹⁶⁷ Article 19 de la CIDE

¹⁶⁸ Article 20 de la CIDE

¹⁶⁹ Article 22 de la CIDE

¹⁷⁰ Article 23 de la CIDE

¹⁷¹ Article 32 de la CIDE

¹⁷² Articles 38 et 39 de la CIDE

¹⁷³ Articles 37 et 40 de la CIDE

¹⁷⁴ Jean-Marie PLAZY, « Droit de l'enfant et incapacité juridique de l'enfant, entre droit international et législation nationale », *Informations sociales*, 2007/4 n° 140, p. 29

¹⁷⁵ Irène THERY affirme que la Convention entend, « enfant » strictement au sens de « mineur », *op. cit.*, p.410

¹⁷⁶ Idem

derniers dénoncent massivement l'incapacité juridique qui définit la minorité et la logique de la protection de l'enfance.

Le deuxième volet des droits accordés aux enfants par la Convention concerne les droits-libertés. Ils s'inscrivent dans les catégories des droits subjectifs de l'enfant. Ces droits définissent l'enfant comme citoyen et prônent son émancipation.

B. L'émancipation de l'enfant par la Convention

137. La Convention des droits de l'enfant est venue avec une nouvelle approche de l'enfant. Selon les partisans de la lecture libérationniste, la Convention a rompu avec la tradition protectrice de l'enfance : « L'enfant est appréhendé comme une personne. C'est en ce sens que je pense que la Convention est tournée vers le vingt et unième siècle. On sort de l'idée que l'enfant est un petit être fragile, à protéger contre autrui et contre lui-même, pour lui reconnaître une citoyenneté. Beaucoup de gens disent encore à propos de l'enfant : "il faut le préparer à être citoyen". La Convention vient dire : "Non, il est citoyen" »¹⁷⁷.

Si la citoyenneté était une idée inculquée aux enfants au cours de leur évolution¹⁷⁸, elle est aujourd'hui considérée comme l'une de ses caractéristiques dès la naissance.

L'enfant devient sujet de droit c'est-à-dire véritable propriétaire de droits qu'il peut exercer, et ce de manière autonome si nécessaire. En reconnaissant les droits de l'Homme de l'enfant, ce dernier n'est plus considéré comme cet être humain immature physiquement et intellectuellement qu'il faut protéger.

138. Cette lecture de la Convention repose essentiellement sur les articles 12 à 16 qui reconnaissent à l'enfant un certain nombre de droits-libertés.

Nous pouvons qualifier ces droits, selon l'expression de Marie-Philomène Gil-Rosado, de libertés de l'esprit de l'enfant, qui se partagent en deux catégories principales : les libertés liées à l'intimité spirituelle de l'enfant et les libertés intellectuelles de l'enfant¹⁷⁹. Ces deux catégories englobent la liberté de pensée, de conscience, de religion, la liberté de l'information et la liberté d'association.

¹⁷⁷ Jean-Pierre ROSENCZVEIG, Président du tribunal pour enfants de Bobigny, in *Libération* du 21 novembre 1989

¹⁷⁸ C'est-à-dire préparer l'enfant à être un citoyen.

¹⁷⁹ Marie-Philomène GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Défrenois, Paris, 2006, p. 41

Si la Convention a consacré les droits-protections de l'enfant, cela ne l'a pas empêché de percevoir l'enfant comme un sujet de droit, capable de former ses idées propres relatives à son for intérieur ou à sa raison. Un enfant, selon la Convention, a toutes les capacités de forger un avis, de l'exprimer et aussi de le défendre. Il est juste de dire qu'en ce point, la Convention a raison. En revanche, la question qui se pose est donc : l'avis, l'idée ou la conviction de l'enfant sont-elles fondés, appropriés ou opportuns? Cela ne peut être mesuré qu'avec la progression de l'enfant dans le temps, l'accumulation des expériences et évidemment avec le rôle de guide des parents.

139. D'abord, nous allons nous interroger au sujet de la portée réelle des dispositions de la CIDE sur les libertés de l'esprit de l'enfant. Sont-elles précisément obligatoires ou constituent-elles des déclarations d'incitation et d'intention ?

La Convention a utilisé dans ces dispositions des formules telles que « garantissent », « respectent », « reconnaissent » ou encore « s'engage », ce qui ne signifie qu'une seule chose : il s'agit d'une portée juridique contraignante¹⁸⁰. De plus, le texte international n'aurait pas eu tout ce succès-là si les droits-libertés n'ont pas fait partis des engagements que les Etats doivent honorer impérativement. De ce point de vue, les droits émancipant l'enfant sont tout à fait contraignants. Ce constat ne fait pas l'unanimité des auteurs puisque le philosophe Alain Renault propose « de créditer ces déclarations d'un rôle normatif d'un genre particulier (...).Il faudrait, dit-il, n'accorder aux droits de l'enfant qu'une vertu symbolique, autrement dit compter avant tout sur leur force d'entraînement et sur leur capacité à orienter l'action¹⁸¹ ».

A ce sujet, bien que sa proposition n'ait pas été prise au sérieux, il est toutefois, intéressant d'en tirer des idées. Certes, les droits énoncés dans la Convention, protecteurs comme libérateurs, ont tous une force contraignante et ils sont censés être applicables. Néanmoins, il est important de souligner que les droits-libertés, à l'encontre des droits-protection, se caractérisent par leur portée générale qui multiplie les interprétations. De plus, il s'agit, comme il est clairement précisé dans le texte de la Convention, des libertés : liberté de pensée, liberté d'expression etc., ce qui veut dire qu'en parlant d'une liberté, il faut toujours prévoir une limite ou, au moins un cadre.

140. Nous ne prônons pas une portée symbolique des droits-liberté, au contraire, il fallait énoncer que l'enfant n'est pas qu'un objet de plaisir, de consommation ou de

¹⁸⁰ Marie- Philomène GIL-ROSADO, *op. cit.*, p. 53

¹⁸¹ Marie-Claude BLAIS, « Une libération problématique », *Le Débat*, 2002/4 n° 121, p.145

dorlotement. Si l'enfant, notamment dans le monde occidental et libéral constitue, désormais, une bonne publicité à vendre ainsi qu'un « plaisir à s'offrir », les droits de l'esprit de l'enfant font preuve que celui-ci est un être humain, en dépit de son bas âge, doté d'un esprit et d'une âme qu'il faut mettre en avant et ne plus laisser à l'état d'enfance interminable. En parallèle, dans les pays où les libertés fondamentales et les droits de l'Homme sont à remettre en cause, l'annonce contraignante des droits-liberté de l'enfant, par la Convention, constitue une secousse, et pourquoi pas un déclic.

Bien au contraire, les droits de l'esprit ne doivent pas s'opposer aux droits-protection de l'enfant. Elles viennent, ainsi, les compléter. Un enfant a besoin évidemment de prise en charge et de protection, comme il a besoin d'être autonomisé et exposé au monde extérieur. Sinon nous allons nous retrouver face à des adultes en « adolescence interminable ¹⁸² », d'adultes qui auraient du mal à assumer leur majorité, ainsi que leurs responsabilités. Pour retourner à la proposition d'Alain Renaut, nous disons que les droits-liberté ne doivent pas être considérés comme « des déclarations symboliques », il faut juste les mettre dans une approche globale incluant aussi les droits-protection.

141. La Convention est un seul corps ¹⁸³ dont les droits-protection et les droits-liberté doivent être conçus dans l'esprit global du concept des droits de l'enfant. À vrai dire, une des lacunes de la forme de la Convention, qui a coûté cher à sa réputation, est l'énumération des droits, parce qu'elle a fait en sorte de les citer séparément dans des articles, sans aucun ordre ni logique. Il fallait opter pour une méthode qui consiste à fusionner ces deux aspects dans un texte avec un esprit global qui démontre la complémentarité et la corrélation entre les droits-protection et les droits-liberté, lui aurait épargné les diverses interprétations.

Comme ce n'est pas le cas, nous nous contenterons d'évoquer rapidement les libertés de l'esprit de l'enfant un par un.

142. Le premier de ces droits est la liberté de pensée et de conscience. En général, cette liberté trouve son fondement dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ¹⁸⁴, et avant tout dans la philosophie des Lumières du XVIII^{ème} siècle. Elle signifie que

¹⁸² Cf. Paul YONNET, *Travail, loisir. Temps libre et lien social*, Paris, Gallimard, 1999, pp.175-176

¹⁸³ D'ailleurs cette distinction, droits protection et droits liberté, n'est pas consacrée par la Convention. Elle est juste la lecture de la doctrine. De plus, au niveau de la forme les articles se sont suivis successivement sans aucune classification.

¹⁸⁴ L'Article 10 énonce : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ». L'article 11 « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi. »

toute personne est libre de penser comme elle l'entend et d'avoir des opinions contraires à celle de la majorité. Cependant, si cette pensée devient un guide d'action, le droit doit s'y intéresser.

La CIDE dans son article 14 ne définit pas la liberté de pensée de l'enfant. Elle ne donne aucun indice, ce qui laisse une large marge d'interprétation. Dans la liberté de pensée et de conscience, nous pouvons trouver des convictions religieuses, politiques, morales et philosophiques. Pour ce qui est des convictions philosophiques, une définition apparaît de la part de la Cour Européenne des droits de l'Homme, à la lumière des dispositions de la Convention : il s'agit de « convictions qui méritent respect dans une société démocratique, ne sont pas incompatible avec la dignité de la personne et ne vont pas à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction ¹⁸⁵ ».

Dans la liberté de pensée et de conscience, les convictions religieuses font aussi l'objet d'une protection par la Convention. Toutefois, la CIDE fait une différence entre la liberté religieuse et la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, étant donné que les expressions de cette liberté doivent respecter la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques ainsi que les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

143. La liberté d'expression a fait l'objet de quelques précisions de la part de la Convention puisque dans l'article 12, cette liberté n'est accessible qu'aux enfants capables de discernement et dans les questions qui les touchent directement. En outre, l'expression de ses opinions ne peuvent être prise en considération qu'en prenant en compte deux éléments : l'âge et le degré de maturité.

Selon la Convention, la liberté d'expression de l'enfant est liée à la liberté de rechercher et de recevoir les informations (article 13). Ce qui veut dire que tant que l'enfant n'a pas accès à l'information, en dehors de son milieu restreint familial et scolaire, celui-là peut difficilement forger un avis libre et personnel qu'il pourra exprimer. Dans ce sujet, la CIDE recommande aux Etats parties de veiller « ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale ¹⁸⁶ ».

144. Finalement la Convention reconnaît aussi la liberté d'association et la liberté de réunion pacifique pour les enfants (article 15), ce qui veut dire clairement qu'un enfant peut

¹⁸⁵ Marie- Philomène GIL-ROSADO, *op. cit.*, p. 61

¹⁸⁶ Article 17 de la CIDE

créer et adhérer à une association. Néanmoins, il existe quelques restrictions prévues par la loi ainsi que des limitations relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

145. Dans cette lignée, la consécration de la Convention des droits-liberté n'est pas absolue. Le texte international conçoit les parents et les représentants légaux de l'enfant comme les premiers responsables de son éducation et de son développement. Ainsi, elle fait en sorte de ne pas contredire sa vision « protectrice ». Cependant, ce tiraillement entre émancipation et protection apparaît dans la pratique contradictoire, sinon impossible.

Marie Claude Blais précise bien que « la difficulté ne porte que sur les droits-libertés et non sur les droits créances (...). Le véritable problème posé par le texte est effectivement qu'il veut tenir les deux bouts et qu'il n'y parvient pas. Les droits de créance, droit d'être soigné, éduqué et protégé contre les mauvais traitements, créent une obligation pour les parents, ou, à défaut, pour l'État et ses représentants, et n'engagent pas leurs titulaires.

Ils ont la fonction incontestable de rappeler aux adultes leurs obligations envers des êtres mineurs et vulnérables. Les droits-libertés font du mineur une personne responsable, capable de décision et passible de sanctions pénales. D'un point de vue strictement juridique, la composition des deux types de droits relève de la tâche impossible ¹⁸⁷».

146. La tâche de cerner les deux volets de la CIDE n'aurait pas été difficile si la déclaration du texte international n'avait pas pris l'aspect d'un aboutissement du processus de libération de l'enfant depuis les Lumières. L'ampleur qu'a pris le texte international a dirigé tous les regards vers sa dimension « libérationniste ». De cette manière, la Convention n'a pas pu être vue dans sa globalité avec ses deux volets qui sont censés se compléter avec la progression physique et mentale de l'enfant.

147. En outre, accepter les deux lectures dans le même texte serait tout à fait normal si celui-là avait démontré comment cette transition peut être faite. Ce qui manque, peut-être, aux droits protections et aux droits-liberté est une transition qui fait le lien entre les deux. Il est vrai que l'énoncé des droits-liberté est brusque, sans aucune introduction ni remise en contexte. C'est la même question qui se répète, formulée il y a des siècles, par Kant : « A quel moment est-on mûr pour la liberté ? ». En effet, le passage entre les âges est totalement dissimulé par la Convention. Elle ne mentionne, même pas l'adolescence qui constitue un âge marquant, en particulier dans le monde occidental. Parce que la maturité n'est pas forcément liée à l'âge, devenir un homme responsable s'apprend et s'acquiert.

¹⁸⁷ Marie-Claude BLAIS, *op.cit.*, p. 146

Les droits-libertés de l'enfant ne constituent pas une liberté pour lui. C'est sa maturité et sa responsabilité, ainsi que son engagement qui font de lui un être libre. En effet, les droits-libertés cités par la CIDE ne sont que des attributs de la liberté. La liberté n'est que le pouvoir spécifique à l'être humain, digne et doué de raison, de se maîtriser et de prendre le dessus sur son égo.

148. Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu'en parlant de « libération », nous sommes devant des enfants : « il ne s'agit pas de la même émancipation que celle de cette autre population « dominée » que constituaient les femmes. Le caractère spécifique de l'enfant est d'être primitivement dépendant. Son émancipation juridique le maintient dans une dépendance qui n'est pas assujettissement, mais reconnaissance de son immaturité et de son droit à « vivre son enfance ». Mais, il ne tire pas les conséquences de cette différence : cette libération produit une liberté qui pose plus de problèmes qu'elle n'en résout¹⁸⁸ ». Grosso modo, le débat suscité par les droits-libertés de l'enfant est la même problématique éternelle de la liberté et de ses limites.

¹⁸⁸ Idem

Section 2 : L'acceptation de la CIDE

149. Le gage d'une acceptation de la Convention relative aux droits de l'enfant par les Etats signataires consiste à prendre en considération les recommandations du comité des droits de l'enfant, l'organe compétent qui surveille l'application de la CIDE par les Etats parties (paragraphe 1) et l'appropriation de ses dispositions au niveau régional pour qu'elles soient plus concrètes et notamment effectives. C'est le cas des textes européens des droits de l'enfant (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La création du Comité des droits de l'enfant

150. La Convention des droits de l'enfant fut accueillie par la majorité des Etats avec un grand enthousiasme puisque elle est l'une des deux seules conventions les plus largement acceptées dans le système des Nations Unies. Cependant, comme pour toute convention de l'ONU, la question du suivi reste primordiale. C'est ainsi que le Comité des droits de l'enfant a été créé en vertu de l'article 43 de la Convention¹⁸⁹ pour renforcer l'activité des organes internationaux en faveur des enfants :

¹⁸⁹ Convention internationale des droits de l'enfant : Article 43 :

« 1. 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, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.

2. Le Comité se compose de 10 experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention. Ses membres sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques.

3. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les États parties. Chaque État partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants.

4. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les États parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le Secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les États parties qui les ont désignés, et la communiquera aux États parties à la présente Convention.

5. Les élections ont lieu lors des réunions des États parties, convoquées par le Secrétaire général au Siège de l'Organisation des Nations Unies. À ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des États parties, les candidats élus au Comité sont ceux qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des États parties présents et votants.

6. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le président de la réunion immédiatement après la première élection.

7. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'État partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité.

8. Le Comité adopte son règlement intérieur.

9. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans

10. Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des États parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale.

« Le comité des droits de l'enfant est un organe composé d'experts indépendants qui surveille l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant par les Etats parties. Il surveille aussi la mise en œuvre des deux protocoles facultatifs à la Convention, l'un concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, l'autre la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

Tous les Etats parties sont tenus de présenter au Comité, à intervalles réguliers, des rapports sur la mise en œuvre des droits consacrés par la Convention. Ils doivent présenter un premier rapport dans un délai de deux ans après avoir adhéré à la Convention, puis tous les cinq ans. Le comité examine chaque rapport et fait part de ses préoccupations et de ses recommandations à l'Etat partie sous la forme d' « observations finales ».

Le Comité examine aussi les rapports complémentaires présentés par les Etats qui ont adhéré aux deux Protocoles facultatifs.

Il ne peut examiner de communications émanant de particuliers mais les questions relatives aux droits de l'enfant peuvent être soulevées auprès de comités qui ont la compétence d'examiner de telles communications.

Le Comité se réunit à Genève et tient normalement chaque année trois sessions de trois semaines, précédées d'une réunion d'une semaine du groupe du travail de pré-session.

Le Comité publie également son interprétation des dispositions relatives aux droits de l'Homme, sous forme d'observations générales concernant des questions thématiques, et organise des journées de débat général. »¹⁹⁰

151. Le comité des droits de l'enfant constitue le maillon fort de la Convention des droits de l'enfant dans sa mise en application et dans la responsabilisation des Etats signataires afin que la Convention exerce ainsi un impact direct sur les droits internes et ne soit plus uniquement décorative !

Toutefois, les communications du Comité souffrent d'une diffusion insuffisante au niveau interne, notamment pour les acteurs de la société civile.

11. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention.

12. Les membres du Comité institué en vertu de la présente Convention reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale, des émoluments prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies dans les conditions et selon les modalités fixées par l'Assemblée générale. »

¹⁹⁰ <http://www.ohchr.org>

Depuis le 10 février 2003, conformément à une décision entérinée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1996 et entrée en vigueur le 18 novembre 2002, le Comité des droits de l'enfant est composé de 18 experts « de haute moralité et possédant une compétence reconnue » dans le domaine de droits de l'enfant, au lieu de 10¹⁹¹. Le but visé est d'assurer une répartition géographique équitable et prendre en compte les principaux systèmes juridiques existant dans le monde. De plus, les membres du Comité ne sont pas permanents puisqu'ils sont élus pour un mandat de quatre ans. Bien que le travail du Comité ne soit pas suffisamment médiatisé, il constitue un organe effectif dans la mise en œuvre de la Convention et dans le suivi des évolutions internes de chaque Etat sur la cause des enfants. D'ailleurs, le Comité se réunit trois fois par an à Genève pour une durée de quatre semaines. La dernière semaine est toujours réservée à la préparation de la session suivante. Le Comité est desservi par le Centre des Nations Unies pour les droits de l'Homme à Genève¹⁹². Depuis sa création, le Comité a tenu 53 sessions dont la première s'est déroulée en janvier 1993 et la dernière du 11 au 29 janvier 2010¹⁹³.

152. Le Comité entretient une méthode de travail pour gérer son rôle de suivi et de la mise en œuvre de la CIDE. On peut résumer le déroulement des sessions en trois points :

L'étude des rapports qui est la tâche essentielle du Comité,

Susciter un débat général sur des questions pertinentes concernant les droits de l'enfant,

Recevoir des informations relatives aux droits de l'Homme en vue de la réalisation des enquêtes.

153. En ce qui concerne les rapports, avant chaque session, un groupe de travail du Comité se réunit pour un examen préliminaire des rapports censés être présentés par tel ou tel Etat. Cette rencontre prépare l'échange de points de vue entre le Comité et les représentants des Etats auteurs des rapports. « Les débats du Groupe de travail de pré-session sur le rapport

¹⁹¹ <http://www.aidh.org>

¹⁹² <http://www.ohchr.org>

¹⁹³ Le 25 mai 2009, à l'ouverture de sa 51^e session, le Comité a réélu à sa présidence Mme *Yanghee Lee* qui avait été élue pour la première fois en mai 2007. Les autres membres du Bureau élus pour deux ans sont : Mme *Agnès Akosua Aidoo*, M. *Kamel Filali*, Mme *Rosa María Ortiz* et M. *Jean Zermatten*, en tant que Vice-présidents, et M. *Lothar Friedrich Krappmann*, comme Rapporteur. Le Comité a accueilli six nouveaux membres au début de la session : Mme *Hadeel Al-Asmar*; M. *Peter Guran*; M. *Sanphasit Koompraphant*; Mme *Marta Maura Pérez*; Mme *Kamla Devi Varmah*; et Mme *Susana Villarán de la Puente*.

Le Comité est actuellement composé des experts suivants : Mme *Agnès Akosua Aidoo* (Ghana); Mme *Hadeel Al-Asmar* (Syrie); M. *Luigi Citarella* (Italie); M. *Kamel Filali* (Algérie); M. *Peter Guran* (Slovaquie); Mme *Mária Herczog* (Hongrie); Mme *Moushira Khattab* (Egypte); M. *Sanphasit Koompraphant* (Thaïlande); M. *Hatem Kotrane* (Tunisie); M. *Lothar Friedrich Krappmann* (Allemagne); Mme *Yanghee Lee* (République de Corée); Mme *Marta Maura Pérez* (Chili); Mme *Rosa María Ortiz* (Paraguay); M. *Awich Pollar* (Ouganda); M. *Dainius Pûras* (Lituanie); Mme *Kamla Devi Varmah* (Maurice); Mme *Susana Villarán de la Puente* (Pérou); et M. *Jean Zermatten* (Suisse).

d'un Etat se traduisent par la rédaction d'une « liste de points à traiter ». Cette liste, qui donne une idée préliminaire des questions que le Comité juge prioritaires de traiter, est envoyée au gouvernement concerné qui est invité à participer à la session du Comité qui examinera le rapport. Le gouvernement est prié de répondre aux questions par écrit avant la session. Cette façon d'aborder les choses donne aux gouvernements la possibilité de mieux se préparer à l'échange de points de vue avec le Comité. Comme certains points ne figurant pas sur la liste peuvent surgir au cours du débat, le Comité préfère s'entretenir avec des personnalités de haut rang, comme des ministres ou des vice-ministres, plutôt qu'avec des représentants qui ne seraient pas habilités à prendre des décisions.

Les échanges de points de vue avec les Etats parties portent sur des questions concrètes et précises et tendent à traiter à la fois des résultats et des processus. Bien que tous les membres du Comité prennent habituellement part aux délibérations, dans la plupart des cas, deux membres prennent « les choses en main » en qualité de « rapporteurs » pour tel ou tel pays.

A la fin de l'exercice, le Comité adopte des « observations finales », dans lesquelles il fait le point sur l'examen du rapport de l'Etat partie. Ces observations sont censées être largement diffusées dans l'Etat partie et servir de point de départ à un débat national sur les moyens d'améliorer la mise en œuvre des dispositions de la Convention. Aussi constituent-elles un document essentiel : on attend des gouvernements qu'ils appliquent les recommandations qui y sont formulées¹⁹⁴».

154. En ce qui concerne le débat général, c'est une idée novatrice de la part du Comité puisque en janvier 1993, « le Comité a recommandé à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général d'entreprendre une étude sur la protection des enfants dans les conflits armés. Cette requête était le fruit d'un "débat général" d'une journée entière sur la question, organisé en 1992 par le Comité et auquel des organes des Nations Unies et des organisations non gouvernementales ont été invités à participer.

Depuis, des questions comme l'exploitation économique des enfants, les droits de l'enfant dans le milieu familial, les droits de la fillette et la justice pour mineurs ont aussi fait l'objet d'un débat général. Des débats axés sur un thème ont lieu environ une fois par an; ils peuvent déboucher sur des demandes d'études, mais peuvent aussi servir de base à un travail d'interprétation des articles de la Convention¹⁹⁵ ».

¹⁹⁴ <http://www.ohchr.org/Documents/Publications>

¹⁹⁵ Idem

155. Pour le troisième point « le Comité reçoit aussi des informations de mécanismes mis sur pied par la Commission des droits de l'Homme pour enquêter sur des problèmes de droits de l'Homme dans tel ou tel pays ou sur des questions bien particulières, par exemple du Rapporteur spécial chargé d'examiner la question de la torture, du Rapporteur spécial sur la question des exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires et du Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes. Le Rapporteur spécial chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants est à cet égard le partenaire privilégié du Comité.

Les organes et institutions spécialisées des Nations Unies peuvent participer aux délibérations du Groupe de travail et fournir des informations. Se fondant sur les renseignements écrits reçus d'organisations non gouvernementales compétentes, le Comité a aussi souvent invité des organisations non gouvernementales à prendre part aux réunions préparatoires sur les rapports des Etats ¹⁹⁶ ».

156. Finalement, nous pouvons dire que le travail du Comité des droits de l'enfant fonde sur la prévention en faisant une pression morale sur les Etats partie de la Convention. En effet, le Comité n'a pas une autorité contraignante puisque les Etats ne sont pas obligés de suivre ses recommandations. Cependant, ils doivent au moins en tenir compte. La seule pression qui peut être pratiquée sur les Etats parties tient du fait qu'ils sont tenus de s'expliquer sur la suite qu'ils y auront donnée chaque fois qu'ils seront convoqués aux prochaines sessions du Comité. Cette influence, quoiqu'insuffisante, demeure essentielle, notamment auprès des Etats qui ignorent totalement la question des droits de l'enfant.

157. Certes, la Convention internationale des droits de l'enfant est venue couronner les évolutions internes des pays occidentaux concernant la protection de l'enfance, notamment à la fin du XIX^e siècle quand les législations nationales ont commencé à réglementer le travail des enfants, consacrant ainsi la première intervention de l'Etat dans un domaine relevant jusqu'alors des seules relations entre patrons et pères, chefs de famille. En revanche, à propos des pays pauvres et des pays en voie de développement, la ratification de la Convention n'est ni la continuité d'un processus d'évolution, ni son couronnement. C'est pour cette raison que l'application de la CIDE et même le suivi du Comité des droits de l'enfant reste ineffective, d'autant plus en l'absence d'une vraie volonté politique. En effet, la ratification de la Convention n'était que le résultat de la « Realpolitik » adoptée par la majorité des pays en voie de développement. Nonobstant cela, la ratification d'un traité internationale peut être

¹⁹⁶ Idem

interprétée comme une volonté de suivre le parcours des grands dans la promotion des droits de l'enfant.

En tout cas, pour l'Europe, sa bonne volonté de mettre en œuvre les recommandations de la CIDE l'a incitée à trouver des outils plus proches et « logistiquement » plus efficaces. Il faut noter qu'il n'existe pas une convention européenne des droits de l'enfant au sens propre du terme. Il s'agit, toutefois, de divers textes traitant directement ou indirectement de la question des droits de l'enfant.

Paragraphe 2 : Les textes européens sur les droits de l'enfant

158. Les juridictions européennes ont été favorables à la mise en œuvre des dispositions de la CIDE, en les intégrant aussitôt dans leurs raisonnements et en élaborant des textes spécifiques aux droits de l'enfant. Nous pouvons distinguer deux sortes de textes européens : ceux qui s'intéressent indirectement à la promotion des droits de l'enfant et ceux qui touchent directement ces droits.

159. Le texte européen de base qui traite indirectement des questions relatives aux droits de l'enfant est, sans doute, la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹⁷. Bien qu'elle soit spécialement consacrée aux droits de l'Homme et qu'elle ne contienne aucune disposition spécifique à l'enfant. Par analogie, les droits de l'enfant sont pris en considération, étant donné que l'enfant est sujet de droit, c'est-à-dire titulaire de droits et de libertés. Et comme la Convention protège les droits reconnus à « toute personne », la personne qu'est l'enfant ne peut qu'être l'objet de cette protection. Ainsi, « les droits de l'Homme appartiennent pleinement aux enfants¹⁹⁸ ».

Par ailleurs, la Convention évoque à plusieurs reprises des questions au sujet de l'enfant celle mentionné dans l'article 5 paragraphe 1 de la Convention, qui prévoit la privation du mineur de sa liberté : « s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ». L'article 2 du protocole additionnel qui garantit le droit à l'instruction aux enfants : « L'Etat, 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

¹⁹⁷ Cf. Lucile COUTURIER- BOURDINIÈRE, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits des enfants » in *Liberté, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, volume 1, Bruylant, 2004, p.523. F. TULKENS, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les droits des enfants », *Journal du Droit des Jeunes*, n°272, février 2008, p.6.

¹⁹⁸ Françoise TULKENS., « La Convention européenne des droits de l'Homme et les droits des enfants », *Journal du Droit des Jeunes*, n°272, février 2008, p.5.

conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». Les enfants sont concernés aussi par l'article 8 et l'article 12 de la Convention qui consacre le droit au respect de la vie familiale et privée et le droit au mariage et de fonder une famille.

160. Pour garantir l'application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, celle-là a mis en place un mécanisme efficace qui est celui de la Cour européenne des droits de l'homme. Son système original permet à toute personne physique de saisir la Cour sans condition d'âge, de nationalité ni de capacité. En effet, l'enfant a le droit de saisir la Cour en cas de violation de ses droits ou libertés reconnues par la Convention¹⁹⁹.

Cependant, le recours ne peut définitivement être accepté que si les autres conditions sont remplies. Il s'agit d'avoir un intérêt direct et personnel à agir, c'est-à-dire être directement la victime de la violation²⁰⁰ d'une des dispositions de la Convention par un Etat signataire de celle-là, et en outre avoir épuisé toutes les voies de recours internes. Ces deux conditions constituent ainsi des obstacles au recours par l'enfant puisque le droit interne ne permet pas à un mineur de saisir individuellement la justice à cause de son incapacité juridique.

161. Du fait que la Convention et la Cour européenne des droits de l'enfant ont tracé comme objectif l'effectivité, ces conditions ont pu être assouplies pour permettre à l'enfant de saisir librement cet organe et donc faire prévaloir ses droits. Néanmoins, il faut noter que le nombre de requêtes émanant directement d'enfants est relativement faible, faute d'informations et de diffusion. Cependant, à titre d'exemple, nous pouvons citer les affaires suivantes : *Tyrer* contre Royaume-Uni du 25 avril 1978 concernant les châtiments corporels ; *Siliadin* contre France du 26 juillet 2005 relatif à l'esclavage domestique ; et *Aydin* contre Turquie du 25 septembre 1997 s'agissant du viol et de tortures subies par une adolescente en garde à vue²⁰¹.

Dans la plupart des affaires concernant les enfants et traités par la Cour, ce sont les parents ou les représentants légaux qui les introduisent, notamment dans les questions de la vie familiale. Il existe des cas où l'enfant et le parent agissent d'une manière solidaire. A titre d'exemple : Les affaires *Nielsen* contre Danemark du 28 novembre 1998 concernant le placement d'un adolescent de 13 ans dans un hôpital psychiatrique suite à la demande de sa mère, *X et Y* contre Pays-Bas du 26 mars 1985 concernant le viol d'une jeune fille handicapée mentale ou

¹⁹⁹ Isabelle BERRO-LEFEVRE « L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'Homme », *Journal du Droit des Jeunes*, n°272, février 2008, p. 12.

²⁰⁰ La CEDH invoque même la notion de victime potentielle dans l'arrêt *Dudgeon* du 22 octobre 1981.

²⁰¹ <http://www.childsrights.org/html/documents/themes/Aydin%20c.%20Turquie.pdf>

Mubilanza Mayeka et Kaniki Mitunga contre la Belgique en 2006 concernant l'expulsion d'une mineur étrangère non accompagnée âgée de cinq ans²⁰².

L'Etat, ainsi que les organismes de la société civile²⁰³, ont saisi la Cour pour des questions concernant les droits de l'enfant.

162. Bien que la Convention des droits de l'enfant ne soit pas invocable devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-là en fait référence dans certaines de ses décisions relatives à l'intérêt de l'enfant alors que cette notion n'existe pas dans la Convention européenne des droits de l'Homme. Depuis 1997, dans l'affaire X, Y, et Z. contre Royaume-Uni, la Cour reconnaît qu' « il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant ». Ainsi, la Cour prend au sérieux et en considération le principe de l'intérêt de l'enfant quand elle traite des questions qui l'intéressent. Dans les affaires relatives à la protection de la vie familiale, elle met toujours en avant l'intérêt de l'enfant, notamment en cas de conflit entre l'intérêt de celui-ci et celui de ses parents. Dix ans après dans l'affaire Wagner et J.M.W.L contre Luxembourg, rendu du 28 juin 2007, la Cour confirme son

²⁰² Idem

²⁰³ Nous pouvons citer la liste suivante concernant les recours collectifs en matière des droits de l'enfant :

Réclamation n° 14/2003 de la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France. La réclamation, enregistrée le 3 mars 2003, porte sur les articles 13 (droit à l'assistance sociale et médicale), 17 (droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique) et E (interdiction de toute discrimination dans l'application des droits garantis par le traité) de la Charte sociale européenne révisée. Il est allégué que les réformes récentes de « l'Aide médicale de l'Etat » (AME) et de la « Couverture maladie universelle » (CMU) privent du droit à l'assistance médicale un grand nombre d'adultes et d'enfants ne disposant pas de ressources suffisantes.

Réclamation n° 47/2008 de la *Defence for Children International* c. Pays-Bas. La réclamation a été enregistrée le 4 février 2008. Il est allégué que la législation néerlandaise prive les enfants en situation irrégulière aux Pays-Bas du droit au logement (article 31) et par conséquent d'une série d'autres droits énoncés aux articles 11 (droit à la santé), 13 (droit à l'assistance sociale et médicale), 16 (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique), 17 (droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique) et 30 (droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale) seuls ou en combinaison avec l'article E (non-discrimination) de la Charte sociale européenne (révisée).

Réclamation n° 67/2011 des Médecins du Monde - International c. France. La réclamation a été enregistrée le 19 avril 2011. L'organisation réclamante allègue que la France ne respecte pas les droits au logement, à la scolarisation des enfants, à la protection sociale et à la santé des *Roms* vivant en France. Ces allégations constituent une violation des articles 11 (droit à la santé), 13 (droit à l'assistance sociale et médicale), 16 (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique), 17 (droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique), 19§8 (garanties relatives à l'expulsion), 30 (droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale) et 31 (droit au logement), seuls ou en combinaison avec l'article E (non-discrimination) de la Charte sociale européenne révisée.

Réclamation n° 69/2011 de la Défense des Enfants International (DEI) c. Belgique. La réclamation a été enregistrée le 21 juin 2011. L'organisation réclamante allègue que les enfants étrangers, accompagnés ou non, qui sont en séjour irrégulier ou demandeurs d'asile, sont actuellement exclus de l'aide sociale en Belgique. Elle invoque les articles 7§10 (droit des enfants et des adolescents à la protection -protection spéciale contre les dangers physiques et moraux), 11 (droit à la santé), 13 (droit à l'assistance sociale et médicale), 16 (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique), 17 (droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique) et 30 (droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale) seuls ou en combinaison avec l'article E (non-discrimination) de la Charte sociale européenne (révisée). Extrait du site : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/complaints_fr.asp

attachement au principe de l'intérêt de l'enfant dans l'histoire d'une adoption internationale, ce qui ouvre des perspectives importantes quant à l'application de la question de l'intérêt de l'enfant et l'application du droit national²⁰⁴. Dans une décision peu attendue sur l'enlèvement international d'enfant, la mère Isabelle Neulinger obtient gain de cause pour le non-retour son enfant en Israël dans une décision du 6 juillet 2010 : « La Cour a estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant était de rester en Suisse avec sa mère car il courrait un danger physique et psychologique s'il retournait chez son père en Israël ».

Cela dit, la Cour est tout à fait présente aux côtés des enfants et de leurs droits. En Mars 2011, la Cour a publié une fiche thématique sur la protection de l'enfance résumant divers thème en relation avec la protection physique et morale de l'enfant et citant les arrêts qui leurs correspondent.

163. Avant d'évoquer le deuxième instrument européen consacré aux droits de l'enfant, il faut souligner que la Cour, malgré son efficacité déclarée, ne peut contraindre aucun Etat à exécuter ses décisions. Selon l'article 41 de la Convention européenne : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ». En effet, la Cour n'a qu'un pouvoir de jugement déclaratoire. Toutefois, cela n'empêche pas que ses décisions et ses interprétations soient des bases et des références pour les droits internes. C'est d'ailleurs le cas.

164. Le deuxième instrument européen qui s'intéresse directement aux droits de l'enfant est la Convention européenne relative à l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996 et entrée en vigueur le 1er juillet 2000²⁰⁵. Elle a été élaborée par le Comité des ministres des droits des enfants dans le but d'accorder à l'enfant un certain nombre de droits matériels. La Convention vise la protection du bien-être de l'enfant en prévoyant différentes mesures concernant ses droits procéduraux ainsi que la facilitation de son exercice. Cette Convention fait référence clairement à la CIDE comme étant à l'origine de celle-là notamment son article 4 : « tenant compte de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et en particulier de l'article 4 qui exige que les Etats Parties prennent toutes les mesures législatives,

²⁰⁴ Arrêt Wagner et J.M.W.L c/ Luxembourg, rendu du 28 juin 2007 (requête 76240/01)

²⁰⁵ Cf. Yves BENHAMOU, « La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », regard critique, *RTDH*, 1996, n° 25, p. 23 ; Annick ISOLA, « La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », in *L'enfant et les conventions internationales*, Jacqueline RUBELLIN- DEVICHI et Franck RAINIER, Pul, 1996, pp.84 et s.

administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans ladite Convention²⁰⁶ ». En l'occurrence, la Convention européenne relative à l'exercice des droits de l'enfant est censée être le complément ainsi que le « plan d'actions » des droits consacrés par la CIDE, puisqu'elle porte bien le mot « exercice » qui signifie : mettre en fonction et rendre opérationnel les droits de l'enfant.

La Convention européenne relative à l'exercice des droits de l'enfant s'applique essentiellement en cas de procédure judiciaire familiale, en particulier en ce qui concerne la garde, la résidence, le droit de visite, l'adoption, la tutelle, l'administration des biens, la déchéance ou la limitation de l'autorité parentale, la protection contre des traitements cruels et dégradants et les traitements médicaux. C'est surtout dans ce genre de litige que l'enfant a besoin d'être bien informé afin qu'il puisse, ainsi, être écouté et exprimer son avis librement. Afin de garantir l'application de la Convention, cette dernière prévoit un comité qui va « examiner toute question pertinente relative à l'interprétation ou à la mise en œuvre de la Convention²⁰⁷ ».

165. Cela dit, la promotion des droits de l'enfant au niveau européen ne se limite pas aux deux Conventions précitées. Nous avons évoqué au début du paragraphe l'intégration des droits de l'enfant par les institutions européennes, d'abord dans leurs raisonnements. C'est justement cette démarche qui concrétise la réalisation de ces droits.

Il faut noter d'abord que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne cite explicitement un article consacré aux droits de l'enfant. Il s'agit de l'article 24 qui prévoit que « 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Elle invoque, aussi dans l'article 32 l'interdiction du travail des enfants. Nous pouvons aussi citer la Charte sociale européenne²⁰⁸ qui a également consacré l'article 7 entièrement au droit des enfants et adolescents à la protection.

²⁰⁶ http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Europ/Conv_de02.htm

²⁰⁷ Article 16 du Chapitre III

²⁰⁸ Cf. Sylvaine POILLOT PERRUZZETO, « les droits de l'enfant dans l'ordre communautaire », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Daniel GADBIN et Francis KERNALEGUEN, Bruylant, 2004, pp.31 et s.

166. Le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs Conventions dans divers thèmes concernant l'enfant telles que la Convention européenne en matière d'adoption des enfants²⁰⁹, la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants²¹⁰, la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage²¹¹, la Convention sur la Cybercriminalité²¹², la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants²¹³, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains²¹⁴, la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels²¹⁵, la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée)²¹⁶. Hormis les Conventions adoptés par le Conseil de l'Europe, les autres organes tels que le Comité des ministres, l'assemblée parlementaire ...etc. formulent des recommandations, prennent des résolutions et élaborent des rapports

167. Enfin, il n'est pas étonnant de constater l'abondance des instruments européens consacrés aux droits de l'enfant. Ils sont divers et traitent de multiples sujets, ce qui fait la richesse et l'effectivité de ces normes. Bien que le niveau de la réalisation de ces droits se distingue d'un Etat à l'autre, le système européen leur permet d'unifier leur objectif, de consolider leur volonté et d'œuvrer pour la même cause.

²⁰⁹ STE n° 058 : 1967/1968.

(<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=058&CM=8&DF=&CL=FRE>)

²¹⁰ STE n° 105 : 1980/1983

(<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=105&CM=8&DF=&CL=FRE>)

²¹¹ STE n° 085 : 1975/1978

(<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=085&CM=8&DF=&CL=FRE>)

²¹² STE n° 185 : 2001/2004

(<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=FRE>)

²¹³ STE n° 192 : 2003/2005

²¹⁴ STCE n° 197: 2005/2008

(<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=197&CM=8&DF=&CL=FRE>)

²¹⁵ STCE n° 201:2007/2010

(<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=201&CM=8&DF=&CL=FRE>)

²¹⁶ STCE no. 202: 27 novembre 2008/2011

(<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=202&CM=8&DF=&CL=FRE>)

Conclusion du Titre I :

168. La signature de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 a constitué un grand tournant dans l'histoire de l'enfance en proposant « un nouveau monde » pour tous les enfants du globe sans exception. Ainsi, la conception de l'enfant n'est plus la même: désormais, il est un individu à part entière et non pas une propriété des adultes, il bénéficie, donc des droits-protection et aussi des droits-libertés.

169. Néanmoins, les prémices du changement n'ont pas été si récentes puisque l'idée d'un statut de l'enfant apparaît avec la philosophie des Lumières, notamment dans les écrits de Locke, et plus particulièrement dans ceux de Jean-Jacques Rousseau. En effet, les droits de l'enfant ont les mêmes fondements que les droits de l'Homme qui ont été affirmés par les Lumières. Bien que l'enfant du XVII^e siècle n'ait pas pu voir tous ses droits se réaliser, une grande attention a été accordée à son éducation et à son avenir. Ce processus de changement au niveau philosophique, social et pédagogique a abouti à une consécration juridique qui garantit avec force les droits de l'enfant. D'ailleurs, la ratification de la CIDE par 192 Etats fait du texte international une référence universelle qui témoigne que « les enfants ont le droit de survivre et de se développer; d'être protégés contre la violence, les mauvais traitements et l'exploitation; d'exprimer des opinions qui seront respectées et de bénéficier de mesures prises dans le respect de leur intérêt supérieur²¹⁷».

170. Toutefois, la reconnaissance universelle des droits de l'enfant confirmée par la ratification unanime de la CIDE ainsi que par son intégration dans les lois nationales, n'est pas une garantie que ses principes soient bien mis en œuvre : « les rapports de l'UNICEF sur la situation des enfants dans le monde témoignent du fossé existant entre les principes de la Convention et la situation des enfants dans le monde ²¹⁸». A cause de certaines réticences et de plusieurs résistances, l'effectivité de la CIDE est mise à l'épreuve. C'est pourquoi, il est d'une importance cruciale d'exposer ces réticences et de les décortiquer afin de savoir l'origine du problème, notamment dans l'un des pays de référence musulmane : le Maroc.

²¹⁷http://www.unicef.org/french/rightsite/sowc/pdfs/SOWC%20Spec.%20Ed.%20CRC%20Main%20Report_FR_100109.pdf

²¹⁸ Philippe DE DINECHIN, « La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l'homme: Le cas de l'intégration de la Convention des droits de l'enfant dans les droits nationaux en Amérique latine ? », thèse de Doctorat, Jean Michel BLANQUER (dir.), Université de Paris 3, 2006, p. 241

Titre II : Une universalité confrontée à certaines réticences

171. La reconnaissance massive de la CIDE par les Etats parties n'a pas pu estomper certaines particularités qui peuvent être considérées comme des réticences à une vision universelle des droits de l'enfant. Au-delà des particularismes nationaux et régionaux et de la diversité historique, culturelle et religieuse des Etats signataires de la Convention, il existe une pluralité de sources d'inspiration relatives aux droits de l'enfant. L'exemple de la source du droit musulman nous démontre que celui-là possède une vision particulière de l'être humain et forcément de l'enfant. En conséquence, les droits comme les devoirs de tout être humain, enfant tout d'abord et adulte ensuite découlent de cette vision des choses (Chapitre I). Toutefois, la perception des droits de l'enfant en droit musulman n'est pas étrangère à celle proposée par la CIDE. Il y a, en effet, plus de points de convergences que de points de divergences.

172. Plus concrets et plus pragmatiques encore, les systèmes juridiques et la conjoncture politico-socioéconomique des Etats signataires de la CIDE sont révélateurs d'une certaine réticence envers l'universalité des droits de l'enfant. En prenant l'exemple du Maroc, il est clair que la nature composite du système juridique marocain et les problèmes d'ordres économique et social constituent des obstacles à la concrétisation de la vision universelle de l'enfant de la CIDE. Rechercher le bien être de l'enfant, reconnaître son statut d'individu à part entière et faire appliquer ses droits sont des questions universelles, mais conditionnées par des contextes extrêmement différents (Chapitre II).

Chapitre I : La perception des droits de l'enfant en droit musulman

173. A la différence du concept de l'enfance, celui des droits de l'enfant est particulièrement nouveau. Tout au long de l'histoire du droit, cette question ne s'est jamais posée. Cependant, chaque civilisation avait sa conception propre sur l'enfance. Selon ce qu'on a affirmé, dans la société occidentale jusqu'à la fin du Moyen-âge, il n'existait aucune conscience sociale de l'existence des enfants en tant que groupe au sein de la société. De la même manière, dans la société arabe préislamique (*Jahiliya*) l'enfant était perçu comme une propriété personnelle. Il a fallu que la société occidentale atteigne la période du rationalisme, et en particulier la philosophie du siècle des Lumières pour découvrir les enfants et voir apparaître un statut de l'enfant. Parallèlement, dans la société arabe, c'est l'émergence du nouveau Message du prophète Mohamed qui va faire changer la conception de l'enfance chez les Arabes sitôt convertis, et créer ainsi, une dynamique de justice et de respect envers les enfants.

174. En droit musulman, l'enfant acquiert le statut d'une personne à part entière : Il ne fait plus partie des biens matériels de la tribu ou de la famille. Il devient, bien au contraire, un élément essentiel de la Communauté musulmane et il dispose d'une personnalité juridique.

Très proche de l'approche de l'enfant reconnue par la communauté internationale, la conception musulmane de l'enfant et de l'enfance se distingue de son homologue par quatre points essentiels (Section1) :

- L'origine du mot enfant en latin et le mot enfant en arabe. Si le premier est une définition par la négation « celui qui ne parle pas », le second qui est *Tifl* en arabe manifeste une vision positive: *Tifl* est toute créature douce et fragile. Ces deux qualificatifs nous démontrent les prémices de la voie tracée par chaque approche.

- D'une part, le début de la personne de l'enfant qui est l'embryon : en effet, le droit musulman assimile l'embryon à l'enfant. A partir de cela l'enfant a des droits dits avant la naissance. D'autre part, la fin de l'enfance : si les sources internationales ont prévu la majorité disposée par les lois internes, le droit musulman conçoit que la puberté est le début de l'âge adulte et la fin de l'enfance.

- La définition de la CIDE quant à l'enfant ainsi que les droits énumérés dans le texte international dissimulent les étapes par lesquelles passe l'enfant, de la naissance à la majorité. Ce manque de précision provoque une confusion en ce qui concerne les droits accordés à chaque étape. Le droit musulman, notamment par le biais de la jurisprudence, précise ces étapes en considérant que la capacité juridique de l'enfant n'est pas du tout la même en progressant dans l'âge et dans la maturité. C'est pourquoi, en droit musulman, on n'utilise pas le mot « enfant » pour toutes les étapes de l'enfance. Il existe donc plusieurs termes précis qui déterminent chaque étape.

- Finalement, la perception musulmane insiste beaucoup sur certains détails concernant des droits en les considérant comme vitaux pour l'épanouissement de l'enfant et en les classant parmi les droits de l'enfant en droit musulman. Ces droits, qui n'ont aucune origine matérielle, regroupent le droit à un bon accueil à la naissance, le droit à l'affection, le droit à une enfance sans responsabilité et le droit à une enfance achevée. Sur ce dernier point, l'enfance, dans la perception musulmane, n'est point sacralisée. Elle est justement une période durant laquelle l'être humain est davantage disposé à recevoir tous les enseignements positifs, mais elle est courte et passagère. C'est pour cette raison que l'enfance doit être exploitée de façon positive, efficiente et efficace par ceux qui en ont la charge : les parents.

175. De cette manière, le droit musulman se fonde essentiellement sur une approche éducative de l'enfant. En effet, l'enfant doit être pris en charge matériellement, spirituellement, intellectuellement et au niveau du comportement, par sa famille. C'est grâce au cadre familial que l'enfant s'épanouit et apprend à être autonome et responsable. A ce sujet, la source internationale (CIDE) est totalement en accord avec la perception musulmane. La place de la famille est inaliénable et irremplaçable. Reste que les détails de cette affirmation ne s'accordent pas entièrement avec la perception musulmane, notamment sur le statut de l'enfant dans sa famille et dans la société, à partir des points suivants (Section 2):

- La Convention relative aux droits de l'enfant permet deux lectures : une qui prône la protection de l'enfant en vue de son état d'incapacité, d'immaturité et de fragilité, et une lecture qui règlemente une émancipation de l'enfant en lui donnant le statut d'individu dans sa famille et dans la société. A partir de cela et étant donné que la CIDE suit la logique des droits de l'Homme, l'individualisation de l'enfant ne peut qu'affaiblir la position de la famille et ainsi la cohésion de la société s'il n'y a pas de garde-fou à cette dynamique. D'ailleurs, la perception musulmane considère que ce garde-fou est la famille elle-même. C'est elle qui cadre, protège, préserve et prépare l'enfant à être autonome, pour qu'il devienne ensuite un

individu à part entière dans la société. C'est pourquoi elle suggère que la famille soit d'abord elle-même stable. Cette stabilité est garantie en droit musulman par le mariage. Cependant, il ne suffit pas que le couple soit défini pour que les enfants jouissent d'un bien-être et d'une vie épanouie. L'homme et la femme doivent disposer eux-mêmes de leurs droits et d'une stabilité psychologique et socioéconomique. Ainsi, chacun des père et mère assume sa fonction de la meilleure façon, conjointement et en complémentarité. Pour que cela soit possible, le père et la mère doivent être en permanence dans une dynamique d'apprentissage, de remise en cause et de recherche de perfectionnement.

- La Convention relative au droit de l'enfant consacre l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale. Malgré les diverses interprétations données à ce concept clé de la CIDE, les Etats s'accordent tous sur ce point : l'intérêt supérieur de l'enfant l'emporte sur les autres considérations. Donner une telle place à l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas envisageable en droit musulman parce que l'enfant est un élément de la famille et de la société, et non pas le seul élément. En tout cas, la conception de l'intérêt en droit musulman diffère de celle établie par le système juridique occidental.

Section 1 : Une autre conception de l'enfant et de l'enfance

176. En droit musulman, la vision de l'être humain en générale et de l'enfant en particulier écarte catégoriquement l'idée d'une origine animale de l'enfant trouvée dans la philosophie occidentale. Ainsi, son bas âge ne réduit en rien sa dignité humaine²¹⁹.

L'enfant représente la continuité de l'espèce humaine. Dès sa conception et avant même sa naissance, il dispose d'une personnalité juridique qui commence très tôt : la période embryonnaire. A la différence des sources occidentales et des textes internationaux relatifs aux droits de l'enfant, l'enfance dans le cadre théorique musulman commence à partir de la période embryonnaire et se prolonge à la puberté (paragraphe 1). Durant toute cette période, l'enfant progresse dans l'âge, dans la maturité et en conséquence dans sa capacité à être titulaire de droits et d'obligations. Ainsi, sa capacité juridique évolue d'une période à l'autre, de l'embryon à l'adulte (paragraphe 2).

177. La période de l'enfance est décisive dans la vision musulmane parce qu'elle représente le début de la construction de la personne humaine. C'est à cette période que l'éducation et l'apprentissage prennent tout leur sens. Néanmoins, la période de l'enfance n'est pas éternelle et ne doit pas être prolongée, puisque l'on tomberait ainsi dans une sorte d'infantilisation de l'adulte. Le terme enfant *Tifl* ne qualifie pas le jeune homme²²⁰. Au niveau juridique, ce dernier devient responsable de ses actes et apte à faire prévaloir ses droits. C'est pourquoi, si « l'Occident des Lumières a prolongé l'état de dépendance (du moins chez les classes aisées), en sacralisant cette phase à travers un long moment de développement et d'apprentissage afin d'assurer un épanouissement personnel à l'âge adulte²²¹ », la vision musulmane, en consacrant l'éducation et l'apprentissage à cet âge-là précisément, ne laisse pas l'enfant longtemps dans un état infantile. D'ailleurs, de toute évidence, l'enfance, malgré son importance, elle est une période passagère dans la vie d'un être humain (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : Une prise en compte de l'enfant de l'embryon à la puberté

²¹⁹ Dans le texte coranique l'homme se distingue catégoriquement de l'animal puisque les termes désignant l'être humain ne font aucune relation avec l'animal : *al Inssan, bani adame, etc.* le mot animal *Hayawan* ne peut être qualifié d'homme. On est bien loin de la vision philosophique occidentale sur « l'animal politique d'Aristote » ou « l'animal social de Rousseau » ou même l'animal parlant. Cependant, le texte coranique fait quelque comparaison pour désigner l'ignorance et l'assourdissement de l'être humain vis-à-vis du Message et le compare ainsi à quelque animal.

²²⁰ A ce stade on parle de *Ghoulam ou Fata*.

²²¹ Carol MANN « L'enfance est-elle possible en Afghanistan ? », *Enfances & Psy* 3/2008 (n° 40), p. 165-174.

178. En langue arabe, le mot enfant est désigné par plusieurs termes: *Tifl*²²², *Sabiy*²²³, *Saghir*²²⁴, *Walad*²²⁵, *Fata*²²⁶, *Ghoulam*²²⁷,...Ils ont tous la même signification, mais chaque mot est utilisé pour désigner une étape bien spécifique dans la période de l'enfance²²⁸.

Le mot *Tifl* veut dire précisément le nouveau-né, tendre et doux²²⁹. Il est en même temps un nom utilisé pour le masculin, le féminin et le pluriel.

Selon le dictionnaire arabe²³⁰, le mot *Sabiy* signifie : « l'enfant qui n'est pas encore sevré » ainsi que « l'enfant qui commence à se mouvoir »²³¹.

Le mot *Saghir*, en pluriel *Sighar* et pour le féminin *Saghirah* désigne l'enfant en bas âge.

Le mot *Walad*, au pluriel *awlad* est souvent utilisé indifféremment pour les deux sexes.

Le mot *Fata* et *Ghoulam* désigne le « jeune » au masculin qui a atteint une force²³². Ce mot est utilisé souvent pour désigner la période de l'adolescence. Au féminin, on parle de *Fatate* et au pluriel *Fityah*.

Dans un verset du Coran, première source de la législation musulmane, où les étapes de la vie de l'être humain sont exposées, on désigne la période de l'enfance à partir de la fixation de l'embryon dans l'utérus, puis la naissance de l'enfant et enfin la puberté « 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 atteigniez votre maturité et qu'ensuite vous deveniez vieux²³³ » (A).

²²² Le nouveau-né tendre et doux.

²²³ L'enfant de la naissance jusqu'à son sevrage.

²²⁴ L'enfant avant la puberté. On distingue celui qui est capable de discernement et celui qui ne l'est pas.

²²⁵ Celui qui est procréé.

²²⁶ L'enfant entre l'adolescence et la maturité.

²²⁷ Le jeune homme.

²²⁸ أورد الثعالبي عن مرادف كلمة طفل : وليد، ورضيع، وفطيم، وصبي، ويافع، وغلّام، ومراهق، وهي ألفاظ ترادف لفظ طفل، وأن كانت تمثل في مسمياتها مراحل نمو الطفل متدرجة حسبما هي مرتبة

²²⁹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ص 392

²³⁰ Dictionnaires : لسان العرب، مقاييس اللغة، الصّاح في اللغة، لقاموس المحيط، العباب الزاخر

²³¹ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ص 1325-1326

²³² مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ص 454

²³³ Coran : sourate 40 verset 67

هو الذي خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم يخرجكم طفلاً ثم لتبلغوا أشدكم ثم لتكونوا شيوخاً ومنكم من يتوفى من قبل ولتبلغوا أجلاً مسمى ولعلكم تعقلون

Al Imam Al Kortobi a dit: « chaque être sort du ventre de sa mère : *Tifle* ». En effet, en droit musulman, la période de l'enfance commence avant la naissance et s'arrête à la puberté. C'est pour cette raison qu'une partie des juristes de l'Islam ont désigné la période embryonnaire comme le début de la personnalité juridique et la puberté comme le début de la majorité.

C'est sur ce point précisément que le texte international de la CIDE est confronté à une autre vision possible sur l'enfant. Bien que cette confrontation ne crée pas une vraie opposition, elle reste une réalité qui produit des effets concrets, notamment dans des systèmes juridiques de référence musulmane. D'ailleurs, si la personnalité juridique de l'enfant commence quand il est encore embryon, cela signifie qu'il bénéficie de droits préalables à sa naissance, chose qu'on ne trouve pas dans la consécration universelle des droits de l'enfant (B).

A : La personnalité juridique de l'embryon

179. La personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligation. Elle concerne les personnes physiques ainsi que les personnes morales. Il s'agit là d'une fiction juridique. S'il n'y a pas de doute quant au fait que l'enfant possède cette qualité, il est moins évident de déterminer à quel moment cette personnalité lui est reconnue.

Tout être humain a été enfant dans les premières périodes de sa vie. C'est pourquoi le terme enfant désigne « l'être humain dans l'âge de l'enfance », et puisque l'enfance en droit musulman n'est qu'un passage à un autre âge. Il s'agit souvent de parler de l'être humain avant sa naissance.

180. Avant de devenir enfant, l'embryon, qui est le résultat de toute une évolution prénatale, est présumé être un être humain. Médicalement, la période embryonnaire correspond à deux phénomènes : la naissance d'un certain nombre de tissus et d'organes spécifiques, c'est-à-dire l'organogenèse, et la formation extérieure du corps humain, c'est-à-dire la morphogenèse. On parle d'embryon lors des deux premiers mois de grossesse. Ensuite, on parle de fœtus car la période fœtale voit la maturation des tissus et organes ainsi qu'une croissance rapide du corps.

Le droit musulman a accordé à l'être humain une place remarquable puisque l'embryon est considéré comme un être humain. De cette façon, il dispose de la personnalité juridique bien avant sa naissance.

Ainsi, dans les sources scripturaires de l'Islam, l'être humain est mentionné avant même sa naissance, ou plutôt sa conception. « Nous avons certes créé l'homme d'un extrait d'argile,

puis Nous en fîmes une goutte de sperme dans un reposoir solide. 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 tout autre création. ».

181. A partir de ces sources, plusieurs savants sont arrivés à la conclusion qu'il existe une concordance entre les textes sources du droit musulman et l'embryologie contemporaine, ce qui démontre scientifiquement l'humanité de l'embryon. Si on dit que l'embryon est un humain, un enfant, il acquiert forcément une personnalité juridique avant même sa naissance.

Nous allons donc nous baser sur l'interprétation réalisée par le Professeur Keith Moore²³⁴ qui explique dans son ouvrage intitulé « The Developing Human With Islamic Additions » les périodes de l'être prénatal cités dans ses deux sources :

« Il vous a créé, dans le ventre de vos mères, création après création, dans trois coiffes (voiles) de ténèbres ²³⁵ ».

Les trois coiffes (voiles) de ténèbres" peuvent faire référence à (1) la paroi abdominale antérieure ; (2) la paroi utérine ; et (3) la membrane amniochorionique. Bien qu'il existe d'autres interprétations de cet énoncé, celui présenté ici semble le plus logique du point de vue embryologique.

« Puis Nous l'avons consigné, goutte de sperme, dans un reposoir sûr²³⁶ »,

La goutte, ou *Noutfa*, a été interprétée comme le sperme ou spermatozoïde, mais une interprétation plus significative serait le zygote qui se divise pour former un blastocyste qui s'implante dans l'utérus ("lieu de repos"). Cette interprétation est soutenue par un autre verset

²³⁴ Le professeur *Keith Moore*, de l'université de Toronto au Canada, est l'un des plus célèbres embryologistes au monde. Son ouvrage en la matière, intitulé "*The Developing Human*", est traduit dans plusieurs langues pour être une référence attirée dans bon nombre d'universités. Dans l'un des paragraphes de cet ouvrage, l'auteur a mentionné que les détails des connaissances scientifiques en embryologie sont très récents. Les savants musulmans ont alors réagi à cette remarque. Ils lui ont soumis les textes du Coran et de la sunna qui comportent un luxe de détails en la matière et qui, preuve à l'appui, datent de plus de quatorze siècles.

Après mûre étude et profonde analyse, l'éminent professeur Keite Moore a abdiqué et a même dû ajouter une rectification à ce paragraphe dans son livre, relatif à l'histoire de l'embryologie. Il a eu, en plus, le rare courage dans le monde scientifique, de réintituler son ouvrage dans ses nouvelles éditions : «*The Developing Human With Islamic Additions*» Et voilà l'essentiel de ce qu'il a déclaré dans l'une de ses conférences à ce sujet :

- « La concordance des informations entre les textes du Coran et de la Sunna d'une part et l'embryologie actuelle d'autre part, est évidente. Or il s'agit d'écrits authentifiés du VII^e s. ap. JC., alors que l'histoire de l'embryologie humaine nous enseigne qu'à cette époque les connaissances en la matière étaient inexistantes. De telles connaissances ne sont apparues qu'au XX^e s. Pour ces raisons les conceptions coraniques sur l'embryon humain ne peuvent être fondées sur les connaissances scientifiques du 7^e siècle ap. JC. La seule conclusion sensée c'est que ces descriptions ont été révélées à Mohammad »

²³⁵Coran : sourate 39 verset 6

²³⁶Coran : sourate 23 verset 14

ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ

du Coran qui affirme que l'être humain est créé d'une goutte mélangée. Or nous savons aujourd'hui que. Le zygote se forme par l'union d'un mélange du sperme et de l'ovule ("la goutte mélangée").

« Puis nous avons transformé la goutte des spermés en une création qui s'accroche ²³⁷ »,

Ici le mot *Alaka* fait référence à quelque chose qui s'accroche ou à une sangsue. C'est une description appropriée de l'embryon humain du 7^{ème} au 24^{ème} jour lorsqu'il s'accroche à l'endomètre de l'utérus, de la même façon qu'une sangsue s'accroche à la peau. Tout comme la sangsue tire le sang de l'hôte, l'embryon humain tire le sang du décidual ou de l'endomètre d'une femme enceinte.

« Puis de quelque chose qui s'accroche, Nous avons créé un morceau de chair mâché²³⁸ »

Le mot arabe "*Mudhgha*" signifie substance mâchée ou morceau de chair mâchée. Vers la fin de la 4^{ème} semaine, l'embryon humain ressemble quelque peu à un morceau de chair mâchée. L'apparence mâchée est due aux somites qui ressemblent à des marques de dents. Les somites représentent les apparitions ou les régions organogénétiques des vertèbres.

« Puis du morceau de chair mâchée, Nous avons créé des os puis Nous avons revêtu de chair les os²³⁹ »

A partir du stade du morceau de chair mâchée, les os et les muscles se forment. Ceci concorde avec le développement embryologique. D'abord, les os se forment comme des modèles de cartilage et ensuite les muscles (chair) se développent autour d'eux à partir du mésoderme somatique.

« Ensuite, Nous en avons produit une toute autre créature²⁴⁰ »

Les os et les muscles résultent de la formation d'une autre créature. Ceci peut faire référence à un embryon humain qui se forme vers la fin de la 8^{ème} semaine. A ce stade, il a des caractéristiques humaines distinctes et possède les régions organogénétiques de tous les organes et parties internes et externes. Après la 8^{ème} semaine, l'embryon humain est appelé fœtus. Ceci peut être la nouvelle créature à laquelle fait référence le verset.

²³⁷ Coran : sourate 24 verset 14

ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْقَةَ عَلَقَةً

²³⁸ Coran : sourate 23 verset 14

²³⁹ Coran : sourate 23 verset 14

فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً

²⁴⁰ Coran : sourate 32 verset 9

فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا

« Et Il vous a assigné l'ouïe et les yeux et le touché et la compréhension²⁴¹ ».

Les sens particuliers de l'ouïe, de la vue et du toucher se développent dans cet ordre ce qui est tout à fait exact. Les régions organogénétiques des oreilles internes apparaissent avant le début des yeux, et le cerveau (côté de la compréhension) se différencie en dernier.

« Puis, d'un morceau de chair mâchée, formée aussi bien qu'informée²⁴² ». L'embryon est composé de tissus différenciés et non différenciés. Par exemple, lorsque les os du cartilage sont différenciés, le tissu embryonnaire conjonctif ou mésenchyme autour d'eux n'est pas différencié. Il se différencie plus tard en muscles et en ligaments liés aux os.

« Et Nous déposons dans les ventres ce que Nous voulons, jusqu'à un terme dénommé »²⁴³.

La partie suivante de la sourate²⁴⁴ semble impliquer que Dieu détermine quel embryon restera dans l'utérus jusqu'au terme final. Il est bien connu que beaucoup d'embryons avortent au cours du premier mois du développement et qu'environ 30% des zygotes qui se forment se développent en fœtus qui survivent jusqu'à la naissance. Ce verset a aussi été interprété pour signifier que Dieu détermine si l'embryon se développera en garçon ou en fille²⁴⁵.

182. Cela dit, ces phases sont nécessaires à décrire car elles fondent la discussion juridique sur le statut de l'embryon en droit musulman : Être vivant qui sera ensuite humanisé par l'esprit. Cette humanisation n'intervient que par la volonté créatrice divine qui règle l'évolution du processus vital par étapes²⁴⁶.

183. Les récits prophétiques sont venus pour compléter les énoncés du Coran concernant le début de l'être humain. Selon *Abdullah Ibn Omar* le prophète a dit « Chacun d'entre vous rassemble ses éléments constitutifs durant quarante jours dans le sein 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'esprit²⁴⁷ ».

²⁴¹ Coran : sourate 22 verset 5

ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ

²⁴² Coran : sourate 22 verset 5

وَجَعَلْ لَكُمْ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ

²⁴³ Coran : sourate 22 verset 5

ثُمَّ مِنْ مَّضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَعَيْرِ مُخَلَّقَةٍ

²⁴⁴ Coran : sourate 22 verset 5

²⁴⁵ Abdullah M. AL REHAILI, *This is the Truth*, Al Haramain Islamic Fondation, 1998, pp.12-15

²⁴⁶ Djelloul SEDDIKI, « L'islam: une concertation continue » in *Procréation et droits de l'enfant*, dir. Gérard Teboul, Bruylant, 2004, p. 272,273

²⁴⁷ 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

Dans un autre récit prophétique « la gouttelette se trouve dans l'utérus quarante jours et elle ne subit aucun changement, passé les quarante jours elle devient un caillot de sang puis un embryon enfin un squelette et quand Dieu décide de le rajuster il lui envoie un ange... ».

Juridiquement, le Coran ne s'affirme pas explicitement sur le statut de l'être prénatal puisque parmi 6632 versets coraniques, seulement 250 tiennent du domaine de la législation.

Ce sont les juristes musulmans qui ont accompli les décisions relatives au statut de l'être humain avant sa naissance. Ces décisions suivent la logique des grands objectifs de la *Sharia* répertoriés par la doctrine musulmane en cinq objectifs: la conservation de la vie, la conservation de la foi, la conservation de la raison, la conservation des richesses, et la conservation de la descendance.

B. Les droits reconnus à l'embryon

184. Les exégètes musulmans, comme *Attabari*, indiquent que c'est l'insufflation de l'esprit (Arrûh) qui va faire de cet être vivant un être humain²⁴⁸. Au 120^{ème} jour l'embryon est donc considéré comme personne. Un autre avis doctrinal minoritaire affirme que c'est au 40^{ème} jour que l'embryon acquiert le statut de personne. C'est à partir de ce moment seulement que l'être humain in utero est considéré comme un être à part entière, sujet de droit et digne d'être protégé et respecté.

185. Le premier droit qu'il acquiert avant même sa naissance est le droit à la vie. Ainsi, toute intervention médicale sur lui est assimilable à celle portée sur un être humain vivant, quel que soit le stade de son développement embryonnaire, fœtus ou postnatal. Cela engage la responsabilité de l'agresseur : que ce soit son père ou sa mère. Le prix du sang, ou les dommages et intérêts fixés par la *Sounna*, sera exigé si le fœtus vient à mourir dans le ventre de sa mère. Ils seront fortement élevés si le fœtus est bien formé et meurt après son expulsion²⁴⁹. Le cas de l'intervention volontaire de grossesse est considéré notamment illicite d'après la majorité des écoles juridiques au-delà du 120^{ème}. L'école Hanafite²⁵⁰, Hanbalite²⁵¹

نطفة ، ثم يكون علقة مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح

²⁴⁸ Djelloul SEDDIKI, *Op. Cit.* , p. 272

²⁴⁹ Mohamed NOKKARI, le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna, l'enfant en droit musulman (Afrique et Moyen -Orient), Actes de Colloque du 14 janvier 2008 sous la direction de Lucette Khaiat et Cécile Marchal, société de législation comparé, 2008, p. 37

²⁵⁰ *Al mawssili, alikhtiyar*, partie 3, p.168

²⁵¹ *Ibnou koudama, al moughni*, partie 9, p. 539

et Chafiite²⁵² autorise l'interruption de grossesse avant les 120 jours : à partir du 40ème jour jusqu'au 45ème jour pour l'école *Hanifite*, au-delà de ce délai, l'interruption volontaire est interdite et l'agresseur doit verser des dommages et intérêt²⁵³.

Cependant les *Malikit*²⁵⁴, les *Dhahiris* et le juriste *Al ghazali*²⁵⁵ interdisent complètement l'interruption volontaire de la grossesse même au tout début de la grossesse. Ils l'ont qualifiée d'homicide volontaire et ils l'ont nommée « *Al Mawouda Assoughra* »²⁵⁶ faisant allusion à la tradition antéislamique qui consistait à enterrer les filles vivantes. Hormis, l'interruption volontaire de grossesse, qui constitue une pratique connue dans tous temps, d'autres pratiques plus modernes n'ont pas été traitées par les doctes des premiers siècles de l'Islam.

186. Toutefois, que ce soit dans les sources scripturaires du droit musulman ou dans la jurisprudence (le *Fiqh*), des principes généraux ont été établis sur le respect de la vie, sur les prérogatives de la personne humaine et sur le respect du cours naturel des phénomènes biologiques : « Dieu l'a (le Diable) maudit et celui-ci a dit : « Certainement, je saisirai parmi Tes serviteurs, une partie déterminée. Certes, je ne manquerai pas de les égarer, je leur donnerai de faux espoirs, je les commanderai, et ils fendront les oreilles des bestiaux; je les commanderai, et ils altéreront la création de Dieu²⁵⁷ ». L'assimilation du droit musulman de l'embryon à une personne humaine, et en conséquence à un enfant²⁵⁸, permet de conclure que l'embryon peut de cette façon être sujet de droit selon sa condition. Il peut avoir une entière capacité de jouissance tout en ayant une incapacité totale d'exercice. Cette possibilité est envisageable uniquement s'il « y va de son intérêt »²⁵⁹. Il ne peut jouir de ses droits uniquement lorsque la situation révèle un intérêt pour l'embryon.

²⁵² Arramli, *nihayatou almouhtaje*, partie 8, p.442

²⁵³ *Al assrouchni, al imam mohamed ibn mahmoud ibn al houssein, jamii ahkam assighar, tahkik abu mosaab albadri wa mahmoud abde arrahmane abde al mounim*, partie2, p. 159-160, le quair, dar al fadila.

²⁵⁴ Selon les malikites « il est interdit de faire sortir le sperme préservé dans l'utérus même avant les 40ème jours (...). Cependant, l'agresseur ne doit payer qu'une amende » : *adardir, acharh assaghir ila akrabi almassalik ila madhabi al imami malik*, partie2, p.420

Ibnou jouzay, abou alkassim mohamed ibn ahmad, al kawanine al fikhiya, dar al koutoub al ilmya, bayrouth, p.141

Ibnou rouchd, bidayatou al moujtahid wa nihayatou al mouktassid, partie 2, p. 416

²⁵⁵ *Al ghazali, ihyaie ouloumou adine*, partie2, p. 51

²⁵⁶ الموءودة الصغرى

²⁵⁷ Coran : sourate 4 versets 118-119

لَعْنَةُ اللَّهِ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَأَمْرُنُهُمْ فَلِيَّيَبْتَكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَأَمْرُنُهُمْ فَلِيَّغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ.

²⁵⁸ *Assalih soubhi, maalim a chri3a al islamya, édition 1, DAR el Ilm lmalaine, bayrouth*, 1975, p.233

²⁵⁹ *Azzuhaili : alfiqh wa adilatouhou*, partie 4, p.123

187. La capacité incomplète de l'enfant simplement conçu est due à deux considérations selon les juristes musulmans : premièrement, l'embryon a une capacité de jouissance parce qu'il a une personnalité indépendante. Deuxièmement, la capacité de jouissance de l'embryon est incomplète car il fait partie du corps de la mère²⁶⁰. Le premier droit de l'embryon, ou l'enfant prénatal, est l'établissement de sa filiation (*Annassab*) avec ses parents et sa famille. L'un des effets attachés à la reconnaissance, qui est l'attribution du nom, constitue lui aussi un droit reconnu à l'enfant avant sa naissance. L'embryon peut donc porter un nom de famille, même s'il n'a pas encore un prénom.

188. L'enfant avant sa naissance a le droit à une pension alimentaire et cela en prenant en charge la mère enceinte. Ainsi, les juristes ont obligé le père à instaurer une obligation alimentaire à la mère, même en étant divorcée²⁶¹. L'enfant a aussi le droit d'hériter et de recevoir un testament. D'ailleurs, si un père décède alors que sa femme est enceinte, il faut attendre l'accouchement pour que l'héritage soit partagé. Puisque l'embryon possède la caractéristique qui lui permet d'acquérir ses droits *A'dhima*, il obtient son héritage et son testament dès qu'il est viable : on dit que sa *Dhima* est désormais complète²⁶².

189. De même, l'enfant avant sa naissance a le droit à des dommages et intérêts lorsqu'un préjudice l'atteint ou atteint sa mère. Selon *Abou Houraira* « deux femmes se sont battues dont une a lancé une pierre envers l'autre en causant sa mort et celle de son fœtus. Alors, le prophète Mohamed a demandé à l'agresseur d'affranchir un(e) esclave comme dommage du fœtus plus un dommage de la femme versé à ses héritiers²⁶³ ».

190. L'enfant simplement conçu ne peut être débiteur d'obligations, contracter des actes comme la vente, faire un don ou bien encore être propriétaire d'une chose, mais, il a des droits patrimoniaux. D'ailleurs, en matière de succession, l'embryon est titulaire du droit à

²⁶⁰ *Hassaba allah, oussoul attachri3 al islami*, p.357

²⁶¹ *Ibnou koudama, al moughni*, partie9, p.288

²⁶² قال محمد زكي عبد البر- حول بدء الزمة - "وتبدأ الزمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين فتكون له ذمة قاصرة إذ يجوز أن يرث ويوصى له وأن يوقف عليه، ثم يولد حيًا فتتكمال ذمته شيئًا فشيئًا في المعاملات والعبادات والحدود، حتى تصير كاملة وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حيًا"

أما السنهوري فذهب إلى القول بإرث الجنين وجواز الوصية له حيث قال: "وتبدأ الزمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين، فتكون له ذمة قاصرة، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه، ثم يولد حيًا فتتكمال ذمته شيئًا فشيئًا، في المعاملات والعبادات والحدود حتى تصير كاملة، وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حيًا"

السنهوري، مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 21.

²⁶³ *Muslim, Sahih muslim*, partie3, p.1310

son héritage²⁶⁴, de recevoir un testament²⁶⁵ et un *Waqf*²⁶⁶. Toutefois, pour que ces droits pécuniaires lui soient attribués, l'embryon doit naître vivant.

191. En ce qui concerne les droits extra patrimoniaux, l'établissement de la filiation de l'embryon à l'égard de ses parents reste le premier droit dont il peut bénéficier, même si il n'est pas né viable. En droit musulman, la question de la naissance d'un enfant vivant et viable n'est pas une condition pour faire rétroagir la personnalité juridique de l'embryon. Il est une personne au moment où l'âme est insufflée en lui et il reste une personne, qu'il naisse vivant ou non. La mort de l'embryon n'est qu'un événement qui surgit postérieurement à sa viabilité, parce que tout vivant est mortel.

Paragraphe 2: Une capacité juridique évolutive

192. La capacité en arabe se nomme *Al Ahliya*²⁶⁷. Il dérive du mot *ahle* qui veut dire: être dans la capacité ou dans le pouvoir. Étymologiquement, *al Ahliya* est définie selon ses deux aspects qui sont la capacité de jouissance et la capacité d'exercice (*ahliyatou al woujoub wa ahliyatou l'adaae*²⁶⁸). D'une part, lorsque l'individu est dans le pouvoir de jouir de ses droits légalement reconnus et dont il est titulaire, nous parlons de la capacité de jouissance. D'autre part, quand la personne peut exercer par elle-même les droits dont elle est titulaire, il s'agit cette fois de la capacité d'exercice.

En droit musulman le mot capacité est lié à d'autres termes qui sont *Ataklif*²⁶⁹ qui veut dire étymologiquement l'obligation d'effectuer des tâches qui demandent un certain effort (physique et mental). En effet, la capacité est la caractéristique de la personne responsable (*al moukallaf*). Elle est liée aussi au mot *A'dhima* qui signifie linguistiquement l'engagement, la garantie et la sécurité²⁷⁰. Étymologiquement, *A'dhima*²⁷¹ est la caractéristique qui rend

²⁶⁴ *Ibn abidine, alhachiya*, partie6, p. 701

²⁶⁵ *Ibn abidine, alhachiya*, partie6, p. 653, 654

²⁶⁶ Donation faite à perpétuité par un particulier à une œuvre d'utilité publique, pieuse ou charitable. Le bien donné en usufruit est dès lors placé sous séquestre et devient inaliénable. الوقف

²⁶⁷ C'est avoir la capacité de jouir ses droits légitimes et d'assumer ces responsabilités : al boukhari, kachf al assrar 3an oussouli fajre al ismal al bazdawi, partie 4, p.393-432, assargassi, oussoul assargassi, partie2, p.335,tahkik abou al wafa al afghani, bayrou, dar al ma3rifa, Hassaba allah, oussoul attachri3 al islami, édition3, dar al ma3rifa, agypte, 1964, p.356-357

²⁶⁸ *Azzuhaili : alfiqh wa adilatouhou*, partie 4, édition 1, 1974, p.121-122

²⁶⁹ L'obligation prise par celui qui peut la supporter.

²⁷⁰ Cf. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج 8 ص: 301، الزمخشري، أساس البلاغة، ص: 144

²⁷¹ Cf. علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط4، 1417، 1988، ص: 143.

l'individu apte à faire face à ses engagements²⁷². La capacité est donc l'effet d'avoir ces caractéristiques qui sont l'engagement, la garantie et la sécurité.

La capacité est une spécificité de l'être humain. Elle lui est attribuée dès qu'il est embryon dans le ventre de sa mère et ainsi cette capacité évolue avec les étapes de sa vie. Par ailleurs, les deux aspects de la capacité sont la capacité de jouissance et la capacité d'exercice.

193. La capacité de jouissance peut être complète (*kamila*) ou incomplète (*naqissa*). Elle est incomplète lorsque l'enfant est encore un embryon dans le ventre de sa mère. Certes, il a le droit de jouir de ses droits parce qu'il est un être indépendant de sa mère, mais cette capacité demeure incomplète du fait qu'il fait encore partie du corps de sa mère. La capacité de jouissance devient complète dès la naissance de l'enfant.

La capacité d'exercice est celle qui permet à l'individu d'être l'auteur de l'acte. Nous ne pouvons parler de capacité d'exercice que si l'enfant atteint l'âge de discernement car à cette période l'enfant peut comprendre le sens global du discours juridique comme il peut effectuer des tâches. Toutefois, cette capacité d'exercice reste incomplète tant que sa croissance n'est pas encore achevée corporellement et mentalement. Lorsque l'enfant est pubère ou majeur, il obtient la capacité d'exercice complète, puisqu'il est parvenu à l'état de plénitude.

194. Les effets de la capacité diffèrent en droit musulman d'une période à l'autre de la vie de l'être humain. Chaque stade demande une appréciation spécifique. En effet, au lieu de parler d'un seul statut de l'enfant, mieux vaut donc parler de plusieurs statuts, lesquels s'adaptent à chacune des étapes de la vie de l'enfant²⁷³. Ces étapes ont été énumérées par les doctes de l'islam. Il en existe cinq :

L'embryon, ou l'enfant avant la naissance

L'enfance commence à partir de la naissance jusqu'à l'âge de discernement

Le discernement (*attamyiz*) commence à l'âge de sept ans jusqu'à la puberté

تاج الدين بن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1411هـ، 1991م ج1 ص: 363-364.

أبو زهرة، احكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر (د.ر) 1383هـ 1964م ص:

²⁷² Les juristes musulmans ont conclu que l'enfant lui aussi possède cette caractéristique *A'dhima*, qu'il soit fille ou garçon, embryon, discerné, pubert, incapable, raisonnable ou altéré mentalement, malade ou en bonne santé. *A'dhima* caractérise l'innéité de l'être humain.

"وهذه الأهلية - أي أهلية الوجوب - ثابتة لكل إنسان يوصف أنه إنسان سواء أكان ذكرًا أم أنثى، سواء أكان جنينًا أم طفلًا أم مميزًا أم بالغًا أم راشدًا أم سفيهاً عاقلًا أو مجنونًا، صحيحًا أم مريضًا؛ لأنها مبنية على خاصة فطرية في الإنسان

²⁷³ Mohamed NOKKARI, *op. cit.*, p. 36

La puberté

La majorité (*Arrouchde*) ce qui signifie l'accomplissement du cerveau.

195. Première étape: l'embryon (*Al janine*). *Al janine*, dans la langue arabe, dérive du mot *Al ijtinane*, ce qui signifie au niveau linguistique « le caché » ou « l'anonyme », faisant allusion à l'enfant tant qu'il est dans le ventre de sa mère. Les doctes de l'islam donnent la même définition de l'embryon que celle des linguistiques. Il existe deux considérations à propos de la capacité de l'embryon : d'une part comme faisant partie de sa mère, lorsqu'il est encore dans son ventre et se nourrit grâce à elle ; d'autre part, comme un être indépendant d'elle. Les doctes de l'islam ont pris en considération les deux approches pour conclure que l'embryon a une capacité de jouissance incomplète : il bénéficie de certains droits tels que le droit à la filiation, son droit à l'héritage, son droit au testament.

196. Deuxième étape: l'enfance (*Attoufoula*). Cette étape commence à partir du détachement de l'embryon vivant de sa mère, et dure jusqu'à l'âge de discernement. C'est à ce moment-là que l'enfant acquiert la capacité de jouissance complète. En effet, l'enfant dans cette période est apte à disposer de ses propres droits et de ceux qui sont redevables aux autres. Si pour l'enfant la jouissance de ses propres droits est confirmée, les droits redevables aux autres restent conditionnés par son état de faiblesse. C'est pourquoi les doctes de l'islam ont cité en détail les droits dont les enfants sont redevables. Ces droits se divisent en deux : les « droits des gens » et les « droits de Dieu ».

En ce qui concerne « les droits des gens », il existe ceux qui doivent être exécutés au profit de l'enfant par son représentant légal parce qu'il est redevable de droits. Il existe, par ailleurs, des droits dont l'enfant n'est pas débiteur : ce sont les droits ayant un aspect financier comme les tributs, les redressements, ainsi que les pensions alimentaires adressées à la femme et aux proches et les sanctions comme les châtements corporels et les rétributions.

Nous appliquons la même règle à propos des « droits de Dieu ». Tous les droits financiers doivent être exécutés à la place de l'enfant (l'aumône, l'impôt foncier...etc.). Cependant, toutes les adorations corporelles et non pécuniaires (la prière, le jeûne, le pèlerinage...etc.) ne constituent pas des obligations pour l'enfant car il est incapable à cet âge-là de comprendre le sens de ces pratiques, tout comme il est encore trop faible au niveau corporel. Lorsque "les droits de Dieu" sont des sanctions, l'enfant n'est pas concerné. En outre, Les doctes de l'islam ont considéré que la parole de l'enfant ne doit pas être prise en considération tant qu'il n'a pas atteint l'âge du discernement.

197. Troisième étape: le discernement (*Attamyiz*). *Attamyiz*, dans la langue arabe, découle du verbe *mayyaza* qui est distingué une chose d'une autre. Les *fuqahaa* désignent l'âge de discernement (*Sinnou attamyiz*). C'est à cet âge-là que l'enfant commence à faire la différence entre ses profits et ses préjudices²⁷⁴. Le discernement, en droit musulman commence à l'âge de sept ans en passant par l'adolescence²⁷⁵ et se termine avec la puberté. À cette période, l'enfant peut concevoir et raisonner. Alors, il acquiert la capacité d'exercice mais elle reste incomplète parce que sa croissance mentale et physique n'est pas achevée. L'enfant capable de discernement peut exercer plusieurs actions à l'exception de celles qui ne peuvent être exercées que par son représentant légal. Globalement, les juristes musulmans ont partagé ces actions comme suit:

-Les actions qui font partie « des droits de Dieu » comme les adorations, les droits pécuniaires ou les sanctions.

-Les actions qui font partie « des droits des gens »: les droits patrimoniaux ou extra patrimoniaux.

A propos des adorations, tous les juristes musulmans sont d'accord pour dire que l'enfant capable de discernement n'est pas obligé de les exercer mais on l'incite à être conscient de leur importance. Par contre, toute action financière comme l'aumône devient une obligation. A propos des sanctions, l'enfant à cet âge-là n'est pas concerné.

En ce qui concerne « les droits des gens »: toutes les obligations de caractère patrimonial telles que le dédommagement des biens altérés, la rémunération ou la pension d'une épouse et des proches...engagent la responsabilité de l'enfant. Ce dernier peut les exécuter lui-même ou à l'aide d'une procuration. L'enfant à l'âge du discernement ne peut pas subir une sanction corporelle du fait du dommage causé à autrui. Toutefois, il peut avoir à dédommager la victime et les parties civiles financièrement.

Sur le terrain des actes que l'enfant peut accomplir, les savants ont établi trois catégories:

Les actes qui sont particulièrement au profit de l'enfant, comme les actes conservatoires, acte par lesquels son patrimoine est maintenu en état ou bien les actes qui ajoutent une valeur à son patrimoine sans aucun équivalent, citant ici les donations, les cadeaux et le testament.

²⁷⁴ *Al faoumi, Al missbahou al mounir*, partie 2, p.717

²⁷⁵ L'adolescence n'est pas la bonne traduction du mot arabe *Mourahaka* qui veut dire selon le dictionnaire arabe la période qui précède la puberté car dans la culture occidentale l'adolescence commence avec la puberté.

Les actes qui constituent un véritable préjudice pour l'enfant et par lesquels il perd une partie de son patrimoine en contrepartie. Ces actes peuvent être des donations, des cadeaux ou bien le fait de se prêter garant. Aucun de ces actes ne sont valables et ne peuvent être effectués par l'enfant sous peine de nullité, même si le représentant légal donne son consentement.

Les actes qui peuvent constituer un avantage ou un préjudice pour l'enfant se regroupent dans toutes les transactions financières telle la vente, la location. Dans cette catégorie d'actes, les savants divergent (dans la décision) puisque les *Hanafits* accordent à l'enfant la possibilité de conclure ce genre d'acte car il a la capacité et il est supposé d'être à son profit. Néanmoins, il faut avoir la permission du représentant légal ou son tuteur. Les *Malikites* en revanche affirment que ces actes peuvent être valables sans une obligation d'engagement de la part de l'enfant sauf s'il y a le consentement du représentant légal. Les *Chafits* et les *Hanbalites* n'autorisent pas la conclusion de ces actes et ils sont considérés nuls et sans aucun effet juridique.

198. Quatrième étape: la puberté (*Al boulough*)

D'après les savants, la puberté est une force qui survient à la personne. C'est la période de transition entre l'état de l'enfance et l'état de l'adulte. *Al boulough* se produit par des transformations physiques et psychologiques. Si ses changements n'apparaissent pas la puberté est désignée par l'âge. *Abu Hanifa* estime la puberté à l'âge de 18 ans pour le garçon et 17ans pour la fille. C'est à l'âge de 15ans pour les *Chafits* et pour les *Hanbalites* et les *Mlikites* c'est à l'âge de 18ans pour les garçons et les filles.

Durant cette période, l'être humain accomplit la croissance de son corps et de son cerveau : Condition pour obtenir la pleine capacité d'exercice. Il devient donc capable d'accomplir ses obligations et en assumer les conséquences, redevable des droits patrimoniaux et extra patrimoniaux des gens ainsi que ceux de Dieu²⁷⁶. En principe, tout enfant pubère jouit de sa pleine capacité d'exercice. A l'exception de l'enfant aliéné assimilé à l'enfant à l'âge de discernement.

199. Cinquième étape : La majorité (*Arrouchd*)

Arrouchd linguistiquement signifie la probité, avoir la raison. Les juristes *Hanafit Malikit* et *Hanbalit* l'ont défini comme tel : la bonne gestion de l'argent et la capacité de l'investir correctement. Pour les *Chafits*, la majorité signifie : la droiture morale et matérielle. Elle peut accompagner la puberté comme elle peut parvenir quelque temps après. L'enfant pubère et

²⁷⁶ *Azzuhaili : Alfih wa adilatouhou*, partie 4, p.125, *ibn hijr, fath al bari*, partie 5, p.203 deuxième édition

majeur a la pleine capacité d'exercice qui lui permet de recevoir ses biens et d'en disposer librement : « Et éprouvez (la capacité) des orphelins jusqu'à ce qu'ils atteignent (l'aptitude) le mariage; et si vous ressentez en eux une bonne conduite, remettez-leur leurs biens²⁷⁷ ».

Toutefois, le jeune pubère non majeur ne dispose pas librement de son argent et ne peut s'engager seul. Les juristes à l'époque avaient fixé l'âge de 25 ans maximum pour désigner la majorité qui n'est pas confirmée par les faits²⁷⁸. A cet âge, le jeune reçoit son argent même s'il ne le gère pas correctement. Ce point de vue ne concerne qu'Abu *Hanifa* hormis les trois autres juristes qui n'autorisent pas le jeune « gaspilleur » à administrer ses biens tout seul.

200. En somme, en droit musulman, la période de l'enfance est assez courte en comparaison avec la définition de l'enfant établie par la Convention internationale de 1989. La vision de l'enfance selon cette source est originale puisque elle ne perpétue pas l'enfant dans un stade de dépendance et d'infériorité. Dès la puberté, l'enfant prend sa place avec les adultes et dans la collectivité. C'est pourquoi, en droit musulman, les premières années de l'enfance sont vitales dans la construction de la personnalité de l'Homme, ce qui implique un grand investissement de la part de la famille et de la société dès son arrivé dans ce monde.

Paragraphe 3: Une enfance courte et passagère reconnue à tout être humain

201. Si la définition de l'enfance, reconnue universellement, est la période qui commence de la naissance jusqu'à la majorité, il existe d'autres conceptions de cette période : moins longue et qui commence plus tôt, importante mais sans sacralisation. La perception musulmane originale valorise la période de l'enfance, mais sans qu'elle ne fasse d'elle l'apogée de la vie humaine. Elle est cruciale mais passagère, importante mais courte en même temps. C'est pourquoi, les recommandations qui exhortent à profiter au mieux de cette période d'une manière positive sont multiples. Dès la naissance, l'enfant a le droit de bénéficier d'un accueil singulier qui va marquer le début de sa vie (A). Durant cette période courte et importante, il ne faut pas laisser le temps s'écouler sans qu'un apprentissage et une éducation lui soit procurée. Dans la perception musulmane, tout ce qui compte pendant l'enfance est que l'enfant puisse profiter entièrement, positivement, et richement de cette période caractérisée par l'insouciance et l'irresponsabilité introuvable à l'âge adulte (B).

A. La naissance : point de départ de l'exercice des droits de l'enfant

²⁷⁷ Coran : sourate 4 verset 4 et 6

²⁷⁸ *Ibnou Rouchd, Bidayatou al moujtahid wa nihayatou al mouktassid, partie2, dar al koutoub al ilmiya, bayrou, 1988, p. 279*

202. Le droit musulman, en reconnaissant à l'enfant le statut de personne à part entière, lui a accordé un droit qu'on ne trouve pas dans les sources occidentales des droits de l'enfant. Il s'agit de son droit d'être bien accueilli lors de sa naissance. Les expressions de ce droit commencent en reconnaissant à la femme et à la mère leur statut considérable. D'ailleurs, avant même la naissance, l'accouchement constitue un acte sacré à travers lequel la mère atteint une place inestimable. Le Coran annonce à plusieurs reprises ce qu'endure une femme lors de son accouchement en rappelant l'histoire de Myriam. « Elle devient donc enceinte [de l'enfant], et elle se retira avec lui en un lieu éloigné. Puis les douleurs de l'enfantement l'amènèrent au tronc du palmier, et elle dit : "Malheur à moi ! Que je fusse morte avant cet instant ! Et que je fusse totalement oubliée!"²⁷⁹».

C'est pourquoi, le récit prophétique affirme que : «Le paradis se trouve au-dessous des pieds des mères » faisant comprendre que l'une des grandes adorations est de faire honneur aux mamans.

203. C'est ainsi que l'enfant est accueilli comme étant une bonne nouvelle: «Et Nos émissaires sont, certes, venus à Abraham avec la bonne nouvelle, en disant : "Salem !". Il dit : "Salem !", et il ne tarda pas à apporter un veau rôti²⁸⁰», « Nous lui fîmes donc la bonne annonce d'un garçon (*Ismail*) longanime²⁸¹ »; « Ô Zacharie, Nous t'annonçons la bonne nouvelle d'un fils. Son nom sera *Yahya* [Jean]. Nous ne lui avons pas donné auparavant d'homonyme²⁸² ».

La bonne nouvelle comprend la naissance d'une fille ou d'un garçon. Mais il est pertinent de rappeler que le traitement et le partage des sentiments n'étaient pas les mêmes avant l'arrivée du Message de l'islam. Dès le début de l'établissement de la société musulmane, le législateur a condamné avec une extrême vigueur l'infanticide et les sentiments abaissants et humiliants envers les filles. La position du droit musulman était très claire vis-à-vis de cette pratique qui était en vigueur en Arabie antéislamique. Le rôle du droit musulman était de changer les

²⁷⁹ Coran : sourate 19 verset 23

فَحَمَلَتْهُ فَانْتَبَذَتْ بِهِ مَكَانًا قَصِيًّا فَأَجَاءَهَا الْمَخَافُ إِلَىٰ جِدْعِ النَّخْلَةِ قَالَتْ يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا وَكُنْتُ نَسِيًّا مَنْسِيًّا فَنَادَاهَا مِن تَحْتِهَا أَلَا تَحْزَنِي قَدْ جَعَلَ رَبُّكِ تَحْتَكِ سَرِيًّا

²⁸⁰ Coran : sourate 11 verset 69

وَلَقَدْ جَاءَتْ رُسُلُنَا إِبْرَاهِيمَ بِالْبُشْرَىٰ قَالُوا سَلَامًا قَالَ سَلَامٌ قَمَا لَيْتَ أَنْ جَاءَ بِعِجْلٍ حَنِيذٍ

²⁸¹ Coran : sourate 11 verset 74

وَجَاءَتْهُ الْبُشْرَىٰ

²⁸² Coran : sourate 19 verset 7

يَا زَكَرِيَّا إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَحْيَىٰ لَمْ نَجْعَلْ لَهُ مِن قَبْلُ سَمِيًّا

mentalités des hommes avant leurs pratiques en les obligeant à faire un travail sur eux-mêmes tout en étant simultanément sous la contrainte de la loi. C'est pour cette raison que toutes les pratiques dites de la *Jahiliya*²⁸³ furent abolies au même moment, en particulier celle de l'infanticide, la plus grave de toutes. Un verset coranique en fait état « Lorsqu'on annonce à l'un d'eux la naissance d'une fille, son visage s'assombrit; il suffoque; il se tient à l'écart, loin des gens, à cause du malheur qui lui a été annoncé. Va-t-il conserver cette fille, malgré sa honte, ou bien l'enfouira-t-il dans la poussière. Leur jugement n'est-il pas détestable ?²⁸⁴ ».

204. En droit musulman, nous trouvons plusieurs *hadiths* privilégiant les descendance féminines et assurant à leurs parents des récompenses divines dans ce monde et dans l'autre. Parmi ces *hadiths*: « les meilleurs de vos enfants sont les filles²⁸⁵ » ; « Celui qui s'occupe de trois filles méritera le paradis. Ils dirent: O Prophète: et pour deux? Il répondit: et pour deux. Ils dirent : Et pour une? Il répondit: Et pour une²⁸⁶ ».

Le droit musulman accorde à l'enfant des droits dits après la naissance comme il lui a accordé des droits avant sa venue au monde.

205. La filiation est le premier droit imprescriptible dès la naissance. Le droit de connaître ses parents, d'être attaché légalement à son ascendance est une nécessité vitale pour l'enfant et pour la société. Cette filiation peut être la conséquence d'un mariage légal ou ce qui est connu dans la jurisprudence musulmane par « *Al firach* »²⁸⁷ : c'est à dire la relation conjugale établie entre un homme et une femme. Ainsi, l'enfant à naître d'une femme qui accouche après son mariage, sera rattaché à son mari sans passer par une reconnaissance ou présenter une preuve. Ce mariage, qui est à l'origine de cette filiation, peut être entaché de vice « *Azzawajou Bi Choubha* »²⁸⁸ ou par un mariage caduc « *Azzawajou L'Fassid* »²⁸⁹. La

²⁸³ C'est un concept coranique qui désigne la période préislamique

²⁸⁴ Coran : sourate16 verset 58

وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ

²⁸⁶ من كان له ثلاث بنات فصبر على لأوائهن وضرائهن أدخله الله الجنة برحمته إياهن، فقال

رجل: وإن بنتان يارسول الله؟ قال: وإن بنتان، قال رجل: وإن واحدة يارسول الله؟ قال: واحدة.

²⁸⁷ Le mot en arabe signifie littéralement « un lit ».

²⁸⁸ *Azzawajou Bi Choubha* c'est le mariage entaché d'un doute. Il peut s'agir d'un mariage caduc, d'un viol...etc.

²⁸⁹ *Azzawajou L'Fassid* ou le mariage caduc est celui qui a perdu l'une des conditions de sa validité. Par exemple : le mariage sans témoins, le mariage à durée déterminée, le mariage d'une femme mariée sans le savoir...etc

filiation est attribuée aussi par reconnaissance de la paternité ou par preuve. Devant l'importance que tout enfant voit sa filiation établie, le droit musulman fut flexible par rapport à son établissement et créa divers moyens pour rattacher un enfant à son père. Néanmoins, le législateur reste toujours ferme sur la véritable origine de l'enfant. Ainsi, il a condamné le déni de l'ascendance et il a interdit l'adoption qui coupe les liens de l'enfant avec ses parents d'origine.

206. Le nouveau-né est un être qui vient d'entrer dans le monde. En droit musulman, chaque être humain naît avec une nature de base qu'on appelle: « *La Fitra* »²⁹⁰. Cette "innéité" fait référence à son origine spirituelle. Pour faire persister cette nature première, il est recommandable de dire la formule de l'appel de la prière « *Al Adhan* » discrètement dans l'oreille du nouveau-né. Cette pratique est une tradition prophétique faite par le Prophète à ses deux petits-enfants. Une autre pratique conseillée par la tradition prophétique celle de « *Tahnik* ». Elle consiste à ramollir une date, puis frotter le palais du nouveau-né avec. *Abu Moussa Al Achaari* a rapporté: « j'ai eu un enfant puis je l'ai emmené au Prophète. Il lui a donné le nom de *Ibrahim* et il a frotté son palais avec de la datte²⁹¹ ».

Outre la valeur nutritive de la datte, ce rite possède d'autres intérêts physiques. Il a un aspect symbolique : celui d'initier le goût du nouveau-né et de l'habituer à utiliser sa mâchoire pour manger. Le droit musulman a également recommandé le rasage des cheveux du nouveau-né lorsque *Fatéma*, la fille du Prophète, accoucha de son fils *Al Hassan*. Le Prophète en s'adressant à sa fille lui avait dit: « rase ses cheveux et fait un don d'Argent selon leur poids.

207. En droit musulman, les droits de l'enfant à la naissance, revêtent à la fois un aspect matériel et à la fois un aspect spirituel parce que la naissance est un moment sacrée comme l'est la mort en droit musulman. La naissance est le début d'un voyage plein de défis dont l'être humain est déchargé dans la vie utérine. Autrement dit, ses droits physiques sont là pour lui servir de rappel et lui faciliter aussi l'acquisition de ses droits primordiaux qui sont d'origine spirituelle.

Le droit musulman donne une grande importance au prénom du nouveau-né. L'attribution d'un joli prénom est considérée comme un droit de l'enfant opposable aux parents. Dans un

²⁹⁰ Ce qui est inné chez l'être humain

²⁹¹ روى البخاري عن أبي موسى رضي الله عنه قال: ولد لي غلام فأتيت به النبي صلى الله عليه وسلم فسماه إبراهيم فحنكه بتمره ودعا له بالبركة ودفعه إلي

Hadith du Prophète, ce dernier déclara : « le jour du jugement dernier vous êtes appelé avec vos prénoms et les prénoms de vos pères, alors choisissez pour vous de beaux prénoms²⁹² ».

L'attribution du prénom est traditionnellement faite au 7^{ème} jour après la naissance de l'enfant. C'est une occasion de fêter cet évènement avec un sacrifice sous le nom d'*Al Akika*²⁹³. Cette *Sunna* est conseillée et encouragée par le droit musulman, sans qu'elle ne prenne pour autant un aspect contraignant. Le septième jour constitue une date très marquée à la naissance ; elle est aussi une occasion de pratiquer la tradition abrahamique qu'est la circoncision²⁹⁴.

Comme nous l'avions souligné auparavant, les droits attribués à l'enfant, en droit musulman, ont un fondement matériel et un fondement spirituel. Se soucier de l'état spirituel du nouveau-né est une responsabilité qui incombe aux parents, comme celle de veiller à son état physique. L'allaitement, par exemple, est une nourriture essentielle pour le nouveau-né. Simultanément, c'est un moyen pour transmettre de l'amour, de la tendresse et toute foi qui se trouve au fond de chaque mère. Le Coran mentionne ce droit à plusieurs reprises et fixe la période de l'allaitement complète à deux ans: « Les mères qui veulent donner à leurs enfants un allaitement complet, les allaiteront deux années entières²⁹⁵ ».

B. Le droit à une enfance épanouie et achevée

208. Le droit musulman a désigné la période de l'enfance comme étant une étape bien spécifique que traverse l'être humain.

L'enfance est une période décisive dans la vie de l'être humain. En effet, elle constitue les bases de la construction de toute personnalité. Il s'agit d'un passage certain à l'âge adulte. En droit musulman, l'enfant est un être transitoire destiné à se transformer naturellement en adulte. Celui-là est caractérisé par son bas âge, sa vulnérabilité et aussi par

²⁹² رويانا في سنن أبي داود بإسناد الجيد عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم

Un "beau prénom" en droit musulman, c'est celui qui fait référence à Dieu comme "*Abdullah*" qui veut dire le serviteur de Dieu, les noms des Prophètes et tout prénom ayant un sens positif. Au temps du Prophète, est arrivé que les fidèles changent leurs prénoms car prêtant à confusion, comme des noms d'animaux, ou d'objets méprisés.

²⁹³ Linguistiquement il s'agit des cheveux du fœtus. Etymologiquement il désigne la pratique du sacrifice le 7^{ème} jour de la naissance de l'enfant et lors du rasage de ses cheveux de naissance.

²⁹⁴ Devenue plus tard une *Sunna* Prophétique, la circoncision fait partie des cinq actes liés à la propreté originelle inhérente à la nature humaine: la circoncision, l'épilation du pubis, l'épilation de l'aisselle, la taille des ongles et de la moustache.

²⁹⁵ Coran : sourate 2 verset 232

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ

sa capacité d'apprendre. En effet, l'enfance est une période spécifique, mais pas pour autant une entité en soi, ni un âge permanent.

209. Les sources scripturaires, dont deux récits prophétiques et une parole d'Ali *Ibn Talib*, indiquent comment percevoir la période de l'enfance. Au temps du Prophète les enfants faisaient partie du paysage de la société de l'époque. Le premier hadith est le suivant : « Il ne fait pas partie de nous (de la communauté) celui qui n'est pas clément envers nos enfants et ne respecte pas nos adultes ²⁹⁶».

Tout être humain a une attirance innée à la clémence, notamment les petits êtres que sont les enfants. L'enfance est une période qui demande beaucoup d'affection et de tendresse. Grâce à ces sentiments la personnalité de l'enfant obtient la sécurité et la stabilité. Lorsque les adultes ont cette attitude envers les enfants, les relations entre les générations deviennent des relations saines où chacun prend sa place et assume ses responsabilités. Le droit musulman insiste sur le devenir adulte de tout enfant et vise à le préparer pleinement à être un Homme responsable. Un enfant psychologiquement stable deviendra naturellement, en grandissant, un adulte en bonne santé morale.

210. Le droit musulman adopte la logique qui consiste à mettre les adultes, ainsi que la jeunesse, dans le même esprit : celui de constituer une société équilibrée. « Il ne fait pas partie de nous » est une expression souvent répétée dans le discours prophétique et coranique. Elle fait allusion à l'esprit de la « *Oumma* » qui caractérise le droit musulman. En effet, le sentiment de l'individu d'appartenir à un ensemble est très présent en droit musulman. L'adulte et l'enfant constituent un seul monde et non pas deux entités différentes ou rivales. De plus, l'un des objectifs du droit musulman est de fonder une société harmonieuse où chacun trouve son intérêt personnel en assurant un intérêt général dont le groupe est bénéficiaire. Cela dit, l'attitude envers l'enfance ne concerne pas uniquement les parents ou les personnes prenant en charge les enfants, mais tout individu, quelle que soit sa position ou sa fonction. Cette conduite sociétale est exigée pour la simple raison que les enfants sont des personnes, et d'autant plus parce qu'ils sont des enfants.

211. Si l'une des caractéristiques de l'enfant est qu'il n'est pas encore responsable complètement, le deuxième hadith le mentionne clairement : « Trois ne sont pas

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا .²⁹⁶
رواه أبو داود والترمذي

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'esprit²⁹⁷ ».

Nous avons déjà évoqué le fait que l'enfant voit sa capacité évoluer selon son âge et sa maturité. Il est en premier lieu capable de jouir de ses droits sans être dans la capacité de les exercer seul. Ensuite, il a une capacité d'exercice mais incomplète, et à la majorité il devient capable juridiquement. Considérer le bas âge de l'enfant et son irresponsabilité, c'est le respecter comme il est : un enfant. Cela a pour conséquence que cet être en cours d'évolution se prépare pour son avenir d'adulte en toute sécurité et d'une façon progressive.

212. En droit musulman, il n'est ni judicieux, ni dans la nature des choses de prendre en compte les paroles ou les actes de l'enfant, notamment avant sa puberté. C'est pourquoi l'enfance doit être perçue comme une période temporaire, puisque l'être humain ne peut demeurer dans cet état d'irresponsabilité.

L'enfance, en droit musulman, est une progression graduelle vers une autonomie responsable. C'est pourquoi, la période de l'enfance n'est pas un seul bloc : elle comporte des tranches d'âge, chacune d'elles étant appréhendée différemment. Comme l'enfance est synonyme d'insouciance, de latitude et forcément d'innocence, elle ne peut être que temporaire. Dans le cas contraire, elle sera une nuisance pour l'être humain et non un bienfait.

Si l'enfant est déchargé de plusieurs fardeaux auxquels l'adulte ne peut échapper, se soumettre à une éducation et un apprentissage est sa première obligation et aussi l'un de ses droits fondamentaux. A ce propos, les textes sources sont nombreux à faire prévaloir l'enseignement sur toute autre chose.

213. Le dernier témoignage passé, dans la perception de la période de l'enfance, est une parole d'*Ali Ibn Talib* s'adressant aux parents : « apprenez à vos enfants la science car ils sont destinés à une époque qui est différente de la vôtre ». Cette parole est adressée directement aux parents mais il y d'autres hadiths qui insistent sur l'apprentissage des sciences à tout âge : « Cherchez la science du berceau jusqu'au tombeau ²⁹⁸ ».

En somme, l'une des caractéristiques essentielles de l'enfance est qu'elle est une période qui doit être consacrée à l'apprentissage, c'est-à-dire à la prise en charge de l'enfant à tous les niveaux : sa santé physique et morale, son éducation et son instruction. La démarche

²⁹⁷ رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى

يعقل. رواه الإمام أحمد في مسنده

²⁹⁸ قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اطلبوا العلم من المهد إلى اللحد

consistant à transmettre à l'enfant une éducation (par les parents et ensuite par le cadre scolaire) représente la première preuve que l'enfant est un être dont l'esprit est parfaitement complet et qu'il n'y pas de différence de nature entre les esprits humains, qu'ils soient enfant ou adulte.

Le droit de l'enfant à l'éducation est un droit fondamental. C'est grâce à ce droit que l'enfant peut acquérir sa liberté et son autonomie. En effet, il n'a y a pas de liberté sans une éducation à la liberté assurée d'abord par un cadre familial stable.

Section 2 : Le statut spécifique de l'enfant

214. Le rôle vital que joue la famille dans la vie d'un enfant est un principe partagé par la perception universelle des droits de l'enfant comme par la perception musulmane. Les deux visions se rejoignent fortement sur cette idée. La seule différence est l'intensité de la référence de l'enfant à sa famille ainsi qu'à la collectivité.

Si la Convention internationale, ainsi que la conception occidentale, se penchent vers une place de l'enfant au centre de la famille, la perception musulmane conserve la place centrale du couple et du groupe. Certes, l'enfant est important dans la structure familiale, mais ce n'est pas lui qui la définit. Son origine est l'union solennelle de l'homme et de la femme. La venue de l'enfant est juste un accomplissement de ce qui est déjà établi et uni préalablement. L'enfant donc, est à la périphérie de la famille et non pas au centre²⁹⁹.

Toutefois, cette déclaration ne doit pas être comprise comme une indifférence envers l'enfant. Au contraire, la perception musulmane est venue changer le statut de l'enfant dans sa famille et dans sa société en lui accordant une place essentielle, mais elle n'est pas pour autant sacrée.

215. L'attachement et la référence à la famille sont forts en droit musulman. C'est pourquoi il est si étrange, dans cette optique-là, de parler d'une individualisation de l'enfant au sens occidental du terme. Certes, il est une personne à part entière dotée de droits, mais il a aussi des obligations vis-à-vis de la collectivité. En outre, il est recommandé de libérer sa parole³⁰⁰, de lui apprendre à revendiquer ses droits³⁰¹, de lui accorder une place essentielle, mais toujours dans un cadre de respect mutuel avec les autres et suivant des règles reconnues communautairement. D'ailleurs, c'est dans la famille que l'enfant apprend à revendiquer ces droits pour ensuite les concrétiser au sein de la société. Les parents, en droit musulman, sont

²⁹⁹ Il faut signaler que cette vision a été aussi l'objet d'une perception occidentale précédente à l'adoption de la CIDE et aux mutations familiales connues en occidents. Il s'agit d'une citation de Françoise Dolto « l'enfant n'est pas au centre de la famille mais à la périphérie ». (DOLTO, F. ; RUFFO, A. 1999. L'enfant, le juge et le psychanalyste. Entretiens, Paris, Gallimard) qui démontre que la place des enfants et des parents sont différents et chacun doit préserver sa place pour l'équilibre familial.

³⁰⁰ *Al Boukhari* a mentionnée d'après *Abdoullah Ibn Omar* que le Prophète a dit : « Certes les musulman doit être semblable à l'arbre dont les feuilles ne tombent jamais ». Le prophète ajouta : « dites-moi de quel arbre s'agit-il ». Les Compagnons nommèrent quelques arbres du désert, puis *Abdoullah* dit : « j'avais deviné qu'il s'agissait du palmier, mais j'étais trop timide pour parler ». Les Compagnons dirent ensuite : « donnez-nous son nom, O Prophète de Dieu ». Il répondit : « il s'agit du palmier ». Dans une autre version, *Abdoullah* a dit : je voudrais dire qu'il s'agissait du palmier, mais j'étais le plus jeune de l'assemblée ». Et également dans une autre narration : « j'ai observé que *Abou Bakr et Omar* gardait le silence, et ainsi je n'ai pas voulu prendre la parole. Mais lorsque j'eus informé mon père sur ce point, il me dit : si tu avis parlé, cela aurait eu à mes yeux plus de valeur qu'un troupeau très recherché » : *Al Boukhari, Kitabou 'ilm*, volume 1, p.145

³⁰¹ *Mousslim* a mentionné d'après *Sahl Ibn Sa'd Assa'idi* qu'un jour on offrit une boisson au Messager de Dieu, tandis qu'étaient assis à sa droite un jeune garçon et à sa gauche des hommes âgés ; il but un peu de son contenu puis il s'adressa à l'enfant : « Me permettras-tu d'en offrir d'abord à ces gens ? ». Mais l'enfant répondit : « par Dieu, non. Jamais je n'abandonnerais pour quiconque une part venant de toi ».

amenés à donner à leur enfant une certaine autonomie dans son comportement et à le responsabiliser proportionnellement à son âge et à sa maturité. Par le biais de l'éducation familiale, toutes les qualités de dignité, de liberté et de courage doivent être inculquées.

Cela dit, la famille dans la perception musulmane reste le cadre fondamental pour encadrer l'enfant -individu afin qu'ils atteignent son autonomie progressivement (paragraphe 1). Ainsi, grâce à une éducation équilibrée, l'enfant peut accéder à l'espace social en tant qu'individu responsable (paragraphe 2).

Paragraphe 1: Dans sa famille

216. En droit musulman, la famille est le premier cadre qui accueille l'enfant³⁰². Au niveau terminologique, le mot famille *oussra*, en langue arabe, est extrait de la racine *a s r* qui signifie : saisir, entourer...etc. Le mot *oussra* fait référence, aussi, à tout ce qui englobe et réunit. A partir de cela, la famille en langue arabe prend le sens d'un bouclier de protection comme elle signifie aussi les proches, les ascendants et les descendants de la personne. Ce mot signifie également un groupe qui partage des points communs.

217. La famille, selon les sources scripturaires ainsi que la jurisprudence musulmane, est fondée sur l'institution du mariage. Elle constitue le seul aspect légal de l'union de l'homme et de la femme et le cadre pour accueillir les enfants afin de leur procurer stabilité et sécurité (A). Les parents sont les premiers à être responsables de la prise en charge de l'enfant matériellement et moralement. Il leur incombe le rôle éminent de l'éducation de celui-là en étant, eux-mêmes, de bons modèles (B), du point de vue de la fonction parentale en droit musulman .

A. Le mariage : garantie des droits de l'enfant

218. C'est à partir des générations qui se succèdent sur terre que l'espèce humaine est préservée. En effet, les enfants constituent cette continuité dans toute société. La première source de la législation musulmane a mis en exergue cette concaténation de l'espèce humaine en déclarant: « O hommes! Craignez votre seigneur qui vous a créés d'un seul être et a créé de celui-ci son épouse, et qui de ces deux-là a fait se répandre sur terre beaucoup d'hommes et de

³⁰² *Abdelouahed Moustapha, al oussra fi lislam*, troisième édition, *dar al i3tissam*, le Caire, 1980, p.18
Oumrane abderahim, tandhime al oussra fi turrath al islami, 1970,p.19

femmes...³⁰³ » ; « Dieu vous a fait à partir de vous-mêmes des épouses, et de vos épouses Il vous a donné des enfants et des petits enfants...³⁰⁴ »

La préservation du genre humain est liée en Islam au mariage, seule institution qui unisse l'homme et la femme en droit musulman. En effet, l'un des objectifs du mariage est de fonder une famille et de contribuer ainsi à la perpétuation de l'espèce humaine et au peuplement de l'univers. Nous retrouvons cette optique dans l'un des récits prophétique orientant l'homme à choisir la femme féconde : « épouser la femme aimante et féconde » et réciproquement, pour le choix du mari.

La perpétuation de l'espèce humaine et le peuplement du monde ne signifient pas seulement mettre au monde une quantité d'enfants, mais il s'agit plutôt d'une affaire de qualité. C'est pour cette raison que l'union de la femme et de l'homme est rigoureusement organisée par le mariage : Il constitue l'unique institution bâtie sur des fondations solides et sur des règles saines³⁰⁵.

219. Le mariage en islam est une sélection et un choix établi sur des critères bien précis. En effet, en droit musulman la question du choix du conjoint constitue le premier facteur de succès du mariage. Après le choix et le travail de sélection, on peut parler d'un contrat de mariage.

Certes, la législation musulmane insiste sur le concept de contrat³⁰⁶. Les deux partenaires doivent être conscients du choix qu'ils ont fait en assumant toutes les conséquences qui en découlent. Le mariage est finalement un contrat qui demande l'accord de volonté de ses deux parties. Les deux piliers qui fondent le contrat de mariage en droit musulman sont l'offre et l'acceptation. En outre, la validité de l'acte de mariage est subordonnée aux conditions suivantes: La pleine capacité de l'épouse et de l'époux à être sains d'esprit et avoir atteint l'âge du mariage ; la non suppression de la dot, puisque les deux époux ne peuvent pas conclure un

³⁰³ Coran : sourate 4 verset 1

يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَدَأَ مِنْهُمَا رَجُلًا كَثِيرًا وَنِسَاءً

³⁰⁴ Coran : sourate 16 verset 72

وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً

ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، 2 : 552، القاهرة

ابن همام، كمال الدين محمد، شرح فتح القدير، 2 : 043، القاهرة 5131.

ابن همام، كمال الدين محمد، شرح فتح القدير، 5 : 961 القاهرة

ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار ، 2 : 043 القاهرة

المبسوط، 4 : 391

³⁰⁶ Mariages-Mariages, actes de colloque sous la direction de Claude BONTENS, Association française du droit en collaboration avec l'Université Pris -Sud XI, PUF, 2001, p. 512

accord pour se marier sans dot. Lorsque l'un des époux au contrat est mineur, le mariage n'est valable qu'après le consentement de son représentant légal. Enfin, la dernière condition est l'absence d'empêchements légaux à la conclusion du mariage.

220. Si, pour l'observateur extérieur, les conditions du contrat de mariage en droit musulman témoignent d'une lourdeur et d'un arsenal de contraintes, c'est parce que cette institution est liée intimement à l'établissement de la famille, première cellule de la société et au sein de laquelle les enfants doivent être bien entretenus. Toutes les conditions du mariage découlent donc, du même raisonnement : celui de mettre au monde des enfants « forts », qui constituent les fondements d'une communauté forte.

221. Nous avons dit précédemment que la première condition du mariage est le consentement des deux parties. La règle est que toute personne majeure est appelée à donner son consentement au mariage et que ce consentement n'a pas besoin d'être complété par un tuteur testamentaire³⁰⁷. Le consentement des parties veut dire que l'homme et la femme sont libres et conscients de leur choix. Cependant, pour que ce mariage soit pourvu de garantie et pour que le choix soit plutôt un acte issu de la raison qu'un simple désir, le législateur a prévu la présence d'un « soutien » ou « d'un ami solidaire ». Le *Wali* censé protéger la femme et être un soutien moral en cas de litige entre les deux parties du pacte matrimonial. Alors, le mariage en Islam s'inscrit dans une logique de liens sociaux qui impliquent les deux familles et n'est pas seulement un lien binaire. De cette façon, les enfants naissent dans une ambiance familiale élargie qui fait participer les autres membres de la famille tels que les grands-parents, les oncles et les tantes.

222. La dot est aussi une condition essentielle à la validité du contrat de mariage. Un moyen et pas une finalité en soi pour faire plaisir à l'épouse. Le Coran l'a annoncé : « donnez aux femmes leur cadeau de mariage sans contrepartie...³⁰⁸ ».

Cela veut dire que la dot appartient exclusivement aux femmes, et c'est un cadeau qui doit être offert à elles directement. Dans ce verset le Coran fait référence à trois points fondamentaux : Tout d'abord, il a employé, pour la dot le terme *Sadaq* qui signifie véracité et sincérité. Ainsi, la dot est un symbole de cordialité. Deuxièmement, il est clair, d'après le verset ci-dessus, que la dot doit être payée directement à la femme. Troisièmement, il est clair aussi que la dot n'est rien d'autre qu'un cadeau et un présent.

³⁰⁷ Idem, p. 517

³⁰⁸ Coran : sourate 4 verset 4 وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً

223. L'avenir des enfants dans la société musulmane commence par le choix du conjoint. Ce dernier ne doit pas faire partie des personnes qui lui sont interdites. A travers cette condition, le législateur vise la préservation de leur filiation ainsi que leur santé puisque les enfants auront une ascendance claire et ne seront pas dépourvus de lignage. De plus, cela permet d'éviter d'avoir une descendance faible physiquement et mentalement en la protégeant des maladies héréditaires. Certes, le droit musulman encourage le lien matrimonial, le moyen de fonder la première structure de la société musulmane qui est la famille. En revanche, ce projet honorable que représente le fait d'engendrer une descendance ne consiste pas seulement d'enfanter un nombre d'enfants sans limites et sans programmation. A quoi servirait une descendance faible matériellement et spirituellement, non organisée et sans avenir ? Le droit musulman insiste sur le fait que l'enfant est le labour des parents responsables. Cela implique donc la notion de contrôle des naissances. On retrouve ce sujet clairement abordé dans les sources scripturaires de la législation musulmane ainsi que dans la jurisprudence³⁰⁹.

224. Cela dit, l'enfant est un élément essentiel dans la constitution de la société musulmane en particulier et de la *Oumma*³¹⁰ en général. Il est son avenir, sa prospérité ou sa décadence. C'est ainsi que les générations futures assurent cette continuité. Ce sont les enfants, adultes de demain, qui prendront en charge la responsabilité de leur société. La question du devenir de l'enfant est très liée à la perception de la *Oumma* en droit musulman. C'est une relation réciproque qui les relie : chacun a des droits et des obligations envers l'autre. L'enfant constitue alors, un sujet de protection et d'entretien par la société. Parallèlement, la *Oumma*, obtient par cela la garantie de subsister et de prospérer.

Cette finalité ne peut être atteinte que si les parents exercent entièrement leur rôle dans l'éducation de leurs progénitures d'une façon juste et efficace.

B. La responsabilisation des parents

225. Pour que la famille soit véritablement un espace où les enfants apprennent à être responsables et autonomes, les parents doivent être des modèles. Cela implique une recherche

³⁰⁹ في الصحيحين عن جابر: كنا نعزل على عهد رسول الله ص و القرآن ينزل. و في صحيح مسلم عنه: كنا نعزل على عهد رسول الله ص فبلغ ذلك رسول الله فلم ينهانا. و في صحيح مسلم أيضا عنه قال: سألت رجل رسول الله ص فقال: إن عندي جارية و أنا أعزل عنها فقال رسول الله ص إن ذلك لا يمنع شيئا أراد الله.

فهذه الأحاديث صريحة في جواز العزل و قد رويت الرخصة فيه عن 10 من الصحابة: علي و سعد بن أبي وقاص و أبي أيوب و زيد بن ثابت و جابر و ابن عباس و الحسن بن علي و خباب بن الأثرث و أبي سعيد الخدري و ابن مسعود، قال ابن حزم: و جاءت الإباحة للعزل صحيحة عن جابر و ابن عباس و سعد بن أبي وقاص و زيد بن ثابت و ابن مسعود.

constante de perfectionnement et une remise en cause régulière. En effet, la démarche éducative est éternelle pour l'Homme selon la perception musulmane. Elle ne s'arrête pas à un âge précis et ce n'est pas en devenant parents que le processus de l'éducation de l'homme et de la femme prend fin. Tout Homme a besoin de se remettre régulièrement en question et de revoir ses convictions s'il le faut. Les parents ne naissent pas ainsi, ils apprennent à l'être avec l'expérience. C'est pourquoi le comportement envers l'enfant n'est pas une chose anodine. Les parents en droit musulman sont un homme et une femme et chacun représente une image et une fonction différente. Cependant, la place de la mère demeure considérable avec celle du père en second degré.

226. C'est ainsi que le droit musulman a mis en place toute une dynamique concernant les femmes. En lui procurant le statut d'être humain à part entière après qu'elle a été considérée comme une chose matérielle propre à la tribu ou à son mari³¹¹, la femme conquiert sa liberté et trouve sa dignité qui lui permet de devenir responsable et prête à assumer la lourde charge qui lui incombe. Dans toutes les sources du droit musulman³¹², les femmes sont appelées à être des actrices de la vie sociale et à devenir des femmes responsables, que cela soit dans la sphère privée ou publique³¹³.

A ce propos, la démarche éducative était le moyen propice de faire changer les gens ainsi que la société³¹⁴. Etant libre et responsable, la femme devenant mère saura certainement élever des hommes libres et responsables.

³¹¹ Sachant que la femme dans l'histoire des civilisations déclinantes, était toujours réputée être le bouc émissaire et d'être la chose aimée et rejetée en même temps. Chez les Arabes de la *Jahiliya*, cette choseification n'était pas moins cruelle que celle des autres civilisations. On était si jaloux de sa femme-propriété que l'on n'hésitait pas à l'inhumer vivante. La petite fille nouvellement née était à la merci du pater familias qui avait droit de vie et de mort sur elle. Il l'enterrait même quelquefois dans certaines tribus, par crainte du déshonneur s'il le jugeait nécessaire, sans être ni blâmé ni inquiété. Bien au contraire beaucoup de tribus sédentarisées, riches et pouvant se passer de son travail social inhumainement symboliquement la femme, quand elles ne le faisaient pas physiquement. La pratique du *khidr* était courante en Arabie. Le *khidr* est le mot qui sert à résigner et l'attitude et la maison de la femme qui ne sort jamais de chez elle.

³¹² Cf. Asma LAMRABET, *Le Coran et les femmes: une lecture de libération*, Editions Tawhid, 2007.

³¹³ Le Prophète introduisait la femme par la grande porte dans un champ social réservé jusqu'ici exclusivement aux hommes. Auparavant, la femme n'existait pas sur ce champ puisque la vie de société consistait à faire la guerre souvent, à faire du commerce aussi : ce qui revenait au même, vu l'insécurité vécue par les caravanes dans un désert où la razzia était chose courante. Le Message de paix avec Dieu et avec l'Autre faisait de la femme une partenaire de l'homme dans une société de confiance naissante. Inciter la femme à être présente à la mosquée, c'était d'abord un gage d'égalité devant Dieu qui la recevait dans Sa Maison au même titre que l'homme.

La femme, non seulement s'emparait de l'espace public et des moments qui n'appartenaient qu'aux hommes mais intégrait l'espace sacré en étant l'hôtesse de Dieu. Ce qui gênait plus certains Compagnons dans ces trois acquisitions, c'est sans doute, que les prières du *fajr* (aube) et du *icha* (la nuit) se déroulaient à des heures où il était inimaginable de laisser circuler des femmes dans une société particulièrement chatouilleuse sur les choses de l'honneur.

³¹⁴ Le Message de l'Islam avait réussi à faire sortir progressivement les hommes de la prison de leurs vices, de leurs habitudes, de leurs us et coutumes néfastes. Laissés à leur libre cours, les penchants naturels engendraient et animaient des forces destructrices régissant une société où le plus faible n'avait pas de place, où la loi du plus fort est la seule règle. Le plus faible n'avait qu'une alternative, se soumettre ou trouver pour échapper à un sort

227. La fonction maternelle en droit musulman ne consiste pas seulement à procréer des enfants. En effet, il y a une différence linguistique et étymologique entre la génitrice et la mère : toute génitrice n'est pas mère et une mère n'est pas forcément une génitrice. Ainsi, la maternité est une fonction et ne se limite pas uniquement à la gestation.

Le texte coranique a utilisé le terme *Oum* (mère) comme il a utilisé le terme *Walida* (la génitrice), 28 fois pour le premier et 5 fois pour le second. Cette différence dans la référence au mot démontre la globalité de l'un et la réduction de l'autre³¹⁵. *Al Walida* désigne uniquement la mère qui procréé. En revanche, la mère *Al Oum* est l'origine de toute chose, la base et le pilier, la source et la cause etc.³¹⁶.

Ainsi, *Al Walida*, selon le sens coranique, est la femme qui engendre en dépit de ses qualités et de ses caractères. Il s'agit seulement, en parlant de la génitrice, d'un fait partagé entre l'Homme et les autres créatures mammifères. Par ailleurs, la mère *Al Oum* désigne toute origine noble. Elle représente le sacrifice, le dévouement, la loyauté, l'amour et la tendresse etc. Cette différence est très claire dans les versets du Coran³¹⁷ : à titre d'exemple, quand le Coran parle de l'obligation d'être bienfaisant envers les parents, il utilise le terme des géniteurs *Al walidayn* faisant référence à la génitrice et aux géniteurs, mais il le suit directement pour parler de la mère en décrivant ce qu'elle a enduré pour sa progéniture, afin de démontrer la place élevée de la mère par rapport au père : « Nous avons commandé à l'homme (la bienfaisance envers) ses parents; sa mère l'a porté [subissant pour lui] peine sur peine: son sevrage a lieu à deux ans. Sois reconnaissant envers Moi ainsi qu'envers tes parents³¹⁸ ».

peu enviable des voies tortueuses faites de haine, de trahison, de mal-être et de ruse. La femme comme l'homme était dans un processus d'éducation mené par un éducateur soucieux de sa *Oumma* dont l'avenir dépend des générations qui naissent.

³¹⁵ Le terme de mère et plus général que le terme de génitrice.

الوالدة هي الأم التي تقوم بالولادة و الإنجاب على وجه الخصوص، و هذا اللفظ ينحصر بها و لا يتجاوزها إلى غيرها

أما الأم فمعناها أوسع و أشمل، فهي أصل الشيء و عماده و أساسه و مصدره و سببه و مقدمته و مبتداه و رأسه و رئيسه و ما يحتويه و ما يضمه و يضم أجزاءه أو بعضها و تكون الأم أما بالانتساب و المسؤولية.

جاء في اللسان و أم كل ، قال بن دريد: كل شيء انضمت إليه أشياء فهو أم لها.³¹⁶ شيء أصله و عماده

³¹⁷ En outre, dans la tradition musulmane les femmes du Prophète avaient pour surnom « les mères des croyants », dans l'un des versets, il est annoncé : «Le Prophète a plus de droit sur les croyants qu'ils n'en ont sur eux- mêmes ; et ses épouses sont leurs mères ». Ainsi, elles occupaient un rang distingué dans la société musulmane. Le Coran leur a donné la place des mères grâce à leur douceur et leur clémence envers la communauté. Étant mères des croyants, elles avaient la tâche de transmettre la foi, l'un des rôles vitaux de la mère en droit musulman.

³¹⁸ Coran : Sourate 31 verset 14

228. Si la place de la mère est très présente dans l'éducation des enfants, celle des pères n'est pas écartée en droit musulman. Le père (homme) est aussi appelé à cette démarche éducative constante pour être lui aussi à la hauteur de la responsabilité de préparer l'avenir de l'*Oumma*. En droit musulman, l'homme est *qawâm*³¹⁹. L'origine de ce mot est q w m, dans un style d'exagération. Selon le dictionnaire *Al Ghaniy*, le père est *qawâm* quand il prend en charge la responsabilité de sa famille. Dans le dictionnaire de « La langue arabe moderne³²⁰ », en faisant référence au verset qui dit que les hommes ont la responsabilité, au premier lieu, de prendre en charge la famille, notamment au niveau matériel³²¹, il explique que les hommes ont le devoir de *Nafaqa* : c'est-à-dire le devoir de verser une pension alimentaire à la femme et à ses enfants.

229. *Qawâm* signifie, donc, linguistiquement, selon le dictionnaire *Lissanou l'âarabe*, le fait de s'occuper et de s'intéresser aux affaires de l'épouse et de l'enfant. Loin d'une prise en charge matérielle, *Al Qiwama* est aussi la caractéristique d'être le soutien solide et sûr de tous les membres de la famille. En parallèle et au même degré, la caractéristique des femmes, est la responsabilité de *La Hafidiya*. Ce terme découlant du verbe *hafida* qui signifie préserver, porte le sens d'engagement, de préservation et de l'entretien. Étymologiquement la femme a le rôle de préserver toutes les choses (concrètes ou abstraites) que l'homme n'arrive pas à percevoir³²². De cette façon, ils se complètent mutuellement.

Ainsi, l'époux père s'assure que les autres membres de la famille s'épanouissent en leur assurant la sécurité, la stabilité ainsi que le bon déroulement du voyage au sein de la barque familiale. L'épouse mère préserve tout cela en toute responsabilité et clairvoyance.

230. Un enfant né dans une ambiance d'affection, de sécurité et de stabilité pourrait à son tour, dans l'avenir, faire perpétuer le bonheur familial : but recherché dans toute société humaine et notamment dans la société musulmane : « Seigneur Dieu ! Donne-nous en nos épouses et époux et en nos enfants la joie et le contentement et fais de nous un modèle et un guide à suivre par les pieux³²³ ».

³¹⁹ قوام , صيغة مبالغة من قام / قام إلى / قام بـ / قام على / : قوام في الليل متولاً للأمور، حسن القيام بها قواماً على ممتلكات، - { الرِّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ : يقومون بالنفقة عليهن والذب عنهن

³²⁰ اللغة العربية المعاصر

³²¹ Il s'agit d'ailleurs du logement de la femme et des enfants, de leur nourriture, de leur habillement et de tout besoin matériel, chacun selon ses moyens.

³²² الحافظة هي كل ما غاب عن عين الرجل

³²³ Coran: sourate 25 verset 74

وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا

La relation entre l'homme et la femme est une sorte de citoyenneté au sein de la cité en miniature qu'est la famille. Si en principe, l'environnement familial doit être fondé sur l'amour, sachant que celui-là est une dynamique qui croît et qui décroît, le dilatation de ce sentiment ne signifie pas la rupture de ce lien : « Et comportez-vous convenablement envers elles. Si vous avez de l'aversion envers elles durant la vie commune, il se peut que vous ayez de l'aversion pour une chose où Dieu a déposé un grand bien³²⁴ ».

C'est pourquoi la vie conjugale demande une bonne cohabitation affective loin des fantasmes. L'homme a été appelé dans le Coran à avoir une bonne cohabitation avec son épouse³²⁵, et de prendre en considération la sensibilité de la femme et ses besoins qui sont différents de ceux des hommes.

231. Ainsi, le père remplit le rôle matériel dans la sphère familial. Il lui incombe, au premier degré, de garantir les charges financières de la famille. La femme a aussi une part de participation volontaire aux dépenses du ménage et elle est obligée en cas de précarité du mari. Le père assure la sécurité financière de la famille afin que les autres membres remplissent leur fonction dans les meilleures conditions. Le droit musulman parle de *Annafaqa*³²⁶: « Et faites que ces femmes habitent où vous habitez, et suivant vos moyens. Et ne cherchez pas à leur nuire en les contraignant à vivre à l'étroit. Et si elles sont enceintes, pourvoyez à leurs besoins jusqu'à ce qu'elles aient accouché. Puis, si elles allaitent [l'enfant né] de vous, donnez-leur leurs salaires. Et concertez-vous (à ce sujet) de façon convenable. Et si vous rencontrez des difficultés réciproques, alors, une autre allaitera pour lui³²⁷ », « Que celui qui est aisé dépense de sa fortune ; et que celui dont les biens sont restreints dépense selon ce que Dieu lui a accordé. Dieu n'impose à personne que selon ce qu'Il lui a donné, et Dieu fera succéder l'aisance à la gêne³²⁸ ».

³²⁴ Coran: sourate 4 verset 19

وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا

³²⁵ حسن المعاشرة

³²⁶ النفقة

³²⁷ Coran: sourate 65 verset 6

أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بِإِنَّكُم يَمْعُرُونَ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى

³²⁸ Coran: sourate 65 verset 7

لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا

En conclusion, être père et mère dans la perception musulmane n'est pas une tâche banale, elle est synonyme de responsabilité, de sacrifice mais aussi de pédagogie.

C. La valorisation de la fonction parentale

232. Les parents en droit musulman ne sont pas de simples géniteurs, ni de gardiens d'enfants. Ils ont une fonction à accomplir. L'enfant, dans ce cas-là, représente une bonne œuvre pour ceux qui l'ont éduqué et un bon avenir pour toute la communauté. Dans un *hadith*, il est bien relaté 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 invocations³²⁹ »

233. L'enfant dans ce hadith est une œuvre de l'être humain. Certes, il est la créature de Dieu mais il est le résultat du labour de celui qui l'a engendré. C'est ainsi que mettre des enfants au monde est une vraie responsabilité. En conséquence, le résultat de cela ne peut être que positif ou négatif. La fonction parentale est si respectée en droit musulman qu'elle fait du père et de la mère des êtres honorés puisque leur droit est cité après celui de Dieu : « Et ton Seigneur a décrété : "n'adorez que Lui ; et (marquez) de la bonté envers les père et mère³³⁰ ».

234. Pour inciter les plus jeunes à faire honneur à leurs parents. Ces derniers sont cités en plusieurs reprises dans le Coran et dans la tradition prophétique : la mère pour ce qu'elle a porté et supportée durant les mois de grossesse et les années de l'éducation, le père pour ce qu'il a dépensé en temps et en argent pour faire grandir son enfant et préparer son avenir. Cette attitude envers les parents se perpétue de génération en génération : « Et Nous avons enjoint à l'homme de la bonté envers ses père et mère : sa mère l'a péniblement porté et en a péniblement accouché ; et sa gestation et sevrage durant trente mois ; puis quand il atteint ses pleines forces et atteint quarante ans, il dit : "Ô Seigneur ! Inspire-moi pour que je rende grâce au bienfait dont Tu m'as comblé ainsi qu'à mes père et mère, et pour que je fasse une bonne œuvre que Tu agrées. Et fais que ma postérité soit de moralité saine, Je me repens à Toi et je suis du nombre des Soumis"³³¹ », « Et ton Seigneur a décrété : "n'adorez que Lui ; et

³²⁹ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة : صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له.

³³⁰ Coran: sourate 17 verset 23

وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا

³³¹ Coran: sourate 46 verset 15

وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي

(marquez) de la bonté envers les pères et mères : si l'un d'eux ou tous deux doivent atteindre la vieillesse auprès de toi; alors ne leur dis point : "Fi !" et ne les brusque pas, mais adresse-leur des paroles respectueuses. Et par miséricorde ; abaisse pour eux l'aile de l'humilité ; et dis : "Ô mon Seigneur, fais-leur ; à tous deux ; miséricorde comme ils m'ont élevé tout petit ³³²».

235. La fonction parentale concerne en premier degré, les parents. Or, leur fonction consiste à impliquer les autres membres de la famille qui représentent l'appartenance de l'enfant à une lignée et une filiation. Le droit musulman condamne tout acte visant à couper les liens de consanguinité. Dans un hadith *qudsi*³³³, Dieu dit : « Je suis *Ar-Rahman* (le Miséricordieux) et *Al-Rahem* (la matrice, les liens familiaux) vient de Mon Nom. Je lui ai donné un nom dérivé du Mien ; quiconque entretient les liens de consanguinité, J'entretiens des liens avec lui, et quiconque les rompt, Je romps avec lui³³⁴ ».

Parmi ces proches réside le rôle des grands-parents. Ils ont un rôle essentiel notamment dans la construction psychoaffective de l'enfant et un rôle éducatif et instructif pour donner des repères à l'enfant.

236. La fonction parentale est complétée essentiellement par celle de l'école *al madrassa*. Ce terme est peu connu dans les premiers siècles de l'islam puisque le mot fait référence, en langue arabe, à l'édifice. En revanche, la dynamique de l'enseignement *Ata'lim* date du premier jour de la révélation. En effet, l'impératif du verbe lire : lit *Iqraee* était le premier mot du Coran révélé au Prophète³³⁵».

أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ

³³² Coran: sourate 17 verset 23

وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبُّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا

³³³ Les *Hadith qudsi* sont des paroles que le Prophète Mohammed a dites et qui lui ont été transmises par Dieu

³³⁴ أنا الرحمن خلقت الرحم وشققت لها اسماً من اسمي فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته

³³⁵ Le Prophète Mohamed n'était pas un simple facteur de messages, il était décrit comme suit : « C'est Lui qui a envoyé à des gens sans Livre un Messenger des leurs qu'il leur récite Ses versets, les purifie et leur enseigne le Livre et la Sagesse, bien qu'ils étaient auparavant dans un égarement évident » : (Coran : sourate 62 verset 2)

هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا مِّنْهُمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِنْ كَانُوا مِن قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ

Il était l'éducateur, l'enseignement de la science théorique décrit dans les sources et de la sagesse, fruit d'un savoir vivre. Lui-même disait à ses compagnons lorsqu'ils lui ont posé une question sur la propreté intégrale : « Je suis pour vous au degré du père qui vous enseigne. » إنما أنا لكم بمنزلة الوالد أعلمكم.

L'enseignement était un devoir et une dynamique suscitée par l'arrivée de l'Islam dans une terre où la culture était orale. C'est ainsi que les musulmans ont appris grâce au message et à la pédagogie du prophète que la connaissance de Dieu allait de paire avec la prospection de sa création. A l'aube de la constitution de l'Etat musulman, le premier projet établi fut la construction de la mosquée : source du savoir à l'époque. Loin d'être

La fonction parentale consiste aussi à procurer du savoir aux enfants. C'est une obligation qui incombe aux parents et à l'Etat en premier degré. Un des importants enseignements prophétiques était adressé à un enfant : « *Ibn Abasse* a dit : un jour j'étais derrière le Prophète et il m'a dit : Oh *ghoulam*, (enfant qui a atteint l'âge de la préadolescence), veux-tu que je t'apprenne des mots(...)»³³⁶. D'ailleurs s'il est reconnu au niveau international que l'instruction et l'éducation font partie des droits fondamentaux de l'enfant, en droit musulman elle est considérée comme une obligation de l'enfant. Cela signifie qu'à l'âge où l'enfant n'est pas encore conscient et n'a pas la capacité de discernement, les parents incitent, encouragent et imposent s'il le faut l'apprentissage. En revanche, après l'âge de discernement, l'enfant est appelé à son devoir d'acquérir les savoirs³³⁷.

L'obligation de l'instruction et de l'éducation doit être assurée par les parents, mais aussi par le pouvoir public³³⁸. Cependant, le défaut de l'un des deux ne doit pas être une excuse pour que l'enfant ne bénéficie pas d'un apprentissage. Les obligations, en droit musulman, s'adresse directement à la personne en le considérant responsable d'elle-même tant qu'elle est capable juridiquement. Toute personne a l'obligation de chercher le savoir malgré le défaut des moyens et le manque d'outils procurés par les pouvoirs publics. C'est pourquoi les parents doivent assurer cela en dépit des difficultés, parce que le sacrifice et l'endurance est l'objet même de leur fonction selon la perception musulmane.

237. Cela dit, l'enfant, l'avenir de la *Oumma*, est pris en charge par les parents, l'école et la société. Cependant, la fonction parentale demeure toujours la plus importante et ne peut

simplement un lieu de culte, elle fut l'école, l'université et la bibliothèque. Elle fut le centre de la vie spirituelle, sociale et politique des musulmans, là où tout le monde se rassemblait, hommes, femmes et enfants pour se ressourcer. Elle fut aussi un lieu de concertation et de conseils.

³³⁶ كنت خلف النبي -صلى الله عليه وسلم- يوما فقال: يا غلام إني أعلمك كلمات

³³⁷ *Ibn Majah* a mentionné d'après Anas que le Messager adit : « La quête du savoir est une obligation pour chaque musulman ».

³³⁸ Dans les siècles de gloire de la civilisation musulmane notamment en Andalousie, un historien décrit la prospérité du savoir à l'époque démontrant aussi l'encouragement de l'acquisition de la science par l'Etat politique. Sigrid Hunke raconte dans un chapitre intitulé Les glaives de l'esprit ceci :

« Les enfants de toute condition fréquentent les écoles primaires, ceci moyennent une somme fort modique, dit-elle. Mieux encore, depuis que l'Etat paie les professeurs, ceux-ci doivent instruire gratuitement les indigents. Dans bien des régions d'ailleurs et notamment en Espagne, l'enseignement public est entièrement gratuit. En plus de quatre-vingts écoles publiques existant déjà à Cordoue, en 965, Al Hakam II en fonde vingt sept nouvelles réservées aux enfants de pauvre (...). On trouve jusque chez les bédouins des étudiants itinérants qui instruisent leurs enfants. Où pourrait-on découvrir un trou dans ce filet aux mailles serrées qui recouvrent l'ensemble des peuples de l'islam ? D'ailleurs l'instruction des arabes ne se limite pas à ce degré élémentaire (...). C'est ainsi que dans toutes les grandes villes de nouveaux collèges voient le jour. Les collégiens habitent les étages supérieurs (...). Les cuisines, l'économat et les bains sont au sous-sol. Au rez-de-chaussée, se succèdent les salles de cours et de lecture. C'est là que l'ambitieuse jeunesse arabe s'initie au Coran, aux traditions, à la grammaire, à la philologie, à la rhétorique, à la littérature, à l'histoire, à l'ethnologie, à la géographie, à la logique, aux mathématiques et à l'astronomie» : Sigrid HUNKE, *le soleil d'Allah brille sur l'occident*, Albin Michel, 1997, p.

être substituée par aucune autre fonction. Mais à quoi ressemble cette tâche en droit musulman ? Est-elle est une autorité, un pouvoir ou plutôt une guidance ?

238. Les récits prophétiques, deuxième source du droit musulman, résume le vrai sens de la fonction parentale :

Nous devons en premier lieu faire remarquer que la perception musulmane des droits de l'enfant insiste sur le droit de l'enfant à l'affection qu'elle classe parmi ses droits fondamentaux. La fonction parentale est premièrement des sentiments, une miséricorde envers l'enfant. Le Prophète Mohamed a dit dans un *hadith* : « Recevront la miséricorde de Dieu, les parents qui aident leurs enfants à être bienfaisant envers eux³³⁹ » ; « Recevra la miséricorde de Dieu, le serviteur qui aide son enfant à être bienfaisant envers lui en le prenant avec bonté, avec amitié et en l'instruisant et en l'éduquant³⁴⁰ » ; « 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 violenter³⁴¹ ».

Ce droit non matériel occupe une place prépondérante parmi les droits vitaux de l'enfant. C'est pour cette raison qu'il a été consacré par les principales sources du droit musulman (le Coran et la tradition prophétique). En effet, la fonction parentale consiste à donner de l'amour à son enfant : « Le regard du parent à son enfant par amour est une adoration³⁴² ».

Dans un autre *hadith*, le Prophète dit : « Aimez les enfants et soyez miséricordieux envers eux et si vous leur promettez quelque chose soyez fidèles à votre promesse parce que eux ne voient que vos biens³⁴³ ».

³³⁹ قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: رحم الله والدين أعانا ولدهما على بزه

مستدرک الوسائل 2: 618

³⁴⁰ قال صلى الله عليه وسلم: رحم الله عبداً أعان ولده على بزه بالإحسان إليه، والتأليف له، وتعليمه وتأديبه

مستدرک الوسائل 2: 626

³⁴¹ وقال صلى الله عليه وآله وسلم: رحم الله من أعان ولده على بزه، وهو

أن يعفو عن سيئته، ويدعو له فيما بينه وبين الله وقال صلى الله عليه وآله وسلم: رحم الله من أعان ولده على بزه يقبل ميسورة، ويتجاوز عن معسروه، ولا يرهقه ولا يخرق به

الكافي 6 : 50

³⁴² وقال صلى الله عليه وآله وسلم: نظر الوالد إلى ولده حباً له عبادة

مستدرک الوسائل 2: 226

³⁴³ وقال صلى الله عليه وآله وسلم: رحم الله من أعان ولده على بزه يقبل ميسورة، ويتجاوز عن معسروه، ولا يرهقه ولا يخرق به

مكارم الأخلاق. 219.

Cet amour doit être explicitement exprimé par les parents comme le démontre un hadith qui dit : « Embrassez souvent vos enfants car vous avez avec chaque baiser un degré au paradis ³⁴⁴ » ; « Celui qui embrasse son enfant aura un bienfait et celui qui le rend heureux, Dieu le rendra ainsi dans la vie dernière ³⁴⁵ »

Cet amour est exprimé par des dons et des cadeaux comme le démontre le *hadith* qui suit : « Celui qui va à un marché et qui achète à ses enfants quelque chose est comme celui qui donne de l'aumône à des gens dans le besoin et qu'il commence par les filles avant les garçons ³⁴⁶ ».

239. Les sentiments ont une place essentielle dans la relation qui relie l'enfant à ses parents. Toutefois, l'éducation et la transmission donnent sens à cet amour puisque l'enfant est appelé par son devenir d'adulte. L'une des recommandations prophétique à ce sujet est la suivante : « Honorez vos enfants et soignez leur éducation ³⁴⁷ » ; « Un parent ne peut rien léguer de mieux à son enfant qu'une bonne éducation ³⁴⁸ » ; « Éduquez vos enfants à trois choses : l'amour du prophète, de sa famille et la lecture du Coran ³⁴⁹ » ; « Séparez vos enfants au lit quand ils atteignent l'âge de sept ans ³⁵⁰ ».

Le droit de l'enfant à l'éducation succède directement son droit à l'affection. Étant donné son importance, un chapitre entier du Coran a été accordé à cela. Il s'agit de *la sourate* 31 intitulée « *Louqmân* ³⁵¹ ». Ce chapitre contient des indications pour l'éducation d'un enfant en forme d'exhortations ³⁵².

وقال صلى الله عليه وآله وسلم: أحبوا الصبيان وارحموهم، فإذا وعدتموهم فوفوا لهم، فإنهم لا يرون إلا إنكم ترزقونهم

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أكثروا من قبلة أولادكم، فإن لكم بكل قبلة ³⁴⁴ درجة في الجنة

وقال صلى الله عليه وآله وسلم: من قبل ولده كان له حسنة، ومن فرحه فرحه الله يوم القيامة ³⁴⁵

عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من دخل السوق فاشترى تحفة ³⁴⁶ فحملها إلى عياله كان كحامل صدقة إلى قوم محايج، وليبدأ بالإناث قبل الذكور

³⁴⁷ مستدرك الوسائل 2: 625

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أكرموا أولادكم وأحسنوا آدابهم ³⁴⁸

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أدبوا أولادكم على ثلاث خصال: حب نبيكم، وحب ³⁴⁹ أهل بيته، وقراءة القرآن

كنز العمال 16: 45409/456

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: فرّقوا بين أولادكم في المضاجع إذا بلغوا ³⁵⁰ سبع سنين

مكارم الأخلاق 223

³⁵¹ *Loqmân* est le nom d'un sage des temps anciens dont le Coran rapporte l'enseignement qu'il dispensait à son fils. *Ibn Kathir* a dit : « c'était un juge des fils d'Israël à l'époque de David », *Ibn Abbas* disait qu'il était un esclave abyssin, menuisier. Dans le livre d'interprétation du Coran *Roûh al-Bayân*, *Ismail Hakki* a déclaré, quant à lui : « c'était un esclave dont la réflexion était fréquente et la foi excellente. Il aimait Dieu qui l'aima donc et le

Les parents, en pratiquant leur fonction, doivent être justes envers leurs enfants dans l'expression des sentiments ainsi que dans les actions: « Dieu aime que vous soyez juste envers vos enfants, même en les embrassant³⁵³ ».

Un jour le Prophète, en voyant un homme avec ses deux enfants en train d'embrasser l'un des deux et laissant l'autre, a dit à ses compagnons : « Soyez justes envers vos enfants³⁵⁴ ». Dans un autre *hadith* du Prophète, il a dit : « Soyez équitables envers vos enfants dans le comportement si vous voulez qu'ils soient juste envers vous dans la bonté et la bienfaisance » ; « Soyez équitable envers vos enfants dans les cadeaux et si j'avais à choisir je choisirais d'abord les filles³⁵⁵ ».

Paragraphe 2 : Et dans la société

240. Dans la perception musulmane, l'enfant est un maillon de la société. Il est éduqué pour devenir un adulte capable de contribuer au progrès social et au bien-être de l'homme. Cette vision est aujourd'hui dépassée dans les sociétés postmodernes. Dans ces contextes, de

gratifica de la sagesse. Celle-ci se définit en outre par l'exactitude dans les paroles, le bon jugement dans l'esprit et le bon geste dans les actes obligatoires. S'il parlait, il s'exprimait par la sagesse; s'il réfléchissait, il pensait par celle-ci et s'il bougeait, il le faisait avec elle"

Khâled al-Rab'i a déclaré: " *Loqmân* était un esclave abyssin, menuisier. Son maître lui demanda un jour : "Saigne pour nous ce mouton! Ce qu'il fit. Le maître dit ensuite : "choisis dans l'animal ses deux meilleures parties. *Loqmân* prit alors la langue et le cœur.

Extrais-en maintenant ses deux plus mauvaises parties! *Loqmân* prit alors la langue et le cœur. Son maître étonné lui dit : "Je t'ai ordonné d'en extraire les deux meilleurs morceaux et tu as choisi ces deux là, puis je t'ai demandé d'en extraire les deux plus mauvais et tu as pris ces deux là!

-Il n'y a pas meilleur que ces deux-là lorsqu'elles s'amendent, et pas plus mauvaise lorsqu'elles sont corrompues" (*Tafsir Ibn kathir*,...)

³⁵² « Nous avons donné à *loqmân* la sagesse : remercie Dieu. Celui qui remercie, remercie au bénéfice de sa personne et celui qui renie (saura que) Dieu est riche et glorifié.

Et (rappelle) lorsque *Loqmân* dit à son fils, alors qu'il l'exhortait : O mon fils! N'associe rien avec Dieu : le polythéisme est une immense injustice » (Sourate 31, versets 12-13)

« Ô mon fils, fût-ce le poids d'un grain de moutarde, au fond d'un rocher, ou dans les cieus ou dans la terre, Dieu le fera venir. Dieu est infiniment Doux et Parfaitement Connaisseur.

Ô mon enfant , accomplis la Salat, 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 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 » (Sourate 31, versets 16 à 19)

وقال صلى الله عليه وآله وسلم: إن الله تعالى يحب أن تعدلوا بين أولادكم حتى في القبل

16: 45350/445 كنز العمال

³⁵⁴ جاء عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أنه نظر إلى رجل له ابنان فقبل أحدهما وترك الآخر، فقال صلى الله عليه وآله وسلم: فهلا ساويت بينهما

³⁵⁵ جاء في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ساووا بين أولادكم في العطيّة، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء

كنز العمال 16 : 45346/444

culture occidentale en majorité, l'enfant n'est plus éduqué pour servir la société et ses parents. Ce qui est visé, essentiellement, c'est l'épanouissement personnel de l'enfant.

Avant l'émergence du mouvement de l'émancipation de l'enfant traduit, ultérieurement, par l'adoption de la CIDE, l'éducation était un instrument stratégique pour inscrire l'enfant dans le monde qui l'entoure, un objectif partagé par la perception musulmane de l'enfant. En revanche, la postmodernité prône une éducation qui vise un bonheur individuel et instantané de l'enfant, ce qui est loin des objectifs de la socialisation de l'enfant du point de vue musulman.

241. La socialisation de l'enfant en Islam tente de répondre aux exigences d'un progrès social collectif et non pas individualiste. Elle vise, par contre, un épanouissement personnel de l'enfant mais au sein et non pas en dépit du groupe (la famille et sa société).

Cela dit, selon la conception musulmane, l'enfant est la garantie d'un renouvellement des générations et ainsi la reproduction du corps social. Son entrée dans la société d'une façon positive dépend de ses habilités sociales acquises lors de son processus d'éducation. De cette manière, l'éducation de l'enfant, qui ne se limite pas à une prise en charge matérielle, est une condition d'entrée à la vie sociale et d'acquisition de son autonomie. D'ailleurs, c'est la socialisation qui conditionne l'intégration harmonieuse du futur adulte à la société (A). Son intégration à l'espace social se fait en acceptant les règles, les valeurs et les conventions imposées par la société. C'est pourquoi son intérêt n'est pas supérieur puisque, en droit musulman, on recherche toujours à équilibrer les intérêts. De ce point de vue, bien que la place de l'enfant soit essentielle au sein de la famille et de la société, cela ne veut pas dire systématiquement que son intérêt prime constamment (B). D'ailleurs, en droit musulman le concept de l'intérêt a fait l'objet de profondes analyses puisqu'il s'agit d'une des sources de la législation musulmane.

242. Par ailleurs et en conclusion, il est pertinent de savoir que le nouveau statut de l'enfant au sein de sa famille et dans la société musulmane, en tant que personne digne, en tant que sujet de droit (de l'embryon jusqu'à sa majorité), en symbolisant l'avenir de la *Oumma* etc. ne pouvait voir le jour sans un pouvoir politique basé sur une justice sociale et des valeurs communautaires de participation et de liberté.

Malgré l'existence d'une législation musulmane abondante en matière d'enfance et des enseignements en faveur des droits de l'enfant, sans une effectivité pratique de ce cadre théorique par le biais d'une bonne gouvernance, tout cela n'est qu'un idéal (C).

A. La liberté de l'enfant acquise par l'éducation

243. Il est impossible de parler d'une socialisation de l'enfant sans éducation. Se socialiser n'est pas un mécanisme spontané; l'enfant doit être guidé, conseillé et il doit acquérir une certaine discipline. En langue arabe, le mot *Tarbiya*³⁵⁶ (éducation) provient de la racine *r a b a*. Le verbe *raba* est faire développer et *rabâ* signifie éduquer. Le verbe *raba* peut être traduit par les mots : croissance, développement. Tandis que le verbe *rabâ* comporte d'autres sens ajoutés au sens précédents tels que : la progression et la graduation.

244. L'éducation³⁵⁷ comme elle a été définie par le savant *Arraghibou L'Assfahani* consiste à « développer une chose petit à petit jusqu'à son accomplissement ». Un autre savant la définit ainsi : « accomplir quelque chose progressivement³⁵⁸ ». L'éducation consiste à prendre en charge, à guider, préparer et faire développer que ce soit au niveau intellectuel, physique, moral ou au niveau du comportement. Elle ne consiste pas seulement à transmettre des idées et à communiquer des informations, mais en plus de cela elle est un accompagnement progressif de la personne. Toutes les doctrines de la religion musulmane : *Al Aquida* le dogme, *Al fiqh* la jurisprudence et les adorations *Al ibadate* font référence à l'éducation³⁵⁹. En effet, l'éducation de l'enfant, selon la perception musulmane, a un sens plus

³⁵⁶ تُرْجِعُ الْمَعَاجِمُ اللَّغَوِيَّةُ الْكَلِمَةَ إِلَى حُرُوفِهَا الْأَصْلِيَّةِ ؛ فَإِنَّ كَلِمَةَ " تَرْبِيَّة " الَّتِي تَتَكُونُ مِنْ خَمْسَةِ حُرُوفٍ تَعُودُ فِي أَصْلِهَا إِلَى حَرْفَيْنِ أَصْلِيَيْنِ هُمَا الرَّاءُ وَالْبَاءُ (رَب) ، وَلِهَذَا يُدْعَى الْحَرْفَيْنِ عِنْدَ اجْتِمَاعِهِمَا الْعَدِيدِ مِنَ الْمَعْنَى الَّتِي أُشَارَ إِلَيْهَا (مُحَمَّدٌ خَيْرُ عَرَقْسُوسِي ، 1419 هـ ص 18 - 19) بِقَوْلِهِ :

"وهكذا نجد أن (الراء و الباء) يجتمعان على معنى السمو والإصلاح ، وتقوية الجوهر ، مع فروق طفيفة في تدرج هذا المعنى، حيث يُستعمل للأمر المادية (ربا يربو) تعبيراً عن زيادة مادية في جسم الأشياء ، بينما يُستعمل للإنسان والحيوان (رَبِّي يُرْبِي) مثل خَفِّي يُخْفِي ، بمعنى ترعرع في بيئة معينة ؛ ويستعمل للأمر المعنوية (ربا يربأ) لتكريم النفس عن الدنيا ، ويُستعمل للزقي بالجواهر : رَبُّ يَرْبُ عَلَى وَزْنٍ مَدٍّ يَمْدُ ، حتى نصل إلى (الرَّبُّ) وهو خالق كل شيءٍ وراعيه ومصلحه ؛ فهو التربية الكاملة."

فقد عرّفها (-ناصر الدين البيضاوي ، (1329 هـ) . أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي. المطبعة العثمانية، ص 3) بقوله: "الرب في الأصل مصدر بمعنى التربية. وهي تبليغ الشيء إلى كماله شيئاً فشيئاً" و يُعرّفها الشيخ الرئيس ابن سينا ؛ كما أورد ذلك (مقدار بالجن ، 1406 هـ ، ص 22) بقوله .

"التربية هي العادة ، وأعني بالعادة فعل الشيء الواحد مراراً كثيرةً ، وزماناً طويلاً في أوقاتٍ مُتقاربة". كما أنه أورد تعريفاً آخر يرى فيه أن التربية " إبلاغ الذات إلى كمالها الذي خلقت له" في حين يُعرّفها (الراغب الأصفهاني ، (1412 هـ / 1992 م) . مفردات ألفاظ القرآن . تحقيق : صفوان عدنان داوودي ، دمشق : دار القلم 1412 هـ ، ص 336) بقوله: "الرب في الأصل التربية ، وهو إنشاء الشيء حالاً فحالاً إلى حدّ التمام ، يُقال رَبُّهُ ، وَرَبَّاهُ ، وَرَبَّبَهُ . وقيل : (لأنَّ يَرْبِي زَجُلٌ مِنْ قَرِيْشٍ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَرْبِي زَجُلٌ مِنْ هَوَازِنَ) . . . ولا يُقال الرَّبُّ مُطْلَقاً إِلَّا لِلَّهِ تَعَالَى . وبالإضافة يُقال له وَلِغَيْرِهِ."

³⁵⁷ A vrai dire le mot *Tarbiya* (éducation) n'apparaît pas dans le texte coranique, mais on trouve dans ce dernier 75 mots différents dérivant de sa racines *raba* .

³⁵⁸ تمام الشيء شيئاً فشيئاً إلى حد التمام

³⁵⁹ *Attanchia* التنشئة : C'est l'action d'élever une personne à partir de son jeune âge. Le premier à l'utiliser est *Ibn Khaldoun* dans son ouvrage « *Al Moqadîma* ».

Al Isslah الإصلاح : C'est l'action de changer pour le mieux : la réforme. Il est le contraire de perversion.

global que celui de l'instruction. Elle concerne divers domaines et vise plusieurs objectifs. Si l'éducation est liée généralement à l'âge de l'enfance, la vision musulmane voit dans l'éducation une démarche régulière et continuelle de l'être humain³⁶⁰.

Cependant, l'éducation à l'âge précoce est plus commode et elle a un bon rendement. C'est pourquoi, l'auteur de l'ouvrage « *Siyasatou assibyane wa tadbirihim* » (pédagogie et gestion des enfants) souligne que « le petit ou l'enfant en bas âge est plus facile à guider et plus disposé à accepter et être fidèle à ses acquis³⁶¹ ».

245. Dans les sources du droit musulman³⁶², la bonne éducation est une condition pour que la progéniture soit une bonne œuvre de ceux qui l'ont mise au monde. Comme nous

Atta'dibe, Al Adabe :التأديب أو الأدب : C'est le fait de bien se comporter envers les gens. Selon *Ali Idriss*, les arabes employaient le mot *Adabe* pour parler de la générosité et du bon accueil des invités. Le mot *ta'dib* faisait, alors, référence au comportement et à la conduite de la personne. Le terme *adabe* a été utilisé par plusieurs doctes de l'Islam tels qu'*Al Mawardi* (450 de l'hégire) dans son ouvrage « *Adabou adounya wa dine* », *Mohamed Ibn Sahnoune* (256 de l'hégire) dans sa thèse « *Adabe almoutâlimine wal moutâlimate* » *Khatib Al Baghdadi* (463 de l'hégire) dans son ouvrage « *Al jamî li akhlaqi rawi wa adabi samî* » الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع

Attahdibe :التهذيب : c'est l'action de se perfectionner, de guider la personne vers le bien par le biais de l'éducation. Ainsi, il a été utilisé par *Ibn Miskawaih* (421 de l'hégire) dans son ouvrage « *Tahdib al akhlaq wa tathir al a'raq* » تهذيب الأخلاق وتطهير الأعراق et par *Al Jahedh* (255 de l'hégire) dans sa thèse intitulé « *Tahdib al akhlaq* » تهذيب الأخلاق

Attathir :التطهير : C'est le fait de se purifier de mauvaises intentions ainsi que des mauvaises actions et. Il a à la fois un sens concret et un autre abstrait.

Attazkia :التزكية : Il a le sens de purification, celle qui fait évoluer la personne vers l'excellence. D'ailleurs c'est le terme *tazkiya* qui est cité dans le Coran lorsqu'il aborde le thème de l'éducation : « Ainsi, Nous avons envoyé parmi vous un messager de chez vous qui vous récite Nos versets, vous purifie, vous enseigne le Livre et la Sagesse et vous enseigne ce que vous ne saviez pas. » Coran : sourate 2 verset 151

كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا مِّنكُمْ يَتْلُو عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ

قد أفلح من زكاهما « A réussi, certes celui qui la purifie »

Ata'lim :التعليم : C'est le fait de développer l'intellect de la personne. Nous trouvons ce mot abondamment dans le Coran et Sunna. Il a été utilisé par le savant *Bourhan-dîne Azarouji* (620 de l'hégire) dans son ouvrage « *Ta'lim al moutaâlim tariqa ta'loum* » تعليم المتعلم طريق التعلم et par *Abu Hanifa* (150 de l'hégire) dans sa thèse « *Al 'lmou wal moutaâlim* » العلم و المتعلم

Assiyassa :السياسة : Ce terme désigne la direction et la bonne gestion des choses dans tous les domaines de la vie. Il a été employé par le savant *Ibn Al Jazar Al Qirawani* (369 de l'hégire) dans le sens de l'éducation des enfants dans son ouvrage « *Siyasatou assibyane wa tadbirihim* » سياسة الصبيان وتديبرهم et par *Ibn Sina* (428 de l'hégire).

Annoush wal Irchad :النصح والإرشاد : c'est le fait de recommander, de guider les gens vers le bien. *Abu L'faraj Ibn Al Jawzi* (597 de l'hégire) a utilisé ce terme dans sa thèse « *Laftatou lkabid ila nassihati lwalad* » أيها الولد لفتة الكبد إلى نصيحة الولد الولد

Al Akhlaq :الأخلاق : C'est le fait de changer les mauvaises mœurs par des bonnes. Il désigne l'éthique, une partie du large sens de l'éducation. Il a été utilisé par *Abu Bakr Al Ajouri* (360 de l'hégire) dans son ouvrage « *Akhlaqou l'oulama* » أخلاق العلماء

³⁶⁰ Néanmoins, l'éducation à partir du jeune âge est très bénéfique parce que l'enfant est en état de recevoir sans peine. D'ailleurs l'éducation en bas âge est comparée à l'action de sculpter sur la pierre du fait qu'elle ne parte jamais.

³⁶¹ عرقسوسي خيرالدين 419 هجرية محاضرات في الاصول الاسلامية للتربية ، المكتبة الاسلامية ، بيروت ص 18 و19

³⁶² Le Prophète a dit : « Les œuvres de l'homme s'achèvent à sa mort sauf dans trois cas : une aumône à caractère perpétuel ou un savoir utile ou un enfant pieux qui invoque Dieu pour lui » (rapporté par *Mouslim*, 1631).

l'avons déjà évoqué dans un paragraphe précédent, il ne s'agit pas seulement de faire des enfants pour le simple plaisir de les avoir. Certes, il est cité que les enfants sont « l'ornement de la vie de ce monde³⁶³ », mais il est aussi cité que sont aussi « une épreuve³⁶⁴ ». C'est-à-dire, un test pour les parents : leur prise en charge complète et leur bonne éducation est la condition pour réussir ce test.

Cette obligation des parents envers leurs enfants a pour objectif la préparation de l'enfant à son devenir d'adulte responsable envers lui-même et envers les autres. En outre, c'est grâce à l'éducation que l'enfant acquiert son autonomie progressivement : son autonomie à disposer de ses droits entièrement et de sa liberté succède son éducation. En conséquence, le plein exercice des droits est l'aboutissement d'une progression dans l'autonomie et la responsabilisation. Ainsi, pour que l'enfant puisse jouir de ses droits correctement et être libre sans compromettre ni son intérêt ni l'intérêt des autres, il doit suivre une éducation qui le rend d'abord autonome et responsable. Les parents, donc, ont l'obligation de faire apprendre à leur enfant comment être libre et cela est particulier au droit musulman.

246. Selon la législation musulmane, être libre n'est pas conditionné seulement par le fait de ne pas porter dommage aux autres mais aussi de ne pas nuire à soi-même. Dans un *hadith*, le Prophète dit : « Pas de nuisance ni à soi-même ni à autrui³⁶⁵ », à partir de cette référence³⁶⁶ les juristes ont conclu les principes suivants :

- Premièrement, la nuisance est interdite catégoriquement ainsi que la provocation ou la création d'une nuisance : le sens du premier est que les prescriptions qui émanent de Dieu ne veulent pas nuire à l'être humain tandis que le sens du second est que les croyants sont appelés à ne pas créer ou provoquer de la nuisance³⁶⁷.
- Deuxièmement, il est interdit de nuire à sa propre personne et à faire subir aux autres une nuisance³⁶⁸.

³⁶³ Coran : sourate 18 verset 45

³⁶⁴ Coran : sourate 4 verset 28

³⁶⁵ Rapporté par *Ibn Majah et A'daraqotni* et d'autres.

³⁶⁶ Ce hadith constitue une règle juridique fondamentale de la législation musulmane. Les juristes de l'Islam l'ont qualifié ainsi puisque elle est globale et d'une portée très générale applicable à diverses questions.

³⁶⁷ « Dieu ne veut pas vous imposer quelque gêne, mais Il veut vous purifier et parfaire sur vous Son bienfait » (Coran : sourate 5 verset 7) ; « Il ne vous a imposé aucune gêne dans la religion » (Coran : sourate 22 verset 78) ; « Dieu veut pour vous la facilité et non la difficulté » (Coran : sourate 2 : verset 185) ; « Est-ce à toi de contraindre les gens à devenir croyants » (Coran : sourate 10 verset 99)

³⁶⁸ « Et ne vous jetez pas par vos propres mains dans la destruction » (*hadith*) ;

« Et ne vous tuez pas vous-même, Dieu est miséricordieux envers vous ». (Coran : sourate 4 verset 29)

- Troisièmement, que ce soit une nuisance volontaire ou involontaire, elle doit être réparée, sauf pour la seconde qui doit être réparée en sanctionnant celui qui l'a provoqué volontairement.

A partir de cela, l'apprentissage de la liberté pour l'enfant prend en considération ces trois principes. Et en conséquence l'enfant apprend à faire un bon usage de sa liberté vis-à-vis de lui-même et des autres. D'ailleurs, l'éducation transmise par les parents enseigne le respect de ces cadres en plus d'autres aspects de la liberté en Islam³⁶⁹. En somme, si l'autonomie de l'enfant lui permet d'exercer pleinement ses droits et sa liberté, l'éducation est à l'origine de tout cela puisque sans elle l'autonomie devient un abandon prématuré de l'enfant et la liberté une anarchie.

B. L'intérêt de l'enfant dans la doctrine musulmane

247. Avant d'évoquer la façon dont le droit musulman perçoit l'intérêt de l'enfant, il est essentiel de donner un aperçu sur le concept de l'intérêt en général. Les juristes ont établi des règles et des méthodes bien précises pour savoir quel intérêt doit primer. Il ne s'agit pas, en droit musulman, d'un intérêt déterminé préalablement comme l'intérêt de l'enfant en droit international et les droits internes occidentaux. L'intérêt selon la doctrine musulmane ne peut être figé et notamment l'intérêt exclusif des personnes. Le droit est ainsi variable et modifiable selon les circonstances.

248. L'intérêt en arabe est *l'masslah*. Au niveau linguistique, c'est le contraire d'altération³⁷⁰. *Al masslah* l'intérêt ou *almanfaa* est ce qui résulte de quelque chose et qui emmène vers la piété³⁷¹. Etymologiquement, *Al Ghazali* l'a défini ainsi : « en principe, il s'agit de tirer un intérêt ou d'éloigner un dommage, mais en respectant la volonté du législateur qui se regroupe dans ces cinq points : la préservation de la foi, de la personne, de la raison, de la descendance et des biens. Alors, tous ce qui a pour objectif de préserver ces cinq choses est un intérêt. Et tout ce qui détériore ces cinq objectifs est un dommage (...) »³⁷². Un autre juriste l'a défini ainsi : « *Al masslah* est de maintenir la volonté du législateur en

³⁶⁹ La liberté en Islam est un sujet très large qu'on ne peut aborder dans ce travail.

³⁷⁰ ابن منظور ، لسان العرب ، فصل الحاء باب الصاد، ج 2/ص517 و الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، وفاته 666هـ، مختار الصحاح، كتاب الصاد، ص:154، مكتبة لبنان بيروت 1995، تحقيق محمود خطير و الفيروزبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب وفاته 817، القاموس المحيط باب الحاء فصل الصاد ص:209 دار الفكر، ضبط و توثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، إشراف مكتبة البحوث و الدراسات، 1995

³⁷¹ و الذي يؤخذ من المعاجم، أنها و المفسدة ضدان، فهي ما يترتب على الفعل و يبعث على الصلاح.

³⁷² الغزالي أبو حامد المستصفي، ص:174

éloignant un dommage ou une nuisance³⁷³ ». Cette définition est proche de la précédente sauf qu'elle ne se limite pas aux cinq objectifs. La majorité des juristes se sont mis d'accord sur le fait que l'intérêt est ce qui attire un bien légal et qui écarte un mal légal³⁷⁴.

249. Le droit musulman donne une grande importance à l'intérêt de la personne. Toutes les décisions contenues dans les textes juridiques ont été prescrites pour réaliser l'intérêt des personnes et leur épargner le préjudice. Ainsi, le droit musulman entier est basé sur l'intérêt de la *Oumma*³⁷⁵. Cependant, il faut comprendre que l'intérêt selon cette conception, n'est pas seulement matériel, présent, concret ni même relatif à ce bas-monde. Ainsi, cet intérêt peut être moral, futur, abstrait et aussi dans une autre vie (selon la vision musulmane).

En droit musulman, l'intérêt de la personne a été consacré par les textes originels (la Coran et la Sunna) ainsi que l'unanimité des juristes. Il est cité que « Dieu veut pour vous la facilité, Il ne veut pas la difficulté pour vous³⁷⁶ » ; « Et Nous ne t'avons envoyé qu'en miséricorde pour l'univers³⁷⁷ ». De même, les juristes de l'Islam sont d'accord à l'unanimité sur le fait que « les décisions qui émanent de Dieu ne sont pas dépourvues de sagesse et de finalité³⁷⁸ ».

250. A propos des caractéristiques de l'intérêt en droit musulman, elles se résument dans les points suivants :

- L'origine de l'intérêt de la personne est extraite de l'esprit de la foi musulmane. C'est à partir de ce cadre que l'intérêt de la personne est défini.
- L'intérêt de la personne ne se limite pas à cette vie, mais il l'a peut aller au-delà.
- L'intérêt de la personne peut être matériel comme il peut être moral.

En outre, les catégories de l'intérêt ont été partagées par les juristes selon divers critères :

- En ce qui concerne le temps de sa réalisation : il s'agit des intérêts liés à ce bas monde comme les aliments, l'habillement, le logement, les relations sexuelles, le gain...etc. et les intérêts liés à la vie dernière comme la grâce de Dieu, la récompense, le paradis...etc.

³⁷³ الزركشي ، البحر المحيط ج4/377 تعريف الخوارزمي للمصلحة :

³⁷⁴ C'est-à-dire un bien ou un mal de cette vie ou de la vie dernière, qu'ils soient publics ou privés.

الشاطبي ابراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام ج1 ص 352، دار الرحمة، ط 1/ 1988

³⁷⁵ ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص 200، و الفاسي علال مقاصد الشريعة الاسلامية و مكارمها ص:138، مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء

³⁷⁶ Coran : sourate1 verset 185

³⁷⁷ Coran : sourate 21 verset 107

³⁷⁸ الامدي علي بن محمد ، الاحكام في أصول الاحكام ج 3/ ص 316

- En ce qui concerne sa preuve : on distingue l'intérêt péremptoire qui est extrait des textes qui ne supportent pas une interprétation, des autres preuves regroupées par la raison, de l'intérêt supposé par la raison, et de l'intérêt irréel³⁷⁹.

- En ce qui concerne sa portée : *Al Ghazali* a distingué trois catégories : un intérêt général qui inclut toutes les personnes ; l'intérêt d'une majorité de personnes et l'intérêt d'une personne exclusive dans des cas exceptionnels³⁸⁰ : d'une part, l'intérêt général vise toute la Communauté (*la Oumma*) (par exemple : préserver la foi des musulmans, leurs sources, leur dignité et leur souveraineté ainsi que leur territoire) ; d'autre part, l'intérêt d'une majorité de la population comme l'intérêt des familles, des femmes et des enfants. Cet intérêt s'adapte aux changements de l'espace et du temps et il est plus grand que l'intérêt général ; finalement, l'intérêt d'une personne exclusive. Celui-là dépend considérablement de son contexte et change forcément avec le temps et il est le plus grand des intérêts³⁸¹.

- En ce qui concerne sa valeur juridique : on distingue trois sortes d'intérêts : l'intérêt qui est pris en considération par le législateur, c'est-à-dire légal, parce qu'il possède une preuve légale qui le valide ; l'intérêt qui n'a pas de valeur juridique puisque le législateur le considère caduc, sa caducité étant déterminée par le législateur d'une façon explicite et avec un texte législatif³⁸², finalement l'intérêt dont le législateur n'a déterminé ni la validité ni la nullité. Dans ce cas de figure, il n'existe aucune preuve juridique concernant cet intérêt³⁸³.

- En ce qui concerne sa pertinence : il y a trois sortes d'intérêt selon leur pertinence : le premier est l'intérêt vital et indispensable, le deuxième est un intérêt nécessaire et le troisième est un intérêt complémentaire. L'intérêt vital est lié à l'existence de choses indispensables et sans lesquelles la vie et l'avenir des gens et de la société entière ne serait que trouble, désordre, et dysfonctionnement « chaotique ». Les savants ont résumé ces choses indispensables dans les cinq exigences : la préservation de la foi, de la personne, de la raison, de la descendance et de l'argent. Un autre savant a ajouté la préservation de l'honneur³⁸⁴, tandis qu'un contemporain a ajouté la sécurité, les libertés et l'établissement de la justice³⁸⁵.

³⁷⁹ ابن عاشور مقاصد الشريعة، ص 229

³⁸⁰ الشاطبي، الموافقات ج 2/ ص 6

³⁸¹ الغزالي، شفاء الغليل ص: 101 - 102

³⁸² شلبي محمد مصطفى، تحليل الأحكام ص: 281

³⁸³ الغزالي المستصفي، ص: 174

³⁸⁴ الشاطبي، الموافقات، ج 2/ ص 52

³⁸⁵ الشاطبي، الموافقات، ج 2/ ص 11

Cependant, le défaut de l'intérêt nécessaire ne cause pas de désordre ni de trouble, mais il provoque de la gêne, de l'embarras dans la vie des gens et cela peut atteindre leur intérêt vital. Enfin, l'intérêt complémentaire comprend tout ce qui va embellir, parfaire et rendre esthétique la vie des gens et de la société³⁸⁶.

251. Dans la majorité des cas, ces catégories se croisent et souvent s'opposent. C'est la raison pour laquelle les juristes ont établi une méthode pour savoir quel intérêt mettre en avant. Il s'agit « des règles de mesure³⁸⁷ ». Selon ces règles, on donne l'avantage toujours à l'intérêt le plus « fort ». En conséquence, il est évident que l'intérêt vital prime sur le nécessaire et sur l'intérêt complémentaire. En cas de désaccord entre le nécessaire et le complémentaire, on donne l'avantage au nécessaire. Ainsi, l'intérêt nécessaire complète l'intérêt vital et l'intérêt subsidiaire complète le nécessaire. Toutefois, le complément ne doit pas annuler le principal puisque, dans ce cas, on ignore le nécessaire au profit de l'indispensable et le subsidiaire au profit du nécessaire et cela n'est envisageable que quand les intérêts ne sont pas au même niveau. Dans le cas contraire, c'est-à-dire quand deux intérêts de même niveau (par exemple deux intérêts vitaux) s'opposent, prime celui relatif à l'une des cinq exigences et objectifs du droit musulman³⁸⁸. En outre, si deux intérêts relatifs au même objectif s'opposent, le juriste vérifie les autres aspects de l'intérêt dans une autre catégorie comme par exemple si l'intérêt est général ou personnel, et ainsi il fait passer en priorité l'intérêt public sur l'intérêt privé³⁸⁹.

Selon les autres « règles de prédilection » l'intérêt péremptoire prime sur l'intérêt supposé, l'intérêt réel sur le fictif. De plus, le juriste recherche aussi l'aboutissement final de l'intérêt. Toutes ces règles se fondent sur la considération, en partant de l'intérêt le plus pertinent au moins pertinent, et du plus important au moins important. Finalement et grâce à ces règles, le juriste arrive à l'intérêt demandé légalement et raisonnablement.

³⁸⁶ ، أطروحة الماجستير في الفقه و التشريع عبد الحميد علي حمد محمود، المصلحة المرسله و تطبيقاتها المعاصرة في الحكم و النظم السياسية تحت إشراف الدكتور حسن خضر ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس 2009، ص:

³⁸⁷ قواعد الترجيح

³⁸⁸ Il est important de signaler ici que les cinq exigences et objectifs du droit musulman ont été classifiés par ordre d'après les juristes. Cependant, il n'y a pas une vraie unanimité sur cette ordre puisque une partie a primé par exemple la préservation de la foi sur la préservation de la personne et vis versa. Ce qu'il faut retenir « c'est que les objectifs du droit musulman sont liés mutuellement, leur division est juste une question méthodologique. C'est pourquoi, il faut prendre en considération les cinq objectifs à la fois pour que la décision ou le raisonnement du juriste soit plus complet. Et tout cela a été démontré par *Achatibi* ».

³⁸⁹ حسب الله، أصول التشريع الإسلامي ص: 156، 157

252. Après avoir exposé les règles juridiques concernant l'intérêt en général, il est plus aisé de déduire comment la doctrine musulmane peut concevoir l'intérêt de l'enfant et notamment son intérêt supérieur.

Premièrement, d'après les règles juridiques, l'intérêt de l'enfant peut intégrer l'aspect de l'intérêt des groupes de personnes³⁹⁰, c'est-à-dire qu'il fait partie de la catégorie de l'intérêt selon sa portée. Dans cette catégorie, comme nous l'avons vu, on distingue l'intérêt général, de l'intérêt d'une majorité de personnes, de l'intérêt exclusif d'une personne. À partir de cela, nous pouvons en déduire que l'intérêt de l'enfant est pris en considération, mais que l'intérêt général (de la Communauté) prime sur ce dernier. Cela veut dire qu'à chaque fois que l'intérêt de l'enfant s'oppose à l'intérêt du groupe, il se peut qu'il soit écarté. En tout cas, ce qu'il faut surtout savoir c'est que l'intérêt de l'enfant n'est pas la seule considération en droit musulman. Il fait partie d'un tout puisque l'essentiel, chaque fois et dans chaque situation, est de trouver le véritable intérêt (légal et raisonnable) qui doit être pris en considération.

Ensuite, l'intérêt de l'enfant, comme tout intérêt relatif à un groupe de personne, et parce qu'il est aussi un intérêt exclusif, est très variable et change selon l'espace et le temps. En conséquence, l'intérêt de l'enfant est relatif parce qu'il peut changer d'un enfant à l'autre et d'une période à une autre.

Finalement, quand l'intérêt de l'enfant prime sur les autres intérêts, cela veut dire qu'il est l'intérêt recherché légalement et raisonnablement : légalement parce qu'il s'aligne à la volonté du législateur et ne s'oppose pas à une restriction claire et précise, raisonnablement défini si aucune source du droit musulman n'a fait référence. En effet, l'intérêt de l'enfant est supérieur dans le cadre de la législation musulmane et non pas en dehors.

C. Les droits de l'enfant : une question politique

253. Si en droit musulman l'expression des droits de l'enfant n'a jamais été utilisée, son concept a été abordé, depuis toujours, dans un contexte générale qui est celui de la dignité humaine. Dans le Coran, il dit : « Certes, Nous avons honoré les fils d'Adam. Nous les avons transportés sur terre et sur mer, leur avons attribué de bonnes choses comme nourriture, et Nous les avons nettement préférés à plusieurs de Nos créatures³⁹¹ ».

³⁹⁰ Il s'agit de la catégorie de l'intérêt selon sa portée.

³⁹¹ Coran : sourate 17 verset 70

وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا

Méconnu auparavant sous ses termes modernes, le droit musulman partage parfaitement l'objet ainsi que la portée des droits de l'enfant reconnus universellement. Évidemment, l'enfant a des droits avant la naissance qui doivent être garantis par les parents et par l'Etat aussi. Cependant, l'approche du droit musulman consiste à affirmer que l'obligation de l'Etat est de faciliter aux parents l'accomplissement de leurs obligations. Cela signifie que la responsabilité incombe au premier degré à l'Etat, ensuite au particulier (les parents, les enseignants et le reste de la société). En droit musulman, le système de gouvernance est décisif dans la réalisation des droits de l'Homme. Sans une bonne gouvernance, la violation des droits de l'Homme devient une pratique courante et non sanctionnée puisque le premier qui enfreint les lois est celui qui est au plus haut de l'échelle sociale et politique.

254. Le rôle du droit musulman est d'être le guide d'un mode de gouvernement basé sur la justice et la concertation³⁹². Les deux instruments pour garantir les droits des individus et leur offrir un environnement approprié pour accomplir leurs devoirs sont le droit musulman et la bonne gouvernance³⁹³. Ces deux instruments fonctionnent en parallèle : le défaut de l'un ou de l'autre est synonyme d'injustice et de déchéance politique, économique et sociale³⁹⁴.

Le mode de gouvernance basée sur la justice et la concertation a duré trente ans dans l'histoire des musulmans³⁹⁵. A cette époque, un nouvel ordre mondial a été institué pour aller à contre-courant des modèles de pouvoir connus jusqu'à lors dans la péninsule arabique, un pouvoir en faveur de l'Homme guidé par le Message. L'établissement de l'Etat musulman est l'outil pour garantir l'équité et les droits de chaque personne guidée par un cadre théorique qui est le droit musulman.

255. Dans ce contexte, les éléments les plus faibles de la société, la femme et l'enfant notamment, étaient sous la protection des hauts organes du pouvoir. D'ailleurs, le premier pacte solennel conclu entre le Prophète et les premiers musulmans consistaient à s'engager à croire à l'unicité du Créateur, à ne pas forniquer en dehors du mariage, à ne pas voler, à ne pas tuer leurs enfants et à ne pas lui désobéir lorsqu'il leur ordonnait de faire le bien. Alors,

³⁹² Coran : sourate 8 verset 159 « C'est par quelque miséricorde de la part de Dieu que tu (Muhammad) as été si doux envers eux ! Mais si tu étais rude, au cœur dur, ils se seraient enfuis de ton entourage. Pardonne-leur donc, et implore pour eux le pardon (de Dieu). Et consulte-les à propos des affaires; puis une fois que tu t'es décidé, confie-toi donc à Allah, Allah aime, en vérité, ceux qui Lui font confiance ».

³⁹³ Coran : sourate 57 verset 25 « Nous avons effectivement envoyé Nos Messagers avec des preuves évidentes, et fait descendre avec eux le Livre et la balance, afin que les gens établissent la justice. Et Nous avons fait descendre le fer, dans lequel il y a une force redoutable, aussi bien que des utilités pour les gens (...) ».

³⁹⁴ Dans une parole de *Uthman Ibn Affane* le troisième Khalif : «

Il existe un autre *hadith* dont le Prophète explique la cause de la déchéance des musulmans par la déchéance du mode de gouvernance. «

³⁹⁵ Le Prophète a dit « Après moi, *al Khilafa* durera trente ans ». Rapporté par *Ahmed, Abou Dawood et Nissai*

l'une des premières préoccupations de l'Etat musulman était de garantir les droits des plus faibles (les esclaves, les femmes et les enfants).

En effet, changer le rapport et la vision des adultes vis-à-vis des enfants a été l'une des priorités de la nouvelle gouvernance. Pour faire émerger les droits des faibles et notamment les droits de l'enfant garantis par le droit musulman, l'instauration d'un pouvoir de justice a été la première tâche à accomplir. Ensuite, pour faire inculquer à une société qui pratiquait l'infanticide, l'idée selon laquelle les enfants sont le devenir de toute société, il n'existait aucun autre moyen que l'éducation qui fait changer les mentalités. Finalement, cela ne pouvait pas se concrétiser sans la pédagogie prophétique qui consistait à donner l'exemple³⁹⁶.

256. Les droits de l'enfant, selon la perception musulmane, font partie de la société de justice que les musulmans ont le devoir d'instaurer « Mon Seigneur a commandé l'équité³⁹⁷ » ; « ô mon peuple, faites équitablement pleine mesure et plein poids, ne dépréciez pas aux gens leurs valeurs et ne semez pas la corruption sur terre³⁹⁸ » ; « Certes, Dieu 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 vous vous souveniez³⁹⁹ » ; « Certes, Dieu vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité⁴⁰⁰ ». C'est la raison laquelle, ils ne se distinguent pas des droits des autres catégories de la société ou de l'intérêt de la collectivité.

257. Si le droit musulman et le pouvoir politique sont restés indissociables pendant une période de l'histoire des musulmans, notamment celles des quatre *Khalifes*⁴⁰¹, ils se sont séparés trente ans après. Dès que, la période des quatre *Khalifes* s'achève, le dérapage au niveau du pouvoir commence. Le pouvoir déviant au temps des *Omayyades* a assassiné le système de concertation, de la participation du citoyen et de la liberté d'expression. Les

³⁹⁶ "لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله و اليوم الآخر"

Coran : sourate verset 21

³⁹⁷ Coran : sourate 7 verset 29

³⁹⁸ Coran : sourate 11 verset 85

³⁹⁹ Coran : sourate 16 verset 90

⁴⁰⁰ Coran : sourate 4 verset 58

⁴⁰¹ Cette dynamique basée sur les principes de justice sociale et les valeurs communautaires de participation et de liberté continuait à être promulguée par les successeurs du Prophète qui sont les quatre califes (*Abou Bakr, Omar, Uthman et Ali*). Après la mort du Prophète, la société musulmane était encore imbibée dans l'esprit de l'éducation du messenger puisque la justice sociale en devient non pas une conviction politique ou humanitaire mais un devoir sacré et une ascension spirituelle. Ayant sous leurs yeux les principes du coran et surtout de la Sunna qui est l'ensemble des faits et gestes du Prophète, le monde musulman se comportait encore bien dont les enfants aussi

premiers droits qui ont subi cette chute du pouvoir étaient ceux des femmes, et don aussi ceux des enfants.

En effet, cette séparation a été la première cause de la déchéance de la société d'équité qui garantissait les droits de l'enfant. Tous les enseignements concernant les enfants⁴⁰² vont subir des interprétations jurisprudentielles éloignées de l'esprit des sources scripturaires du droit musulman. En outre, les dégâts les plus graves se sont situés au niveau de la pratique. Peu de droits garantis par le droit musulman à l'égard de l'enfant ont pu être exécutés. Le cadre théorique musulman des droits de l'enfant va rester un simple ornement et un alibi d'un non-respect effectif et efficace des droits de l'enfant.

Tous les pays de référence musulmane expriment leur attachement aux droits de l'enfant selon une vision musulmane mais d'une façon abstraite et non exécutable. Cet attachement se reflète essentiellement et exclusivement sur le statut personnel de l'enfant.

C'est ainsi que le concours de circonstances historiques a fait du monde musulman ce qu'il est aujourd'hui, au niveau politique, économique et social. C'est pour cette raison que la situation des enfants dans le monde musulman, notamment au Maroc, est très liée à cette réalité, ce qui sera l'objet du chapitre qui suit.

⁴⁰² Développés dans ce chapitre.

Chapitre II : Le complexité du contexte des droits de l'enfant au Maroc

258. L'évidence de l'universalité des droits de l'enfant est difficile à établir étant donné la référence des pays arabo-musulmans à une autre source conceptuelle de l'enfant. Comme nous l'avons déjà remarqué, cette confrontation n'est pas, du tout conflictuelle puisque le cadre théorique musulman des droits de l'enfant s'aligne dans la majorité de ses points, aux dispositions universelles de la CIDE. Cependant, elle peut constituer comme même une source de complexité.

La vraie difficulté ne réside pas dans la référence en elle-même mais c'est le caractère « composite de la réalité juridique et normative dans le monde musulman » qui pose problème. En effet, en prenant l'exemple du Maroc, l'articulation entre la norme positive qui sera ici la référence au texte international et la norme du droit musulman, rend complexe le système juridique marocain (Section 1).

259. Cette complexité s'exprime d'une part par le fait que « la référence à la norme du droit musulman est toujours centrale mais d'une mise en œuvre réduite ⁴⁰³ ». D'autre part, la norme positive est toujours encadrée et délimitée par l'esprit du droit musulman puisque celui-ci joue essentiellement un rôle de garde-fou.

Le pluralisme juridique marocain peut être considéré à la fois comme une richesse normative et comme une source de complexité juridique et pratique. Bien que le législateur marocain essaie de composer entre les deux normes, dans l'ensemble, « l'aménagement se fait au profit du positivisme juridique ⁴⁰⁴ ». En conséquence, en positivisant la norme du droit musulman, on risque de la rendre injuste et dépourvue de tout sens. La norme du droit musulman résultant d'un travail de réflexion *ijtihad* ⁴⁰⁵ libre et variable devient, par le « positivisme », un dogme

⁴⁰³ Cf. Stéphane PAPI, « Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée », *L'Année du Maghreb* [En ligne], I | 2004, mis en ligne le 08 juillet 2010, consulté le 26 juin 2012. URL : <http://anneemaghreb.revues.org/331>

⁴⁰⁴ Cf. Mohamed MOUQUIT, « Positivisme Vs « Fiqhisme » Analyse dynamique d'un système juridique et normatif « composite » », in *De l'anthropologie du droit musulman à l'anthropologie du droit dans les mondes musulmans* : réflexion sur les conditions de possibilité d'une anthropologie du droit dans le contexte des sociétés en tout ou partie musulmanes, Textes des rencontres des journées d'études tenues à Rabat les 21 et 22 janvier 2011, dans le cadre des programmes ANDROMAQUE (ANR SudsII) et PROMETEE (ANR FRAL), Centre Jacques Berque pour les études en sciences humaines et sociales, Rabat, 2011, p.63

⁴⁰⁵ Al-ijtihad dérive du verbe arabe *ijtahada*, qui signifie littéralement « s'efforcer ».

stagnant et imposé. D'ailleurs, il est important de signaler que le déclin de la norme du droit musulman a commencé lorsqu'elle a été fixée comme une décision absolue et définitive⁴⁰⁶, malgré les avertissements des juristes du premier siècle de l'Islam⁴⁰⁷. Ainsi, le droit de la famille et de l'enfant est un excellent témoin de cette stagnation malgré les réformes législatives. Les questions principales de la famille comme le mariage, la filiation et le divorce sont toujours tributaires d'une norme musulmane établie il y a plusieurs siècles dans des contextes différents de ceux d'aujourd'hui. Hormis ces thèmes, les règles du droit

Dans le dictionnaire arabe « *lissanou l'ârabe* », *l'ijtihād* est tiré du mot *jouhd* qui signifie l'énergie, le terme *ijtihād* se décline à partir de la racine « *iftiaal* » qui indique l'exagération dans l'action : donner sans limites tout l'effort et l'énergie.

Etymologiquement, le terme est défini selon l'un des fondateurs de la science des sources de la Shari'a, qui se nomme *El Amidi* par « le fait de dépenser toute son énergie dans la recherche des règles législatives jusqu'au point de ne plus trouver d'autres que celles qui sont dégagées sans autant croire que ces dernières soient parfaites et donc inchangeables. »

La pratique de *l'ijtihād* consiste à effectuer l'effort intellectuel par un juriste afin d'extraire une loi ou une prescription des sources qui apparaissent implicites ainsi qu'une spéculation juridique dans les cas non couverts par les textes.

Michel Jobert propose une définition plus détaillée de *l'ijtihād* comme étant une continuation de la révélation : « ainsi, la révélation n'est pas un moment de l'histoire, dit-il, elle se poursuit à travers l'effort des hommes pour trouver « la bonne voie » et pour se rendre intelligible à eux-mêmes leur propre cheminement. Cet effort est *l'ijtihād*. Il doit s'accomplir dans l'incertitude et dans l'humilité et c'est parce que rien ne permet d'assurer son succès que sa validité est garantie. La contingence est pour l'Homme un défi. Il est appelé à la réduire et il ne peut en aucune manière s'en remettre à elle.

L'ijtihād est précisément cet effort continu de réorientation, de réadaptation dans le but d'accompagner les faits humains infinis.

L'ijtihād est une science fondamentale qui permet de sauvegarder la flexibilité de la loi islamique tout en étudiant les buts essentiels de la *charîa* et en déterminant les règles d'adaptation des lois islamiques en toute circonstance.

⁴⁰⁶ Ce qui n'est pas prescrit légalement ni par les sources scripturaires de l'Islam ni par la jurisprudence musulmane. D'ailleurs, à l'exception du Coran et de la *Sunna*, toutes les sources du droit musulman constituent un effort humain, libre, adaptable et variable.

⁴⁰⁷ Aucun des juristes des quatre écoles principales n'avaient l'intention de créer des dogmes : *Abu Hanifa* (702-767) encadrait ses étudiants tout en les rattachant toujours aux sources, cette autre figure qui prouvait l'effort de l'adaptation disait : « Si j'ai émis un jugement qui est en contradiction avec le livre de Dieu ou les *hadiths* du messenger, rejetez mon jugement ».

L'un des étudiants d'*Abu Hanifa* qui s'appelait *Abu Yusûf* rapporte que l'*Imam* lui disait un jour : « Fais attention, *Ya'qûb*, n'écris pas tout ce que tu entends de moi, car je peux sûrement tenir une opinion aujourd'hui et l'abandonner demain, tenir une autre demain et l'abandonner après-demain. »

L'*Imam Abu Hanifa* faisait aussi des remarques assez virulentes à propos du suivisme aveugle de ses opinions et de celles des étudiants. Il avait dit à son étudiant *Zufar* : « Il est interdit pour quiconque ne connaît pas suffisamment les arguments sur lesquels je me base, d'élaborer des jugements à partir de mes déclarations ; car en vérité nous sommes des humains, nous pouvons dire quelque chose aujourd'hui et le rejeter demain »

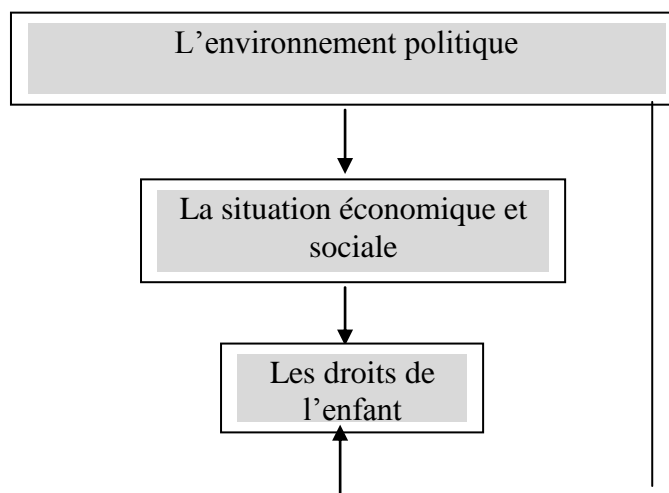
En ce qui concerne *L'Imam Malik*, il refusait infiniment de créer une école afin d'assurer le principe de *l'ijtihād* et garantir l'adaptation des règles à la réalité : il avait refusé la demande des deux Rois *abbassides Ja'far al Mansûr* et *Hârûn ar-Rachid* de rassembler ses avis (*Fatwas*) dans un code pour l'appliquer uniformément à travers tout le royaume. Chez ce juriste, nous trouvons cet avertissement célèbre dans les milieux musulmans : « Chaque avis, émis par un docte de l'islam, est susceptible d'être accepté ou rejeté. Seul l'avis de celui qui gît dans ce tombeau compte ». *Malik* était aux côtés de la tombe du prophète.

Quant à *L'Imam Chafîi* (767-820), il disait : « Aucun de nous ne peut prétendre avoir émis de son esprit une parole ou une action du Messager de Dieu, donc, quels que soient les règlements que j'ai édictés ou les principes fondamentaux que j'ai établis, ils auront toujours nécessairement en eux des choses contraires à la voie du Messager de Dieu... ».

Finalement, le juriste *Ibn Hanbal* convaincu de la flexibilité du droit musulman et du devoir permanent de *l'ijtihād* disait : « Ne suivez pas aveuglement mes jugements ni ceux de *Malik*, *Chafîi*, *Al awzaî*, ou *A'thawri*, tirez (vos jugements) de là où ils ont pris les leurs. »

musulman relatives à l'enfant n'ont pas été positivées puisqu'elles ont été considérées comme des règles de morale et de caractère religieux.

260. Ceci dit, en plus de la double référence des droits de l'enfant dans le système juridique marocain, l'universalité des droits de l'enfant est confrontée également aux obstacles d'ordres politiques et socioéconomiques que connaît le Maroc depuis ces dernières années (Section 2). Tout en étant d'accord pour souligner les avancées notables réalisées par le Maroc dans le domaine des droits et libertés comme dans le domaine économique et social, dans la pratique et selon les indices et les chiffres constatés officiellement, une évolution effective est toujours incertaine. Si d'une part, sur le plan politique, « nombreux sont ceux qui hésitent à utiliser l'expression « transition démocratique » et préfèrent parler plutôt de « changements de nature démocratique » ou de « libéralisation sociopolitique », voire, pour certains, d'« ouverture politique contrôlée »⁴⁰⁸», d'autre part, « la perception de la situation économique et sociale est généralement dominée par le sentiment de l'ampleur des défis de développement qui sont à relever ⁴⁰⁹ ». Le Maroc accuse un retard dans tous les secteurs ce qui fait que la situation des enfants ne peut que se dégrader. Ainsi, la seconde section cherche à savoir comment la situation des droits de l'enfant au Maroc est affectée par la question économique et sociale qui s'articule, à son tour, au processus de changement politique et de démocratisation au Maroc (Section 3). Ce résultat se présente donc de la manière schématique suivante:



⁴⁰⁸ Mohamed SGHIR JANJAR, « Droits civils et politiques : État des lieux et perspectives d'avenir in Développement démocratique et action associative au Maroc », Droits et Démocratie, Montréal (Québec) Canada, 2004, p. 15

⁴⁰⁹ Mohamed MOUAQUIT, Droits économiques et sociaux in Développement démocratique et action associative au Maroc, *op. cit.*, p. 69

Section 1 : La complexité de la double référence juridique des droits de l'enfant

261. Le dispositif marocain des droits de l'enfant a pour référence le droit positif qui comprend les lois constitutionnelles, les traités internationaux et les lois ordinaires etc. Outre le droit musulman. Ce dernier constitue une source toujours à l'ordre du jour, mais avec un rappel quasi symbolique notamment pour la question des droits de l'enfant. En tout cas, le système juridique marocain est décrit comme étant de caractère « composite ». C'est pourquoi, le législateur marocain a dû faire un rapport entre la norme positive et la norme du droit musulman (paragraphe 1). Cette composition se reflète clairement dans les règles juridiques relatives à la famille et à l'enfant (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Cadre général : le rapport entre la norme du droit musulman et la norme positive

262. Le Maroc est loin « de constituer un édifice de principes coordonnés de manière à former un tout cohérent ayant une logique interne ». Il s'agirait plutôt d'un conglomérat, c'est-à-dire d'un amoncellement de vestiges et de bribes de doctrines préexistantes de provenances diverses ultérieurement cimentés par la pratique formalisée par l'État ⁴¹⁰».

Le système juridique et normatif au Maroc s'articule autour du droit positif, le droit musulman et parfois le droit coutumier : « un composé de règles et de principes hétérogènes : les uns puisés dans le droit musulman classique, essentiellement de rite malékite, les autres empruntés au droit occidental principalement le droit français, une troisième catégorie de normes étant, enfin, issue des coutumes locales ⁴¹¹».

Si le droit positif est « l'affaire de l'Homme et exclusivement de l'homme ⁴¹²», le droit musulman est l'affaire de l'Homme mais en relation avec Dieu ⁴¹³. D'ailleurs, cette divergence profonde explique la complexité de cette composition, ainsi que celle du système juridique

⁴¹⁰ Paul PASCON et Najib BOUDERBALA, « le droit et le fait dans la société composite : Essai d'introduction au système juridique marocain », *Bulletin économique et social du Maroc* nu 131, 1970, p. 1 et s.

⁴¹¹ Layachi MESSAOUDI « Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc » in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 47 N°1, Janvier-mars 1995. pp. 146-154, p. 147

⁴¹² <http://agora.qc.ca/dossiers/Droit>

⁴¹³ Selon l'intitulé de Stéphane PAPI « Un corpus juridique d'élaboration humaine mais d'essence religieuse » : Stéphane PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, L'Harmattan, 2009, p. 38

marocain. Ajoutons à cela des usages et des règles coutumières encrées, jusqu'aujourd'hui, dans les diverses régions et tribus du Maroc.

263. Ce caractère composite est le résultat d'une histoire qui commence avec l'instauration du protectorat au Maroc en 1912. Avant cette période, le droit en vigueur au Maroc était officiellement le droit musulman. Il jouait le rôle de droit positif car il remplissait tous les champs juridiques : le statut personnel, le statut réel, le droit des contrats, le droit commercial, le notariat et la *hisba*⁴¹⁴. A l'exception des juifs, des chrétiens et des étrangers⁴¹⁵, le droit musulman organisait la vie de tous les marocains musulmans. Ainsi, à partir de cette période, le système juridique marocain a connu « une véritable révolution juridique⁴¹⁶ » puisque « les autorités franco-marocaines ont adopté un certain nombre de mesures législatives et de codes inspirés principalement du droit français et accessoirement d'autres droits européens tels que le droit allemand ou suisse⁴¹⁷ »⁴¹⁸. Le domaine d'application directe du droit musulman a été restreint au statut personnel et successoral, aux immeubles non immatriculés et au *waqf*. L'indépendance du Maroc en 1956 n'a rien changé à cette réalité puisque le droit civil, droit pénal, droit commercial, droit social, droit administratif, droit judiciaire privé ont préservé leur référence occidentale qui est désormais applicable à tous les marocains⁴¹⁹.

Le domaine juridique du statut personnel a conservé sa référence du droit musulman en réalisant, toutefois, quelques modifications. D'ailleurs, ses règles en matière de statut personnel, familial et successoral ont été codifiées dans un texte officiel appelé la *Moudawâna*⁴²⁰. Il est important de noter que cette référence se rapporte notamment à la

⁴¹⁴ Jean DEPREZ, « Pérennité de l'Islam dans l'ordre juridique au Maghreb » in *Islam et politique au Maghreb*, ouvrage collectif publié par le C.N.R.S., Paris, 1979, p. 316

⁴¹⁵ Les juifs avaient leur droit hébraïque ainsi que leurs tribunaux. De même pour les chrétiens et les étrangers en matière de statut personnel, c'était leur loi nationale qui était applicable.

⁴¹⁶ Jean DEPREZ, *op. cit.*, p.315 et s.

⁴¹⁷ Layachi MESSAOUDI, *op. cit.*, p. 149

⁴¹⁸ Les textes principaux qui ont été mis en vigueur à l'époque sont : le Dahir du 12 août 1913 sur les obligations et les contrats (D.O.C.) ; le Dahir du 12 août 1913 sur la condition civile des Français et des étrangers au Maroc ; le Dahir du 12 août 1913 formant Code de procédure civile ; le Code de commerce du 12 août 1913 ; le Dahir sur l'immatriculation foncière du 12 août 1913 ; le Code de commerce maritime du 31 mars 1919 ; le Code foncier du 2 juin 1915 ; le Dahir du 15 septembre 1923 portant Code minier ; le Dahir du 8 août 1922 sur les sociétés par action... ; l'arrêté *viziriel* du 18 novembre 1934 relatif au contrat d'assurances...etc.

⁴¹⁹ Ces lois ont été appliquées même aux marocains entre eux après qu'elles étaient applicables uniquement aux étrangers et aux marocains dans leurs relations avec les étrangers. Cf. A. CHERKAOUI, « l'évolution du droit marocain à travers la législation », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, n° 10, Rabat, 1981, p. 171.

⁴²⁰ La *Moudawâna* se composait de six livres parus entre le 22 novembre 1957 et le 3 avril 1958 : Les livres I et II concernant le mariage et le divorce, Dahir du 22 nov. 1957, B.O. du 23 mai 1958, p. 806 ; le livre III est relatif à la filiation, Dahir du 18 déc. 1957, B.O. du 25 juil. 1958, p. 1160 ; le livre IV traite des incapables, Dahir du 25 janv. 1958, B.O. du 26 déc. 1958, p. 2060. Le livre V sur les testaments, Dahir du 3 avril 1958, B.O. avril 58 (édition en langue arabe).

jurisprudence, à l'époque, Malikite et non pas aux sources scripturaires originales. Cela explique clairement le déclin et la stagnation de la majorité des textes en rapport avec la femme et l'enfant⁴²¹.

Le caractère composite du système juridique marocain se fonde sur l'adoption par l'Etat de la norme musulmane et de la norme positive. L'Etat est lui-même à la fois le garant de la pérennité du droit musulman et le législateur de la norme positive (A).

A. L'adoption d'un Islam d'Etat

264. Toute les Constitutions du Maroc affirment que l'Islam est la religion officielle de l'Etat « l'Islam est la religion de l'État, qui garantit à tous le libre exercice des cultes⁴²² » ; « Etat musulman souverain⁴²³ » ; « La prééminence accordée à la religion musulmane dans ce référentiel national (...) ⁴²⁴ ». De telles affirmations démontrent que la gestion du domaine religieux est une affaire exclusive de l'Etat. C'est lui qui détermine la norme juridique musulmane applicable, les rites à suivre, les interprétations voulues et finalement l'organisation du culte.

265. Pourtant, il faut souligner que le droit musulman, en tant que science, a toujours été organiquement et fonctionnellement indépendant du pouvoir politique⁴²⁵. En tout cas, c'est lui qui régissait les pratiques de la gouvernance et non l'inverse. Les Oulémas ou les juristes de l'Islam avaient un statut indépendant du pouvoir politique⁴²⁶. De cette manière, ils pouvaient accomplir leur rôle qui consistait à commander le bien et d'interdire le mal vis-à-vis du gouverneur d'une façon consciente et libre. L'Etat n'avait pas le droit « d'interférer ni dans la science du droit, c'est-à-dire sur ses sources, ses techniques d'interprétation et son

⁴²¹ Certes, la *Moudawâna* a essayé de revoir quelques décisions jurisprudentielles en décidant de ne pas les appliquer comme le droit de contrainte matrimoniale jadis exercé par le père et son maintien au profit du cadi ; la prohibition du mariage des impubères ; l'abandon de la théorie de l'enfant endormi ; l'abolition de la « répudiation verbalement multipliée par trois (*Talaq thalat*) ; l'institution du testament obligatoire (legs nécessaire) ; le renforcement du contrôle judiciaire en matière de tutelle ; l'institution d'une tutelle dative aux lieux et place de la tutelle légale du cadi. Mais, ces réformes n'ont pas été suffisantes pour améliorer la situation de la femme et de l'enfant.

⁴²² Constitution de 2011, article 3

⁴²³ Constitution de 2011, Préambule

⁴²⁴ *Idem*

⁴²⁵ Si à la période de la révélation et les trente années qui ont suivi, le statut du Prophète et des quatre califes qui lui ont succédé leur permettait la combinaison entre le rôle du législateur et celui du gouverneur politique avec la pratique de la concertation, la fin de cette période historique (la *KHilafa*) avec l'accession au trône de *Mouawiya* (le dernier calife et le premier roi) a changé la nature du pouvoir, puisqu'avant, le politique était soumis au droit musulman et non l'inverse.

⁴²⁶ Stéphane PAPI, « Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée », *L'Année du Maghreb*, 2004, CNRS édition, p. 443

contenu, ni sur l'activité des instances chargées de l'élaborer⁴²⁷ ». Cette situation a pris toute son ampleur « sous l'influence occidentale à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle, le droit devenant le produit de la volonté de l'État(...). Le droit musulman et l'Islam en général s'affirmèrent dès lors comme des "affaires d'État "⁴²⁸ ».

266. L'adoption de l'Islam comme religion d'Etat est renforcée par le système de gouvernance qui est la monarchie : « La dynastie alaouite, qui règne depuis le milieu du XV^e siècle, étant d'ascendance prophétique et s'appliquant à faire valoir auprès du peuple marocain sa légitimité islamique⁴²⁹ ». La personne du Roi, elle aussi, renforce cette vision puisque c'est lui qui détient, exclusivement, le pouvoir religieux « le Roi, *Amir Al Mouminine*, veille au respect de l'Islam. Il est le Garant du libre exercice des cultes. Il préside le Conseil supérieur des Oulémas, chargé de l'étude des questions qu'Il lui soumet. Le Conseil est la seule instance habilitée à prononcer les consultations religieuses (Fatwas) officiellement agréées, sur les questions dont il est saisi et ce, sur la base des principes, préceptes et desseins tolérants de l'Islam. Les attributions, la composition et les modalités de fonctionnement du Conseil sont fixées par dahir. Le Roi exerce par les dahirs les prérogatives religieuses inhérentes à l'institution *d'Imarat Al Mouminine* qui Lui sont conférées de manière exclusive par le présent article ⁴³⁰».

De cette façon, le droit musulman est soumis aux recommandations de la monarchie avec la consultation de savants élus aussi par le pouvoir du Monarque. D'ailleurs, le rite de la *Bay'a*, hérité simplement au niveau du terme⁴³¹, est une référence explicite à un Islam choisi par l'Etat⁴³². Cet acte d'allégeance est un symbole très significatif et possède une force implicite puisque, même, s'il « continue toujours de revêtir la signification religieuse de lien d'obéissance entre le « commandeur des croyants » et les « croyants musulmans », il s'avère être aussi utilisé comme fondement du principe d'allégeance perpétuelle ayant pour conséquence le droit perpétuel de souveraineté de la monarchie marocaine sur tous ses sujets nationaux ⁴³³».

⁴²⁷ Idem

⁴²⁸ Stéphane PAPI, *op. cit.*, p. 443

⁴²⁹ Idem, p. 445

⁴³⁰ Constitution de 2011, Titre III, article 41

⁴³¹ La seule façon rapportée par les historiens sur comment les compagnons et les musulmans concluaient la *bay'a* du Prophète est en prenant sa main et en le saluant.

⁴³² La *Bay'a* est un acte d'allégeance organisé chaque année durant la fête du trône et dans d'autres occasions de caractères religieux.

⁴³³ Mohamed MOUAQUIT, «Positivisme Vs « Fiqhisme » Analyse dynamique d'un système juridique et normatif « composite » », in *De l'anthropologie du droit musulman à l'anthropologie du droit dans les mondes*

267. A partir de cela, l'affirmation explicite de l'islam comme religion d'Etat fait que le droit musulman est devenu une source normative principale, en dépit de la réduction de sa mise en œuvre. La référence au droit musulman revient en permanence et partout : en droit des obligations, en droit social, en droit commercial, en droit fiscal, en droit constitutionnel, en droit administratif, en droit pénal, en droit judiciaire privé... « même dans ces domaines où la *Chariâa* n'est plus applicable directement et exclusivement en tant que droit positif, l'islam reste un système de références, une source d'inspiration pour le juge et le législateur⁴³⁴ ».

Ainsi, le législateur marocain a été obligé de trouver des méthodes pour aménager les deux normes en composant, décomposant et recomposant les deux normes (B).

B. Les différentes façons d'aménager le droit musulman et le droit positif

268. Avoir le droit musulman comme source essentielle du droit marocain ne signifie nullement qu'on applique directement les règles originales et jurisprudentielles du droit musulman. La référence reste, dans la majorité des cas, implicite voire symbolique. Le droit musulman, donc, est une source d'inspiration, un esprit général ou un cadre théorique inapplicable.

Cependant, l'aménagement de la norme musulmane et de la norme positive est essentiel dans ce système composite, au point de ne plus savoir où commence la norme positive et où se termine celle du droit musulman : il existe « de nombreuses interférences entre les ordres normatifs précités si bien qu'il est malaisé de faire le départ entre leurs domaines d'application respectifs⁴³⁵ ».

269. Par ailleurs, « dans l'ensemble, l'aménagement se fait au profit du positivisme juridique. La normativité de la *charia/fiqh* est positivée, et donc formellement sécularisée et désacralisée⁴³⁶ ». C'est pourquoi l'aménagement du droit musulman et du droit positif prend la forme soit d'une intégration formelle comme l'affirmation de la religion d'Etat dans la Constitution, tout en mentionnant clairement une référence au droit musulman dans quelque

musulmans : réflexion sur les conditions de possibilité d'une anthropologie du droit dans le contexte des sociétés en tout ou partie musulmanes, Textes des rencontres des journées d'études tenues à Rabat les 21 et 22 janvier 2011, dans le cadre des programmes ANDROMAQUE (ANR SudsII) et PROMETEE (ANR FRAL), Centre Jacques Berque pour les études en sciences humaines et sociales, Rabat, 2011, p.16

⁴³⁴ Layachi MESSAOUDI, *op. cit.*, p. 151

⁴³⁵ Idem, p. 147

⁴³⁶ Mohamed MOUAQUIT, *op. cit.*, p. 14

texte de la loi⁴³⁷, soit en partageant les fonctions de prédominance de chaque norme. L'intégration formelle est illustrée aussi par l'incorporation du domaine du statut personnel dans l'enseignement académique des facultés de Droit et dans la compétence des juristes marocains. En outre, le rôle du juge dans l'interprétation de la loi démontre aussi cette intégration puisque c'est lui qui va redonner un aspect positif à la norme du droit musulman en rendant une décision judiciaire palpable et applicable. Etant donné que le juge marocain peut être issu d'une formation juridique ou d'une formation en sciences islamiques⁴³⁸, l'aménagement de la norme positive et la norme du droit musulman dépendra des compétences de celui-ci et aussi de ses penchants. D'ailleurs, c'est évidemment à ce stade d'application de la loi que la complexité du système marocain s'avère le plus. que ce soit en essayant d'intégrer la norme du droit musulman en droit positif ou de positiver la norme musulmane par le législateur, l'application de la loi et le rôle du juge est décisive dans l'échec et la réussite de cet aménagement.

270. En ce qui concerne la délimitation du champ de chaque norme, le statut personnel, la famille et la succession sont marquées par le droit musulman en face des autres domaines du droit régis pas le droit positif. En revanche, une telle décomposition des deux normes n'est pas précise puisque la référence à l'esprit du droit musulman est toujours présente. Cependant, il existe une vérité relative à ce partage de champs : le droit civil, commercial etc. et les secteurs modernes de l'économie où prévalent les rapports de production capitalistes sont gérés par le droit positif tandis que la famille, la personne, les successions ainsi que les secteurs traditionnels (artisanat, paysannerie, secteur informel) sont laissés au droit musulman et dans une certaine mesure au droit coutumier. Cette décomposition, par contre, participe implicitement à une discrimination au niveau des régimes et aussi au niveau des personnes : « C'est ainsi que selon que l'immeuble est immatriculé ou non, son régime juridique obéit soit au Code foncier du 2 juin 1915 soit au droit musulman de rite malékite au demeurant très difficile à appréhender. De même, si l'ouvrier au service d'une entreprise ou d'une exploitation moderne bénéficie du statut protecteur du Code du travail, le

⁴³⁷ Par exemple : l'article 870 du Dahir des obligations et des contrats (ci-après le D.O.C.), « entre musulmans la stipulation d'intérêt est nulle et annule le contrat... » ; L'article 484 du D.O.C. « est nulle entre musulmans la vente de choses déclarées impures par la loi religieuse... » ; L'article 222 du Dahir N° 1-59-413 DU 28 Joumada II 1382 (26 Novembre 1962) portant approbation du texte du Code pénal : « Celui qui, notoirement connu pour son appartenance à la religion musulmane, rompt ostensiblement le jeûne dans un lieu public pendant le temps du ramadan, sans motif admis par cette religion, est puni de l'emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 12 à 120 dirhams ».

⁴³⁸ Pour être juge au Maroc, celui-ci doit être titulaire de la licence en droit ou de l'un des diplômes de la 'alimya' de l'enseignement supérieur islamique, de la licence 'charia' de l'université « *Quaraouyne* » de Fès ou d'un diplôme reconnu équivalent en vertu des dispositions de l'article 5 du statut de la magistrature.

métayer, la femme de ménage et l'apprenti-artisan demeurent soumis au droit coutumier qui les maintient dans une situation de quasi-esclavage⁴³⁹».

271. Finalement, une autre méthode pour aménager les deux normes qui composent le système juridique marocain est « la combinaison objective entre plusieurs constituants et logiques des données juridiques et normatives⁴⁴⁰». Mohamed Mouquit donne l'exemple de la *Bay'a* comme un acte qui perpétue la souveraineté de la monarchie marocaine sur tous les sujets nationaux. En conséquence, ce principe instaure une « "nationalité perpétuelle" du marocain d'origine qui n'a pas renoncé explicitement à sa nationalité ou dont la renonciation, par l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère, n'a pas été ratifiée par décret⁴⁴¹». Que le marocain soit musulman ou non, l'acte d'allégeance lui permet d'avoir une nationalité marocaine perpétuelle : « la *Bay'a*, qui est au fondement de ce principe, est étendue dans ses conséquences au-delà des seuls sujets musulmans tout en excluant dans son principe les sujets non-musulmans puisque la *Bay'a* continue à ne s'appliquer qu'aux rapports du « Commandeur des croyants » aux sujets marocains musulmans⁴⁴²».

272. De ce dernier exemple, nous pouvons conclure que l'aménagement de la norme positive et la norme du droit musulman par l'Etat se fonde essentiellement sur des critères d'intérêts politique et stratégique. Nous constatons également l'absence de la finalité de cette combinaison et d'une méthode claire d'aménagement des deux normes. C'est pour cette raison que le système normatif marocain fait partie des systèmes juridiques les plus complexes: « cette pluralité d'ordres normatifs rend le système juridique marocain, si l'on peut parler de système, fort complexe, pour ne pas dire inaccessible(...) Cette situation est de nature à dérouter même les juristes les plus avisés car les règles applicables varient selon les régions, la religion et le mode de production dominant⁴⁴³ ».

Paragraphe 2 : Les marques du droit musulman en droit de la famille et de l'enfant

273. Le droit musulman au Maroc continue d'irriguer les textes qui régissent un domaine aussi fondamental que celui de la famille. Avec la *Moudawâna* ou avec le Code de la famille, cette imprégnation est explicite, large et directe puisqu'en cas d'absence de

⁴³⁹ Layachi MESSAOUDI, *op. cit.*, p. 147

⁴⁴⁰ Mohamed MOUAQUIT, *op. cit.*, p. 15

⁴⁴¹ *Idem*, p. 16

⁴⁴² *Idem*

⁴⁴³ Layachi MESSAOUDI, *op. cit.*, p.147

dispositions précises ou de silence des textes, le juriste doit se référer aux dispositions du droit musulman : « 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'Islam⁴⁴⁴ ». D'ailleurs, le préambule du code de la famille précise que « Le Souverain insistait, à cet égard, sur la nécessité de s'en tenir scrupuleusement aux prescriptions légales et de garder constamment à l'esprit les véritables desseins et finalités de l'Islam généreux et tolérant. Sa Majesté a également exhorté les membres de la commission à se prévaloir de l'effort jurisprudentiel de l'*Ijtihad*, en tenant compte de l'esprit de l'époque, des impératifs de l'évolution et des engagements souscrits par le Royaume en matière de droits de l'Homme tels qu'ils sont reconnus universellement⁴⁴⁵ ». La pérennité de la référence du droit musulman concernant la famille, la femme et l'enfant est une volonté, premièrement, souveraine. C'est le Roi qui assure la préservation de ce cadre en donnant, à chaque fois qu'il le faut, des directives et des conseils qui prônent le rappel du droit musulman ainsi que sa qualité consistant à veiller au respect de l'Islam: « 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 desseins de l'Islam tolérant qui honore l'Homme et prône la justice, l'égalité et la cohabitation harmonieuse, et de s'appuyer sur l'homogénéité du rite malékite, ainsi que sur l'*Ijtihad* qui fait de l'Islam une religion adaptée à tous les lieux et toutes les époques, en vue d'élaborer un Code moderne de la Famille, en parfaite adéquation avec l'esprit de notre religion tolérante⁴⁴⁶ ».

274. Cependant, il est essentiel de noter que ce renvoi au droit musulman, malgré son intensité, n'est pas identique selon les personnes concernées et selon l'objet de la règle. Si toutes les questions en rapport avec la femme ont été inspirées directement d'une lecture jurisprudentielle du droit musulman (A), les dispositions d'origine musulmane s'adressant à l'homme ou au père apparaissent d'une façon timide dans le texte de la loi, de même que pour l'enfant, puisque la référence au droit musulman reste minime et, dans la plupart des cas, symbolique (B).

⁴⁴⁴ L'article 400 du Code de la famille marocain

⁴⁴⁵ Le Préambule du Code de la famille marocain

⁴⁴⁶ Discours royal lors de la présentation des grandes lignes du projet du code de la famille le 10 octobre 2003 devant le Parlement.

A. Des marques réelles

275. Le droit musulman a été cité fortement par ses termes ainsi que par ses dispositions dans le domaine du mariage, du divorce et de la filiation⁴⁴⁷.

Le mariage est la clé de voûte de l'institution familiale en droit musulman ainsi qu'en droit marocain de la famille. Cette règle marque l'attachement essentiel du droit de la famille marocain (positif) au droit musulman. Définis (l'article 4 du code de la famille) sans aucune mention terminologique musulmane, ses fondements sont bien ceux qui sont prescrits en droit musulman :

- le consentement mutuel : c'est ce qui fait référence en droit musulman par *Al Ijab* (l'offre) et *l'kaboul* (l'acceptation).

- une union légale et durable, entre un homme et une femme : ce point de l'article 4 du code de la famille fait référence au mariage caduc, au mariage *Bichoubha* (mariage par erreur) et au mariage dit du *Mout'a* (mariage conclu pour une période déterminée, connu aussi par le nom de mariage de plaisir) qui sont tous des mariages interdits et illégaux en droit musulman. En outre, le mariage homosexuel est interdit lui aussi en droit musulman.

- la fidélité réciproque : puisque tout rapport en dehors du cadre du mariage est interdit, la fidélité est aussi un fondement du mariage en droit musulman.

L'empreinte du droit musulman est claire dans les démarches précédentes, pour le mariage comme les fiançailles, la dot, le trousseau de la mariée puisque l'article 5 précise que cette promesse de mariage peut être conclue formellement par la récitation de la Fatiha, ce qui est conseillé aussi par le droit musulman. Si la dot est une condition de la conclusion d'un mariage, le trousseau de la mariée est une tradition prophétique recommandée.

La tutelle matrimoniale ou la présence d'un *Wali* lors d'une conclusion d'un mariage d'une mineure est aussi une règle empruntée au droit musulman. La fille majeure, par contre, peut conclure son mariage toute seule, les empêchements au mariage (titre III du code de la famille) qui sont tous d'origine musulmane.

L'examen de la totalité des articles sur le mariage atteste que le législateur marocain n'est pas sorti du cadre du droit musulman, il est resté, au contraire, très fidèle à ses principes et cela d'une façon explicite. Le seul point où le droit musulman va être dépassé explicitement se situe lors des procédures administratives et des formalités requises pour l'établissement de

⁴⁴⁷ Nous allons nous suffire par cité que ces trois exemples.

l'acte de mariage (titre VI du code de la famille), étant donné que le juge intervient pour la vérification du dossier du mariage avant qu'il n'autorise les *Adouls* à dresser l'acte de mariage. L'intervention du juge à ce stade est une façon de « positiver » la norme du droit musulman.

276. Cependant, cette fidélité littérale, remarquée pour le mariage, est moins constatée en ce qui concerne le divorce, puisque cette démarche demande une intervention précoce de l'appareil judiciaire. Le nouveau code de la famille a voulu renforcer le rôle du juge dans la constatation du divorce afin de préserver les droits de l'épouse. Néanmoins, tous les aspects de divorce que connaît le droit musulman sont présents dans le code de la famille : *Talak*, *Ttlik*, *Khol'*.

L'attachement au droit musulman, dans le cas du divorce se situe davantage au niveau du fond, que de la forme. Autrement dit, le code de la famille a abandonné les qualificatifs de la dissolution du mariage utilisés en droit musulman, sans pour autant quitter l'objet de chaque divorce. De plus, il a rénové au niveau des classifications traditionnelles comme le divorce *sunni* (selon la tradition prophétique) et le divorce *bid'i* (qui est opposable à la tradition prophétique), ainsi que le divorce révocable (*rij'i*) et le divorce irrévocable (*baine*). Désormais, il s'agit du divorce judiciaire (Titre IV), du divorce par consentement mutuel ou moyennant compensation (Titre V) et des catégories de divorce (et de divorce) judiciaire (Titre VI).

Par ailleurs, bien qu'une des principales revendications des associations féministes, lors de la révision de la *Moudawâna*, était de supprimer la répudiation du nouveau code de la famille marocain, son esprit est encore présent avec d'autres termes « Bien que ce terme ait été banni de la traduction française du CMF, la répudiation y est bel et bien maintenue à l'article 78 du CMF sous le vocable de « divorce sous contrôle judiciaire », visant « la dissolution du pacte de mariage requise par l'époux ou par l'épouse, selon des conditions propres à chacun d'eux, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions du présent Code ⁴⁴⁸ ».

En ce qui concerne le *Khol'*, si « les chiffres relatifs à la répudiation moyennant compensation (khôl) sont passés de 9 184 en 2006, à 8 253 en 2007 et à 7 175 en 2008 ⁴⁴⁹ », cela ne démontre en rien le dépassement de ce mode de dissolution du mariage. Par ailleurs, « bien que la fiabilité des statistiques officielles soit remise en cause par certains universitaires, par

⁴⁴⁸ Caroline HENRICOT, « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », *Etudes et Essais du Centre Jacques Berque*, n° 3, Rabat, 2011, p. 15

⁴⁴⁹ Caroline HENRICOT, *op. cit.*, p. 11

une partie de la doctrine et par les associations féministes, ces chiffres démontrent la persistance de ce mode de dissolution du mariage et non sa disparition, comme on aurait pu s'y attendre⁴⁵⁰ ».

Finalement, l'avènement du divorce par consentement mutuel prévu à l'article 114 du code de la famille a été perçu comme une avancée dans « la marche vers l'égalité hommes/femmes au Maroc ⁴⁵¹ » qui permet à l'homme et à la femme de se mettre d'accord pour divorcer. Ce genre de divorce méconnu, dans ces termes⁴⁵² en droit musulman, est loin d'être un vrai progrès, puisque l'étude de la jurisprudence démontre « un décalage entre une 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 khôl⁴⁵³ ».

277. Ceci dit, le droit musulman marque encore et fortement le sujet de la filiation. Première remarque : les termes de la jurisprudence musulmane sont encore présents dans les dispositions sur la filiation : *Nasab, Al Firach, Iqrar, Choubha, Istilhak, Liâne*. Seconde remarque : aucune reconnaissance possible de la paternité de l'enfant illégitime (article 148 : la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père). Bien que le code de la famille ait fait quelques modifications, ces derniers ne sortent pas du cadre légal du droit musulman :

- ajouter le concept de l'*bounouwa* qui signifie selon l'article 142 du code de la famille « le lien qui lie l'enfant à ses parents biologiques » puisque le texte précise qu'elle peut être légitime ou illégitime.
- parler de la filiation maternelle et ses moyens d'établissement (article 146, 147).
- la question de la filiation de l'enfant issu des fiançailles (article 156) qui n'est pas négligeable en droit musulman, bien que non connu en ces termes.

Nous pouvons donc conclure que la force de la référence au droit musulman n'a pas été affaiblie malgré la réforme de 2004, d'autant plus que le législateur reste encore attaché à une

⁴⁵⁰ Aicha EL HAJJAMI (dir.), « Le code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire » : enquête de terrain, Edition du Service de coopération et d'Action culturelle Ambassade de France au Maroc, 2009, p.19

⁴⁵¹ Cf. Houria ALAMI M'CHICHI, Malika BENRADI, Aziz CHAKER, Mohamed MOUAQIT, Mohamed Saïd SAADI, Abdel-Ilah YAAKOUBD, « Féminin-Masculin : La marche vers l'égalité au Maroc 1993-2003 », *Diwan* 3000, 297p

⁴⁵² Certes, le terme de consentement mutuel est méconnu en droit musulman mais l'objet de cette procédure de divorce peut être envisagé en faisant un travail de réflexion *Ijtihad* concernant le divorce selon la législation musulmane.

⁴⁵³ Caroline HENRICOT, *op. cit.*, p. 10

lecture bien spécifique du droit musulman. Cette lecture ne laisse pas le travail de réflexion *Al ijtihad* se faire d'une façon large et évolutive. Il est dommage que l'on n'ait pas profité de cet attachement au droit musulman pour faire de la famille un espace de construction positive de la liberté et de la responsabilité, notamment pour l'enfant car dans une famille où les rôles ne sont pas égaux et valorisés au même niveau, il est difficile pour l'enfant d'user de ses droits positivement. D'ailleurs, en ce qui concerne l'enfant, la référence au droit musulman n'est aussi palpable que pour les thèmes déjà abordés.

B. Des marques symboliques

278. Le droit musulman ne constitue pas une véritable source effective en droit de l'enfance en général. A l'exception de la filiation et d'*Al Hadana* (la garde) et de quelques obligations extraits de l'esprit du droit musulman (article 54 du code de la famille), il n'existe aucune mention qui démontre cet attachement.

Si l'enfance en droit musulman commence à partir de l'embryon jusqu'à la puberté, le droit marocain ne donne pas une définition de l'enfant, mais fixe l'âge de la majorité à 18 ans grégoriens révolus, ce qui veut dire que l'enfant est celui qui a moins de 18 ans⁴⁵⁴. Ainsi, la capacité juridique de l'enfant n'est pas établie de la même façon qu'en droit musulman. Si la puberté en droit musulman constitue la condition requise pour que l'enfant soit capable d'accomplir ses obligations et d'en assumer les conséquences et qu'il soit redevable des droits patrimoniaux et extra patrimoniaux des gens et ceux de Dieu⁴⁵⁵, l'article 210 du Code de la famille⁴⁵⁶ dispose que « toute personne ayant atteint l'âge de la majorité, jouit de la pleine capacité pour exercer ses droits et assumer ses obligations, à moins qu'un motif quelconque établi ne lui limite ou ne lui fasse perdre cette capacité ».

279. S'agissant des droits de l'enfant avant la naissance, il n'existe aucune mention à cela, excepté l'alinéa 1 de l'article 54 qui dispose : « assurer leur protection et veiller sur leur santé depuis la conception jusqu'à l'âge de la majorité ». En obligeant les parents à assurer une protection de l'enfant depuis la conception, le droit marocain fait allusion à cette règle du droit musulman, sans préciser pour autant les droits accordés à l'enfant pendant cette période.

⁴⁵⁴ Article 209 du code de la famille : « l'âge de la majorité légale est fixé à dix-huit années grégoriennes révolues ».

⁴⁵⁵ *Azzuhaili*, op. cit., p. 203

⁴⁵⁶ Dahir n° 1.04.22 du 3 février 2004 portant promulgation de la loi n° 70-03 formant code de la famille, Bulletin Officiel n°5184 du 5 février 2004 (version arabe).

Le droit musulman attache une grande importance à l'accueil de l'enfant à sa naissance les considérant comme un de ses droits fondamentaux. La référence à cela ne s'inscrit pas dans le droit positif de l'ordre juridique marocain puisque ces règles appartiennent, selon le législateur, au registre éthique et religieux. D'ailleurs, la plupart des règles et dispositions extraites des sources scripturaires ou de la jurisprudence relative à l'enfant n'ont pas été codifiées malgré leur abondance. Tout le bagage référentiel du droit musulman concernant l'enfant est resté occulté ou catégorisé dans le registre religieux. Les règles qui régissent la période de l'enfance, les droits de l'enfant en tant que personne et au sein de la famille et de la société font partie des règles d'origine morale et religieuse et on leur a enlevé leur caractère juridique obligatoire. C'est pourquoi l'application de ces dispositions est moins effective, que ce soit par les praticiens ou par les familles elles-mêmes.

Enfin, la double référence juridique du système juridique marocain à la fois au droit musulman et au droit international concernant les droits de l'enfant, explique la complexité de ce contexte. En effet, la confrontation de la CIDE à ce genre de contexte ne facilite pas son effectivité, d'autant plus s'il s'ajoute à cette entrave juridique, des obstacles d'ordres politique et socioéconomique.

Section 2 : Les obstacles d'ordre politique et socioéconomique

280. Bien qu'elle soit une référence fondamentale et supérieure pour les Etats qui l'ont ratifiée, la CIDE est obligée de cohabiter avec d'autres sources au niveau interne, ainsi qu'avec des contextes politique et socioéconomique différents. En ce qui concerne le Maroc, depuis sa ratification en 1993, la CIDE constitue une source essentielle pour la promotion des droits de l'enfant

A partir de cette date, L'Etat marocain n'a cessé de redoubler d'efforts pour assurer la défense des droits de cette catégorie de la société en consolidant l'Etat de droit et en renforçant la culture des droits de l'Homme. En conséquence, respecter l'enfant en tant qu'être humain est une des confirmations avancées par l'Etat marocain qui se place dans la hiérarchie suprême des droits constitutionnels. Néanmoins, en termes de résultat et de chiffres, il est difficile, dans la conjoncture actuelle, de valider cette confirmation.

281. Avec un bilan des droits de l'Homme mitigé ⁴⁵⁷(paragraphe 1), des données macro-économiques au-dessous de la moyenne mondiale (paragraphe 2) et un classement en IDH très faible (paragraphe 3) : les droits de l'enfant s'affirment difficilement avec l'intensification de phénomènes tels que le travail des enfants, la pauvreté et l'analphabétisme.

Paragraphe 1 : Les obstacles d'ordre politique

282. « Gouverner un pays d'une façon démocratique tient compte des besoins et des droits de sa population⁴⁵⁸ ». Ces besoins et ses droits ne se réduisent pas à des choses matérielles. Ils sont aussi non matériels. Plus spécifiquement, les droits de l'enfant selon la CIDE couvrent les deux aspects de l'enfant « être humain » : son corps et son esprit. Il s'agit du nouveau concept du « bien-être » de l'enfant⁴⁵⁹. Le bien-être de l'enfant est le droit pour l'enfant de vivre dans des conditions matérielles nécessaires à son développement physique,

⁴⁵⁷ L'organisation non gouvernementale internationale de défense des droits humains, Human Rights Watch (HRW) a publié son rapport de 2010 sur les principales tendances de ces droits dans plus de 90 nations et territoires. La situation au Maroc est mitigée, selon l'ONG internationale siégeant à New York.

Le rapport de 612 pages est le 20e bilan annuel rédigé par l'organisation en matière de droits de l'homme. Tout en relevant la conservation d'un "dynamisme" de la société civile et une presse "indépendante" au Maroc, HRW y déplore la détérioration de façon générale, des droits humains en 2009.

⁴⁵⁸ Enfance Tiers Monde Copyright 2005 « Les enfants : levier pour un développement humain durable Investir dans les enfants », *Developped by VEN Brussels*, p.2

⁴⁵⁹ Cf., Adeline GOUTTENOIRE, « Le bien-être de l'enfant dans la Convention internationale des droits de l'enfant », *Informations sociales*, 2010/4 n° 160, pp. 30-33.

mental, spirituel, moral et social. Etant donné que l'enfant a besoin d'être pris en charge matériellement dans sa nourriture, son logement et sa santé, ce dernier doit être pris en charge au niveau intellectuel, psychologique et moral.

Il existe une relation inséparable entre la culture démocratique diffusée dans une nation et la perception des esprits de ces citoyens. Et comme l'enfant est un individu à part entière, il est aussi affecté par la culture politique dominante.

Ce présent paragraphe a pour objectif de démontrer la relation qui existe entre le contexte politique en cours et le respect des droits de l'enfant. De cette façon, ce qui suit fera l'objet d'un aperçu général de l'environnement politique du Maroc (A). Et son incidence sur les droits de l'enfant notamment sur son droit au respect de sa dignité et son droit à l'éducation (B).

A. Aperçu général du contexte politique marocain

283. En ce qui concerne le Maroc, ce dernier se proclame, depuis l'indépendance, un Etat de droit démocratique basé sur la protection des droits de l'Homme et sur un respect considérable de l'enfant⁴⁶⁰. D'ailleurs, c'est pour la première fois qu'une constitution marocaine cite le mot « enfant » et affirme dans son article 32 qu'il « assure la protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale » et que « l'enseignement fondamental est un droit de l'enfant et une obligation de la famille et de l'Etat ». Pour en savoir plus sur l'environnement politique marocain nous allons aborder successivement : les constitutions du Maroc (1), le système politique (2) ainsi que la question des droits de l'Homme (3).

1. L'enfant et les Constitutions du Maroc : de 1962 au 2011

284. Officiellement, le Maroc est une monarchie constitutionnelle. Il s'appuie depuis 1962 sur une Constitution écrite, fruit d'un compromis entre la conception traditionnelle du pouvoir dans ce Royaume et la modernité politique. En effet, la monarchie marocaine est fondée sur l'idéologie du système califal et de la Commanderie des croyants, source primordiale de sa légitimité. De ce point de vue, la personne du Roi est la clé de voûte du système. Néanmoins, depuis l'indépendance, l'idée moderne d'une monarchie constitutionnelle s'est progressivement élaborée.

⁴⁶⁰ La Constitution marocaine de 2011.

C'est ainsi que le Maroc a été doté de sa première constitution le 7 décembre 1962. Rédigé personnellement par le roi Hassan II, ce texte a été largement inspiré de la version originelle de la Constitution de la Vème République française.

285. Formellement, le Maroc a été successivement doté de six constitutions (1962, 1970, 1972, 1992, 1996, 2011). Chacune répondait à un contexte et à une problématique différente. Par exemple, la révision constitutionnelle de 1970 témoigne de la volonté du Souverain, suite au conflit qui opposa au Parlement, de verrouiller les prérogatives gouvernementales et parlementaires⁴⁶¹. C'est la thèse défendue par le professeur Maurice Duverger qui soutient que si « la Constitution de 1962 ouvrait la voie à l'évolution de la Monarchie marocaine vers une authentique monarchie parlementaire, celle de 1970 fait un grand pas en arrière. Elle revient à une monarchie quasi-absolue qu'elle s'efforce de camoufler sous l'apparence d'une pseudo-représentation nationale »⁴⁶².

286. Si les constitutions de 1972 et 1980 n'ont pas vraiment bousculé le nouvel équilibre des pouvoirs en reprenant la même architecture des deux premières lois fondamentales, celles de 1992 et 1996 se caractérisent par une certaine rupture tout en restant dans une certaine continuité, évidemment, d'un système de prérogatives arbitrales et suprêmes de la monarchie. D'après Khaled Naciri, « le texte de 1992, en ce qu'il a formalisé la dialectique de la continuité et de la rupture, fut un moment de modernisation éminent. Pour la première fois en effet, une référence constitutionnelle explicite à la conception universelle des droits de l'Homme figure dans le préambule de la loi fondamentale. Pour la première fois aussi, le gouvernement n'entre en fonction qu'au terme d'une véritable double investiture, celle du Roi bien entendu, mais également désormais, du parlement qui, s'il n'est pas majoritairement satisfait de l'équipe exécutive nommée par le Roi peut la mettre en minorité dès la présentation de son programme et l'obliger à démissionner »⁴⁶³. En vigueur jusqu'au fameux discours royal du 9 mars 2011, la constitution de 1996 avait pour objectif de consolider les pouvoirs du Parlement et introduire le bicaméralisme⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Malik BOUMEDIENNE, « Le régime constitutionnel marocain », *Revue du droit public*, n° 6, 2003, p. 1745.

⁴⁶² Maurice DUVERGER « La seconde constitution marocaine », *Le Monde*, 1^{er} septembre 1970 cité par Najib BA MOHAMMED, *La réforme constitutionnelle marocaine dans la durée*, *Revue marocaine d'Administration Locale et de Développement*, Collection Manuels et Travaux universitaires', n° 27, 2001, p. 54.

⁴⁶³ Khaled NACIRI, « Le droit constitutionnel marocain ou la maturation progressive d'un système évolutif », *Centre d'étude des droits du Monde arabe*, p. 7

⁴⁶⁴ Cette révision a été accueillie par la classe politique, en particulier l'opposition traditionnellement hostile ou réservée quant aux précédentes révisions. Pour la première fois dans l'histoire du pays, c'est à la quasi-unanimité que le texte a été positivement accueilli, les principales forces politiques ayant appelé à voter « oui » au référendum.

287. La nouvelle constitution de 2011, attestant clairement de son respect de l'enfant⁴⁶⁵, a été votée par référendum le 1^{er} juillet 2011 et est entrée en vigueur le 30 juillet 2011. Comme nous l'avons souligné auparavant, cette constitution répond aux circonstances de la période de son élaboration. Dans la vague du « printemps arabe » et après la succession des manifestations du mouvement du 20 février, le Roi Mohamed VI a voulu « offrir au Maroc une révolution tranquille »⁴⁶⁶. Selon Jean-Noël Ferrié, politologue spécialiste du monde arabe et directeur de recherche au CNRS, « les réformes annoncées par le monarque laissent présager que "tout se fera dans une dynamique de réformes et non de révolution, ce qui est plus rassurant pour la population marocaine" »⁴⁶⁷.

Avec un score de 98,50%, la nouvelle constitution a été élaborée par l'initiative du souverain en choisissant directement ses membres⁴⁶⁸ qui constituaient le CCRC (La Commission Consultative de la Révision de la Constitution).

Censée être une vraie révolution « juridique », le texte de la Constitution ne rompt pas catégoriquement avec l'esprit général de celle qui la précède. D'ailleurs, le président de la CCRC a bien précisé que « le discours royal a déterminé les domaines que doit englober la réforme constitutionnelle » en précisant qu'il ne s'agit « nullement de l'élaboration d'une nouvelle constitution mais uniquement de réformer l'actuelle ». Par cette déclaration, il est vrai que la commission porte bien son nom puisque elle a été, certes, tout simplement consultative.

288. Les enjeux de la nouvelle constitution étaient : les libertés et la question des droits de l'Homme, la position et le rôle du Roi, l'effectivité du pouvoir législatif, l'indépendance de la justice et la question « amazighe ».

Globalement, nous pouvons dire que tous ces enjeux ont été abordés. Pour le premier, la constitution, dans son préambule et son titre II, a su intégrer tous les aspects des droits de l'Homme au point de la qualifier, en quelque sorte, de charte des droits et libertés collectives et individuelles fondamentales. Trente articles (près d'un article sur six) se réfèrent à des

⁴⁶⁵ Voir annexe : Constitution du Royaume du Maroc de 2011

⁴⁶⁶ Hélène SALLON, Mohamed VI offre au Maroc « une révolution tranquille », Le Monde Afrique du 10 mars 2011

⁴⁶⁷ Idem

⁴⁶⁸ La Commission Consultative de la Révision de la Constitution (CCRC) a été présidée par *Abdeltif Mennouni*. Les autres membres sont : *Omar Azziman*, *Abdellah Saaf*, *Driss El Yazami*, *Mohamed Tozy*, *Amina Bouayach*, *Ahmed Herzenni*, *Rajae Mekkaoui*, *Nadia Bernoussi*, *Albert Sasson*, *Abderrahmane Leibek*, *Lahcen Oulhaj*, *Brahim Semlali*, *Abdelaziz Lamghari*, *Mohamed Berdouzi*, *Amina Messoudi*, *Zineb Talbi Mohamed Said Bennani*, *Najib Ba Mohamed*.

droits et libertés fondamentales, ce qui fait une grande différence avec la constitution de 1996. Parmi ces articles, la constitution n'oublie pas d'affirmer que l'enfant constitue une considération primordiale pour l'Etat, sans pour autant parler d'un respect de ses droits. Par ailleurs, tous les droits et libertés consacrés par la constitution sont censés être confirmés par des lois organiques dont il est prévu une vingtaine environ, à promulguer dans moins de cinq ans, avant la fin de la prochaine législature.

289. A propos de la place du rôle du Roi, la constitution consacre 18 articles (Titre III) pour définir son haut statut, sa place angulaire, son rôle couvrant tous les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires et son désengagement quant au fait de rendre des comptes. Il est vrai que le mot « sacré », qui a suscité depuis longtemps une grande polémique, n'apparaît plus dans le texte. En revanche, la position et le rôle du Roi se trouvent inchangés, voire renforcés⁴⁶⁹.

Dans ce contexte-là, l'enjeu fort d'une institution parlementaire dynamique et effective est systématiquement mis en cause. Rapidement, le rôle de celle-là a été renforcé en ce qui concerne les collectivités territoriales et les questions sociales. Afin de répondre aux revendications de lutte contre la corruption et la moralisation de la vie politique, l'immunité parlementaire a été définie et délimitée par l'article 64.

290. Concernant le pouvoir judiciaire, le projet avait mis l'accent sur deux points essentiels : l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire et de ses acteurs. Il est évident que l'indépendance de la justice ne puisse être consacrée que par celle du juge. Selon la constitution, l'indépendance des magistrats est garantie par le Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire. Ce conseil se dit autonome administrativement et financièrement. A ce propos, nous nous demandons comment cette indépendance va être assurée, sachant que le Roi est le président du CSPJ et que, désormais, il a un pouvoir de nomination au sein de cette institution⁴⁷⁰ ?

Finalement, la question amazighe reste toujours « un effet d'annonce » puisque elle n'est jamais réglée profondément⁴⁷¹. Face à d'anciennes et actuelles revendications du mouvement

⁴⁶⁹ Cf. Mickaël VOGEL, « La démocratisation au Maroc (9 mars 2011 – 1^{er} juillet 2011), CJB, Etudes et Essais, n°7, novembre 2011, 73 p

⁴⁷⁰ Le nouvel article 115 de la constitution prévoit que le ministre de la Justice ne siège plus au nouveau Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire. Il contient, cependant, les représentants des magistrats des Cours d'appel et des juridictions de premier, le Procureur général du Roi le président de la Première chambre près la Cour de Cassation, le Médiateur, une représentation de femmes magistrats, le président du Conseil national des droits de l'Homme, et cinq personnalités qualifiées nommées par le Roi.

⁴⁷¹ Comme beaucoup d'autres questions d'ailleurs.

amazigh, ce dossier traîne depuis longtemps, sans être vraiment pris au sérieux. Réduit seulement à une question de langue, la nouvelle constitution annonce l'intégration de la langue amazighe dans la nouvelle Constitution en tant que langue officielle aux côtés de l'arabe. Cependant, les revendications amazighes ne portent seulement sur l'amazighité, mais s'inscrivent dans un projet démocratique global.

2. Un système politique complexe

291. Suivant l'analyse du système politique marocain, il est pertinent de savoir que la nature du pouvoir politique au Maroc ne peut pas être cernée qu'en se référant uniquement à sa Constitution, étant donné que le noyau de l'action politique marocaine est un mélange de ce qui est dit et non-dit, écrit et non écrit (coutumier).

D'ailleurs, la première remarque que nous pouvons tirer de ce propos est que l'institution royale est considérée comme l'origine de l'initiative constitutionnelle depuis l'indépendance, ce qui lui a permis de contrôler les règles du jeu politique et de maîtriser sa voie. C'est ainsi que l'institution royale détient les deux pouvoirs (législatif et exécutif) sans tenir compte du principe de la séparation des pouvoirs⁴⁷².

292. Depuis la Constitution de 1962 jusqu'à celle de 2011, la monarchie fait en sorte de garder sa place suprême dans la pyramide constitutionnelle. Effectivement, la Constitution permet au Roi d'intervenir dans la vie parlementaire en s'adressant directement aux élus pour tracer les grandes lignes de sa politique générale sans aucune discussion. Il a aussi le pouvoir de déclarer l'Etat d'exception selon l'article 59 après la consultation du Chef du Gouvernement, du président de la Chambre des Représentants, du président de la Chambre des Conseillers, ainsi que du Président de la Cour Constitutionnelle. En outre, le Roi préside le Conseil Supérieur de Sécurité⁴⁷³, accrédite les ambassadeurs auprès des puissances étrangères et des organismes internationaux et il préside le Conseil des Ministres.

⁴⁷² Dans le discours royal du Roi Hassan II, à la veille de l'ouverture de la campagne législative le 22 mai 1977, le Roi expose: « Tu es appelé à choisir un certain nombre de citoyens qui, à nos côtés, constitueront le pouvoir législatif face au pouvoir exécutif. Si séparation des pouvoirs il y a, ce ne serait pas à notre niveau mais au niveau inférieur, le Roi étant appelé à diriger et à tracer la politique de son pays à l'aide du pouvoir exécutif représenté par le Gouvernement et le pouvoir législatif : le Parlement. »

خطب وندوات، المجلد الخامس، ص. 478

⁴⁷³ Cette instance est chargée des stratégies de sécurité intérieure et extérieure du pays, de la gestion des situations d'urgence, et de la mise en place des conditions de la bonne gouvernance sécuritaire. Le Conseil Supérieur de Sécurité comprend le Chef du Gouvernement, le président de la Chambre des Représentants, le président de la Chambre des Conseillers, le président-délégué du Conseil Supérieur du pouvoir Judiciaire et les ministres chargés de l'Intérieur, des Affaires étrangères, de la Justice et de l'administration de la Défense nationale, ainsi que les responsables des administrations compétentes en matière sécuritaire, des officiers

293. C'est ainsi que le régime politique marocain est un mélange de deux systèmes : un système traditionnel, héréditaire et un système « moderne » qui se prétend progressiste et démocratique. Cette structure traditionnelle est connue par le concept du « *Makhzen* », ce mot arabe qui signifie linguistiquement un entrepôt fortifié utilisé jadis dans le stockage des aliments, et qui a donné le mot magasin en français. Intraduisible en français, il désigne « la structure politico-administrative sur laquelle repose le pouvoir au Maroc, faite de soumission, de rituels, de cérémonies, de traditions; une conception spécifique de l'autorité qui imprègne l'ensemble de la classe politique et dont la pièce maîtresse est le roi »⁴⁷⁴. Toutefois, « Le système *makhzénien* » n'est pas aussi clair dans son fonctionnement, son mécanisme et ses moyens. De ce fait, plusieurs auteurs ont essayé de le définir⁴⁷⁵.

294. Tous les auteurs qui se sont intéressés à ce système original de gouverner sont d'accord sur le fait que le *Makhzen* a existé et continue d'exister grâce à la mémoire marocaine⁴⁷⁶. Cette institution détentrice du pouvoir constitue un trait structurel au Maroc. Pour *Mohamed Tozy* « le *Makhzen* est un concept séculier, profane, sans aucune charge religieuse, ni sacrée. Il est à distinguer de l'administration étatique, d'une part, et du monarque, d'autre part. Il fait l'objet de projection négative et positive en même temps. Dans tous les cas, il s'agit de l'ordre jugé nécessaire et consolidé par un recours illimité à la violence. Il exprime la nudité de l'exercice de l'autorité et de la raison politique, dénué de toute morale ou sentiment. Le roi est le patron du *Makhzen*, mais il ne se confond pas avec, c'est son outil d'autorité dont l'illégitimité ponctuelle n'interfère pas sur la légitimité royale. Il ne peut pas

supérieurs des Forces Armées Royales et toute autre personnalité dont la présence est utile aux travaux dudit Conseil.

474 Ignacio RAMONET, « Le Maroc indécis », le Monde diplomatique de juillet 2000

⁴⁷⁵ Pour Driss BENALI le *Makhzen* « n'est pas la création ex nihilo de l'indépendance politique, c'est-à-dire qu'il n'est pas le produit contradictoire de la colonisation et de la lutte politique... Il a une histoire qui remonte à des siècles et dans laquelle il puise sa légitimité... Sorti des entrailles de la société marocaine à un moment de son histoire, il se trouve doté d'une légitimité transhistoriquement inscrite dans les fondements de cette société et ancrée dans l'imaginaire des masses marocaines en lui reconnaissant la capacité d'incarner l'unité de la communauté nationale et d'user, en son nom, de certains symboles religieux... Cet acquis séculaire, la colonisation ne l'a pas altéré mais au contraire renforcé. L'État colonial a réussi là où le *Makhzen* a échoué, à savoir dans l'absorption de ce qu'on a appelé *Bled Siba*. Par sa puissance technologique et militaire, ses moyens de communication et d'information et son administration, elle a pu faire de l'Etat le centre de tout pouvoir et a même réussi à opérer une intégration nationale. L'indépendance va permettre au *Makhzen* d'accroître son champ d'intervention et d'étendre son activité à de nouveaux domaines. Il devient le promoteur de l'économie et l'éveilleur de la société civile » : Driss BENALI « Etat de reproduction sociale au Maroc : le cas du secteur public », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, Vol. 26, 1987, p.120

⁴⁷⁶ Alain Claisse affirme qu'il s'agit « d'un pouvoir enfoui dans la société, qui se place volontiers au-dessus d'elle pour la régenter. Sa capacité d'être au-dedans et au-dessus lui donne une force toute particulière. Il connaît chacun, sa place dans le groupe, la place du groupe dans la tribu. Il peut interpeller quiconque et le désigner pour les honneurs ou pour l'oubli. Il mesure aussi savamment le rapport des forces locales, évalue avec justesse la part et la nature des ressources qui reviennent à chacun : légitimité historique, richesse, influence, notabilité, religion, prestige hérité, acquis ou potentiel. Le *Makhzen* tire sa force d'une fantastique mémoire des individus, des révoltes, des oppressions, des compromis et des alliances » : Rachida CHERIFI, *Le Makhzen politique au Maroc*, Afrique/Orient, 1988, p.9

empêcher son essaimage sur tout le territoire et dans tous les lieux de pouvoir, qu'il soit administratif, militaire ou financier. »⁴⁷⁷

295. Afin de comprendre le système makhzénien marocain, il est essentiel de connaître la place séculaire du Roi en tant que *Amir Al Mouminine*.

Premièrement, la personne du Roi est la clé du voûte du système marocain parce qu'il a tout d'abord une légitimité religieuse. *Mohamed Tozy* analyse profondément ce propos dans son ouvrage intitulé « Monarchie et islam politique au Maroc » en avouant que « Le roi, dont la légitimité est essentiellement religieuse, ne peut, de par son statut de *amîr al-mou'minîn* (Commandeur des croyants), accepter de reconnaître explicitement les expressions concurrentes de l'islam. Cela équivaldrait à reconnaître dans la communauté un schisme qui entamerait sa vocation monopolistique et affaiblirait la légitimité chérifienne. A un autre niveau, l'administration se consacre à sa mission de contrôle et de prévention de tout mouvement à vocation religieuse, à travers la formation des clercs et l'extension contrôlée de la construction des mosquées. Le roi-sultan, dans sa quête de légitimité religieuse réécrite et aseptisée, combine avec un certain savoir-faire les registres hagiographique, juridique et théologique. Il le fait 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). La réhabilitation de la *bay'a* (allégeance), élément constitutif du pouvoir politique, a permis de réduire la place du droit positif et d'en faire la simple mise en forme institutionnelle d'une légitimité historique. Les autres acteurs n'accèdent au champ politique qu'à partir du moment où ils en acceptent les règles du jeu ; la forme du régime a finalement le même statut que la religion : elle relève de l'ordre de l'indiscuté ; la personne royale est sacrée et inviolable ; elle ne peut faire l'objet d'aucune critique, ni être représentée de manière humoristique (art 38 du *dahir* du 15 novembre 1958, modifié par l'article 41 du dahir portant loi du 10 avril 1973) ; les décisions du roi sont inattaquables en justice (arrêt Ronda, Cour suprême, 1960) et sont supérieures à toutes les normes produites par l'Etat. Par conséquent, les multiples projets de réforme du système, qui avaient, depuis de longues années, pour objectif de déboucher sur l'institutionnalisation de l'alternance politique, ont tous achoppé sur cette acception particulière des fondements du pouvoir. »⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ Mohamed TOZY, *Monarchie et islam politique au Maroc*, Presses de Sciences Po, Paris, 1999, pp. 42,43

⁴⁷⁸ Mohamed TOZY, *op. cit.*, pp.19,20.

Deuxièmement, la personne du Roi est la clé du voûte du système marocain parce qu'il a une légitimité traditionnelle. Dans la plupart de ses discours, le Roi Hassan II insistait sur « la personnalité singulière du marocain » qui se caractérise par son attachement historique à la royauté depuis ses ancêtres. Cette image n'a pas cessé d'être inculquée dans les mentalités pour pérenniser ce lien entre le peuple marocain et les Rois qui lui ont succédé sur le trône. Selon l'optique traditionnelle, le Roi bénéficie d'une légitimité historique car la monarchie gouverne au Maroc depuis 1511. C'est ainsi qu'elle est la seule à exercer le pouvoir avec compétence et expérience. D'ailleurs, le système politique au Maroc insiste sur le fait que la monarchie marocaine a existé avant même la fondation de l'Etat.

La légitimité traditionnelle de la monarchie fait qu'elle constitue depuis toujours l'arbitre qui gère les différends des groupes et des tribus autrefois. Aujourd'hui, c'est la monarchie qui joue le rôle de médiateur entre les partis politiques en intervenant d'une manière directe pour mettre fin aux conflits.

Troisièmement, le système monarchique marocain extrait sa légitimité des mécanismes de la politique moderne. Depuis l'indépendance, la monarchie a fait en sorte de s'adapter aux outils d'une administration moderne (la décentralisation et l'alternance au pouvoir etc.). En effet, cela existe depuis la Constitution octroyée par le Roi Hassan II au peuple marocain en 1962. En générale, toutes les institutions constitutionnelles et politiques au Maroc (le Parlement, le Gouvernement et les conseils généraux et municipaux ...) sont des instruments au service de la monarchie. Le Roi est ainsi le garant du bon fonctionnement de ses institutions et au-dessus d'elles puisque c'est lui qui les crée et met fin à leur vie.

Dans ce système politique bicéphale où la dimension traditionnelle et la dimension moderne ne sont pas au même niveau, nous posons la question de l'évolution des droits de l'Homme au Maroc.

3. Les droits de l'Homme : un bilan mitigé

296. Toutes les références officielles attestent que le Maroc, depuis son indépendance, a cherché à instaurer un Etat de droit où les droits de l'Homme seraient garantis. « Depuis son accession à l'indépendance, le Maroc s'est engagé dans le processus de l'édification d'un Etat moderne fondé sur la démocratie et la primauté de la loi tout en demeurant attaché aux

principes de la noble Charia islamique et aux fondements de la civilisation marocaine séculaire ainsi qu'aux valeurs généreuses stipulées dans les conventions internationales »⁴⁷⁹.

Désormais, avec la nouvelle constitution l'objectif de l'Etat marocain sur la question des droits de l'Homme, est de consolider les libertés et les droits et de continuer à œuvrer dans ce domaine.

Néanmoins, la consécration de l'Etat de droit et de la culture des droits de l'homme doit rester fidèle aux principes de la monarchie, de la *charia* et des traditions de la civilisation marocaine. D'ailleurs, les quatre fondements sur lesquels se basent la dynamique en faveur de la promotion et de la diffusion de la culture des droits de l'Homme sont les suivants :

- L'engagement du Roi en faveur des droits de l'Homme⁴⁸⁰
- Les garanties et les fondements contenus dans la Constitution du Royaume.
- La place considérable occupée par le référentiel juridique international⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Cf. Conseil consultatif des droits de l'homme, « Rapport sur la situation des Droits de l'Homme au Maroc 2003 ». Rabat, 2004

⁴⁸⁰ C'est à l'époque du Roi Hassan II que la monarchie a commencé à s'intéresser à la question de la promotion des droits de l'Homme. En effet, en accordant à la nation sa première constitution, le Roi a voulu témoigner de sa volonté à suivre la démarche vers les droits de l'Homme. C'est ainsi que Hassan II a veillé à l'amélioration des législations en mettant en place un dispositif garantissant la promotion de ces droits, notamment, les tribunaux administratifs, le Conseil consultatif des droits de l'Homme et d'autres instances consultatives, le ministère chargé des droits de l'Homme, le ministère chargé de la communauté marocaine à l'étranger et la Fondation Hassan II pour les Marocains résidant à l'étranger.

Toutes ces tentatives officielles visant à promouvoir les droits de l'Homme n'ont pas permis au Maroc d'éviter « les années de plomb ». Cette période qui s'étend de la fin des années 1960 jusqu'aux années 1980 a été marquée par la répression des opposants politiques et les activistes contre le pouvoir, d'autant plus que le Conseil consultatif des droits de l'Homme (CCDH), organisme créé en mai 1990 par Hassan II est resté plusieurs années sans tenir de réunion de travail. En outre, le travail de l'instance d'arbitrage indépendante (IAI)⁴⁸⁰, en vue d'indemniser les victimes de disparitions forcées et de détentions arbitraires imputables aux services de sécurité de l'Etat n'a jamais été achevé avant l'accession du trône de Mohamed VI.

Dès l'arrivée au pouvoir de Mohammed VI, tous les espoirs sont nés pour tourner la page de l'ancienne ère. C'est ainsi que lors de son premier discours du Trône du 30 juillet 1999, le nouveau Roi a annoncé son ferme attachement à l'édification de l'Etat de droit et aux droits de l'Homme. Afin de concrétiser cela, il a installé une instance indépendante d'arbitrage, aux côtés du Conseil consultatif des droits de l'Homme, chargée de l'indemnisation pour préjudices matériel et moral subis, des victimes de disparition forcée et de détention arbitraire et de leurs ayants droits. Par ailleurs, trois mois après son intronisation, le Roi a défini un nouveau concept de l'autorité, qui constitue une base pour la consolidation d'une culture fondée sur les principes de l'autorité au service du citoyen, la préservation de la dignité et la protection contre tout excès ou abus de pouvoir de la part des administrations, des collectivités ou de l'Etat lui-même, et ce dans un discours prononcé le 12 octobre 1999 à Casablanca, devant les responsables de l'administration territoriale, des cadres de l'administration et des représentants des citoyens.

Garant suprême des droits et des libertés, le Roi a tracé, à partir de ce fameux discours, les lignes de sa conception des droits de l'Homme et la façon de les concrétiser. En effet, ses actions en faveur de la promotion des droits de l'homme ont porté sur l'organisation et la réorganisation de divers organes et instances.

⁴⁸¹ Le droit international constitue une source essentielle du droit marocain. D'ailleurs, le Maroc a ratifié ou a adhéré à la plupart des pactes et traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille

-Le rôle croissant de la société civile⁴⁸².

297. Pour concrétiser la démarche marocaine vers le respect des droits de l'Homme et l'instauration d'un Etat de droit, il a fallu réaliser d'importantes avancées dans l'amélioration de l'arsenal juridique national, dans le renforcement des mécanismes institutionnels⁴⁸³ et les traduire, évidemment, dans la réalité.

⁴⁸² Malgré le problème qui se pose de la définition de la société civile, personne ne peut ignorer sa place prépondérante dans le fonctionnement des sociétés contemporaines. Dans les pays du « Sud », l'émergence de la société civile est apparue tardivement en comparaison avec celle des pays du « Nord ». Son combat se développe sur deux axes prioritaires : les libertés publiques et le développement socio-économique. Dans ce contexte, la société civile prend surtout la forme d'association à but non-lucratif dont nous constatons un grand élargissement de ce secteur dans l'exemple de la société marocaine.

Nous pouvons dire que l'émergence de la société civile marocaine est due au mouvement international qui s'est développé ses dernières années. Cependant, il est plus précis de l'inscrire aussi, dans l'histoire de ce pays et dans son contexte spécifique. (Paola Gondolfi, *La société civile au Maroc : signification et issues des processus de changement sociale et politique*, CESD-Università Ca'Foscari-Venezia),

Le phénomène associatif au Maroc ne date pas d'hier : il est l'une des composantes historiques de la tradition culturelle marocaine, notamment dans le monde rural. Différente de l'aspect associatif moderne connu aujourd'hui, la population rurale s'est organisée sous des institutions communautaire ou villageoise de mode traditionnel : Mosquée, Zawiya, confréries, coopératives ... à la différence des villes qui ont connu le phénomène tardivement.

En revanche, le mouvement associatif marocain a été bien longtemps dissimulé par le Makhzen qui a essayé de le « domestiquer » en le considérant comme un contre-pouvoir potentiel. Le Makhzen a utilisé comme moyen le fait de mettre les diverses associations en situation d'échec en récupérant leurs discours et leurs actions ainsi que d'autres moyens plus radicaux.

Quatre générations d'associations correspondent à quatre grandes périodes de l'histoire du Maroc après l'indépendance. La première période s'étend entre 1956 à 1975 et se caractérise par la création d'associations spécifiquement marocaines. Dans un climat relativement libre plusieurs associations spécialisées dans le domaine de l'enfance, de la jeunesse et des sports ont vu le jour au fil des années.

Caractérisée par une nette régression de l'exercice des libertés d'association entre 1975 et 1984, la deuxième période a connu généralement une limitation des libertés à tous les niveaux. C'est à cette époque que remonte la création des premières associations de droit de l'Homme, des associations féminines et des associations de protection de l'enfance : l'Association marocaine des droits de l'Homme (AMDH) est créée en 1975, la Ligue marocaine des droits de l'Homme en 1972 et l'Organisation marocaine des droits de l'Homme (OMDH) en 1988.

Sous l'effet du contexte international et des changements qui se sont opérés au niveau interne, la troisième période débute à la fin des années 80. C'est à partir de cette date que les associations ont commencé à être perçues comme des partenaires dans le processus économique et social du pays.

A partir des années 90, le nombre ainsi que le type d'associations marocaines opèrent un grand changement. Nous assistons, pendant cette période, à l'apparition des associations de protection de l'environnement, des associations professionnelles, des associations de santé MST/SIDA, de consommation de quartier, des usagers et des fondations (Fondation Mohammed V pour la solidarité, Fondation Mohammed VI pour la réinsertion des détenus).

Selon le recensement réalisé par la section marocaine d'Amnesty International, le Maroc compte aujourd'hui 40000 associations. Désormais, la plupart de ces associations s'organisent pour combler le vide dans les secteurs délaissés par l'Etat.

Malgré cette image flattée de l'action associative au Maroc, le comportement des pouvoirs publics vis-à-vis de ce mouvement est chargé de contradictions et d'ambiguïtés. D'ailleurs, la plupart des associations créées à partir des années 90 ne sont que le résultat d'une campagne abondante sur le concept de la société civile, suscitée par des éléments extérieurs, mal comprise et sans respecter les conditions de son élaboration. Ces associations ne bénéficient pas d'une vraie autonomie envers l'Etat qui ne reconnaît pas leur place dans le système de pouvoirs. En conséquence, il est essentiel de se demander si la société civile au Maroc notamment sa composante la plus représentée et la plus représentative (les associations) constitue une vraie alternative au changement (social, politique et culturel) en dépit de leur invisibilité en tant que partie active du processus de transformation⁴⁸².

Après avoir exposé les fondements théoriques de la dynamique en faveur de la promotion de la culture des droits de l'Homme au Maroc. Il est primordial d'illustrer cela par les démarches entreprises vers la concrétisation de cette perspective.

⁴⁸³ Nous allons citer trois institutions qui se consacrent au thème des droits de l'Homme.

- Le Conseil National des Droits de l'Homme :

Enfant légitime du Conseil Consultatif des Droits de l'Homme (CCDH), le roi Mohamed VI a mis en place le jeudi 3 mars 2011 un nouvel organisme public chargé de la défense des droits de l'Homme, en remplacement d'un précédent conseil au rôle uniquement consultatif. La création du Conseil national des droits de l'Homme (CNDH) met fin au mandat du Conseil Consultatif des Droits de l'Homme, institution créée à la veille de l'alternance politique en 1990 par le Roi Hassan II. Celui-ci a été réorganisé par Mohamed VI en 2001 par le biais du Dahir du 15 moharrem 1422 (10 avril 2001) entrée en vigueur le 10 décembre 2003.

Selon son règlement intérieur, il est un organe pluraliste et indépendant. Néanmoins, malgré la déclaration de l'indépendance du CNDH des instances législatives, exécutives et judiciaires, il demeure un corps gouvernemental marocain géré indirectement par le Roi. D'ailleurs, la mission du Conseil consiste à aider le Roi dans toutes les questions relatives à la défense, la protection et la promotion des droits de l'Homme, le respect et la garantie de leur plein exercice. En outre, les personnalités constituant le Conseil sont choisies par le Roi lui-même, soit directement soit sur proposition des différentes formations qui siègent au Conseil. Sans oublier que tous les membres sont désignés par *Dahir* et que les réunions sont soit à l'initiative du Roi, soit leur ordre du jour doit être approuvé par lui.

En ce qui concerne les compétences du CNDH, ce dernier énumère une liste en matière de protection et défense des droits de l'Homme et libertés, une liste en matière de promotion des droits de l'Homme ainsi que des compétences régionales et en matière de droit international humanitaire. La liste des compétences du CNDH ne sort pas du cadre de l'observation, de la surveillance et du suivi. Le Conseil national comme celui qui l'a précédé (CCDH) n'a généralement qu'une compétence consultative consistant à formuler des avis, des rapports et des conseils destinés à orienter les décisions du souverain et à alerter sur les insuffisances ou les excès qui seraient relevés au regard du respect des droits de l'Homme au Maroc.

- Le Médiateur :

L'institution du médiateur a été créée par le roi Mohamed VI après son discours du 9 mars 2011 pour substituer au *Diwan Al Madhalim*, cette institution créée au lendemain du 53^{ème} anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, par un dahir n°1-101-298 du 9 décembre 2001 et mise en vigueur le 22 décembre 2003. Inspirée de la jurisprudence musulmane, cette institution a été perçue lors de sa création comme une avancée dans la consolidation de l'Etat de droit et du processus démocratique. Toutefois, « l'expérience de *Diwan Al Madhalim* n'a pas été concluante. Les rapports que son président remettait au cabinet royal n'ont jamais fait de vagues. D'ailleurs les conditions dans lesquelles cette institution a été créée en décembre 2001 avaient soulevé des interrogations. A l'époque, le Premier ministre *Abderrahman Youssoufi* travaillait sur le projet du médiateur, à l'image de l'ombudsman dans les pays européens. Avant de faire aboutir son projet, il voit la mise en place de *Diwan Al Madhalim*, une structure chargée de promouvoir l'intermédiation entre les citoyens et les administrations et tout autre organisme exerçant les prérogatives de puissance publique. D'ailleurs, le dahir portant création lui interdisait d'instruire des plaintes pour lesquelles la justice était saisie, la révision d'une décision de justice irrévocable et les questions relevant des compétences de l'ex-CCDH ».

L'institution du médiateur suit la même voie que son antécédent. Avec un nom plus moderne, il est chargé d'assurer la protection des droits des usagers des services publics en menant des enquêtes et des investigations, proposer des poursuites disciplinaires, et faire des démarches de médiation et de conciliation. Le projet de *dahir* portant création de l'Institution du médiateur présente, malgré cela, quelques innovations :

L'architecture juridique rénovée du texte constitue un exposé des motifs reformulé pour refléter le contexte et les objectifs de la réorganisation et 54 articles répartis sur 8 titres.

La dénomination, " Médiateur ", conforme aux standards internationaux

L'approche régionale de la réception des doléances pour être près des plaignants

La mission préventive de cette structure qui consiste à avoir le droit de regard sur le processus de modernisation des services publics.

Les attributions évoquées dans le *dahir* portant création de l'institution du médiateur démontre la fonction purement consultative de celui-là, ce qui soulève, ainsi, plusieurs interrogations notamment sur l'opportunité de cette institution et sa capacité à protéger concrètement les droits des citoyens. Ne serait-il pas dans la logique des choses d'apporter des réformes catégoriques à la justice et à l'administration marocaine au lieu de créer une nouvelle institution dont personne ne connaît le taux de réussite ?

- La délégation interministérielle aux droits de l'homme :

Dans le souci de doter le Royaume d'un dispositif national des droits de l'Homme « cohérent, moderne et efficient », le Roi Mohammed VI a nommé le vendredi 18 mars 2011 *Mahjoub El Haiba* délégué interministériel aux droits de l'Homme. La délégation aura une mission transversale, puisqu'il lui revient de coordonner l'action des départements gouvernementaux concernés et des politiques publiques en matière de défense et de promotion des droits de l'Homme.

C'est le décret du 23 mars 2011 qui a rendu opérationnelle la délégation interministérielle chargée des droits de l'Homme. *Mahjoub El haiba* a précisé que cette nouvelle institution « vise à insuffler une nouvelle dynamique au niveau de la coordination entre les départements ministériels et à garantir une nouvelle intégration des droits de

B. L'incidence sur les droits de l'enfant

298. Après cette illustration de la conjoncture politique marocaine, nous reposons la question quant à la façon dont ce contexte peut affecter la question des droits de l'enfant. Cette idée peut donc être analysée du point de vue du développement humain étant donné que les droits de l'enfant constituent un point angulaire dans ce concept. Ensuite, il s'agit d'établir la relation fondatrice du développement humain aux droits de l'Homme. En effet, une conception adéquate du développement humain ne peut négliger l'importance des libertés politiques et démocratiques. Ce qui fait, en somme, qu'une « conception adéquate des droits de l'enfant ne peut négliger l'importance des libertés politiques et démocratiques ».

Par ailleurs, pour démontrer l'incidence de l'environnement politique au Maroc sur les droits de l'enfant, nous allons prendre l'exemple du droit de l'enfant au respect de sa dignité (1) et son droit à l'éducation (2).

1. La dignité de l'enfant

299. En premier lieu, la conjoncture politique touche directement « les libertés de l'esprit de l'enfant » et avant tout sa dignité.

Les libertés de l'esprit de l'enfant sont reconnues par la Convention des droits de l'enfant comme l'expression des droits de l'Homme de l'enfant : liberté de pensée, de conscience et de religion. Pour ne pas rester limité à cette définition, nous allons ajouter un autre concept qui fait partie de cette catégorie de droit, mais qui est sinéquanone à la réalisation de ces derniers. Il s'agit de la dignité de l'enfant, d'abord en tant qu'être humain et ensuite en tant que citoyen ou futur citoyen. Bien que ce concept ne plaise pas aux juristes et « ne rencontre pas l'égalité d'adhésion au sein de la communauté internationale et fait l'objet d'une difficile appréhension ⁴⁸⁴ », il ne peut être que l'expression de tous les droits matériels et non matériels de l'enfant.

l'Homme dans les politiques publiques, l'objectif étant d'assurer une réelle interaction entre les différents départements concernés pour lutter contre les carences enregistrées tant au niveau interne qu'externe ».

Cette nouvelle institution qui s'ajoute aux autres instances nationales créées pour faire bouger la roue des droits de l'Homme au Maroc, a été applaudie par les observateurs habituels, comme Le vice-président de la commission de la Justice et des droits de l'Homme à la Chambre des représentants, *Mohammed Benabdessadek*, qui estime que le Maroc a besoin d'une instance gouvernementale pour faire avancer le dossier des droits de l'Homme : « Peut-être que c'est un premier pas pour la création, par la suite, d'un ministère chargé des droits de l'Homme. Il s'agit de faire évoluer plusieurs chantiers en cours ayant trait à cette question notamment la réforme de la justice et les droits de la femme ».

⁴⁸⁴ Cf. Pierre Leon André DIENG, « La dignité de l'enfant », Mémoire de Maîtrise en Droit, 2003, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar.

300. La dignité, qui est une qualité inséparablement liée à l'être même de l'Homme, ne peut absolument être réduite : c'est ce que les juristes nomment l'« irréductible humain ». En effet, tout Homme mérite un respect inconditionnel, quels que soient son âge, son sexe, sa santé physique ou mentale, sa religion, sa condition sociale ou son origine ethnique. « La dignité de la personne humaine est devenue un concept juridique opératoire pour désigner ce qu'il y a d'humain dans l'Homme, ce qui mérite donc d'être protégé. Tout ce qui tend à déshumaniser l'Homme sera considéré comme une atteinte à cette dignité⁴⁸⁵ ». De cette manière, la dignité de l'enfant ne sépare en aucun cas de la dignité au sens global.

301. La dignité de l'enfant n'est pas un concept abstrait. Ce principe devient palpable, notamment lorsqu'il est violé. L'enfant perd sa dignité quand il est privé de ces droits primaires (aliments, logement, santé...etc.), quand ses parents ne peuvent pas subvenir à ses besoins et assurer sa protection faute de moyens et de soutien de la part de l'Etat, quand l'enfant est laissé à son « état naturel » sans aucune éducation ni instruction. L'enfant perd sa dignité, aussi, quand il est obligé d'aller travailler au lieu d'être dans les rangs de l'école.

En l'occurrence, tout cela ne peut être garanti sans une communauté politique et juridique. C'est l'Etat démocratique basé sur les droits de l'Homme qui constitue la condition nécessaire au respect à la dignité de l'enfant dans le présent et la dignité de cet Homme dans le futur⁴⁸⁶. Les Etats ont l'obligation légale de faire en sorte que l'enfant vive en dignité et cela ne peut être garanti que si tous les adultes qui l'entourent le vivent aussi. En effet, la protection des droits de l'enfant, en général, et de sa dignité, en particulier, doit faire l'objet d'une politique permanente suivie par les Etats, la famille, la doctrine, les organismes nationaux et internationaux et la justice.

302. En second lieu, la situation de la démocratie et des droits de l'homme dans une nation se reflètent essentiellement dans sa politique éducative proposée aux générations futures pour faire en sorte qu'ils soient des citoyens et non des sujets.

Ainsi, la seconde approche est plutôt un exemple pour la première, du fait qu'elle illustre un des aspects de la dignité de l'enfant qui est son droit au savoir au sens globale du terme et son droit à l'éducation en particulier. Le savoir dépasse la signification basique de l'éducation en tant que scolarisation. Le savoir est ce qui guide l'enfant vers son autonomie et sa liberté.

⁴⁸⁵ <http://www.unesco-phil.uni-bremen.de/texte/La%20dignit%E9%20humaine.pdf>

⁴⁸⁶ Cf., Jacques FIERENS, La dignité humaine comme concept juridique, in, *Fondations et naissances des droits de l'Homme, l'odyssée des droits de l'homme*, textes réunis par Jérôme FERRAND et Hugues PETIT, L'Harmattan, 2003, p. 171.

D'ailleurs, Victor Hugo avait raison de dire dans l'une de ses poésies : « Chaque enfant qu'on enseigne est un homme qu'on gagne ».

Le droit de l'enfant au savoir est lui permettre d'acquérir un ensemble de connaissances à la fois théoriques et pratiques, matérielles comme spirituelles, qui complètent son développement physique. Rousseau écrivait : « À l'activité du corps qui cherche à se développer, succède l'activité de l'esprit, qui cherche à s'instruire. D'abord les enfants ne sont que remuants, ensuite ils sont curieux ; et cette curiosité bien dirigée est le mobile de l'âge où nous voilà parvenus ».

Ce savoir est transmis d'abord par la famille, ensuite par les structures éducatives garanties par l'Etat et élaborées dans sa politique éducative nationale.

Loin de l'idéal d'un droit de l'enfant au savoir, notre question sur la relation entre l'Etat de droit et les droits de l'enfant au Maroc va se pencher, spécialement, sur son droit à l'éducation.

2. Le problème de l'éducation nationale

303. Au Maroc, le droit à l'éducation est un principe constitutionnel. Il fait aussi l'objet de plusieurs traités signés par le Maroc tels que la Déclaration du Millénaire des Nations Unies pour le développement qui a réitéré l'engagement d'universalisation de l'enseignement primaire, proclamée par d'autres programmes et l'Education pour tous (EPM). En effet, il est connu par tous les observateurs que le Maroc n'a pas cessé de multiplier les réformes, les projets et les programmes afin d'améliorer la situation de ce droit fondamentale depuis l'indépendance. En revanche, malgré cela, l'accès à l'éducation reste incomplet et inéquitable.

Pour plus de précision, nous pouvons dire que le Maroc a connu une grande instabilité dans sa politique éducative⁴⁸⁷. En effet, cette dernière a été beaucoup influencée par les circonstances politiques et économiques du Maroc. Nous pouvons, ainsi, définir trois grandes étapes de la politique éducative marocaine. Ces trois étapes « reflétant l'évolution de la réflexion politique sur la place de l'enseignement dans la société marocaine et du rôle que doit jouer l'institution éducative nationale pour répondre à ces objectifs ⁴⁸⁸ ».

⁴⁸⁷ Cf. Nicolas BREJON DE LAVARGNEE. Équipements collectifs et système scolaire au Maroc *in Tiers-Monde*, 1991, tome 32 n°125, pp.137-142

⁴⁸⁸ Nadia LAMARKBI et Elsa LAFAY DE MICHEAUX, « L'ouverture de l'éducation primaire rurale aux ONG. » Les enseignements du Maroc contemporain, *Mondes en développement*, 2006/2 n° 134, p. 83

304. La première succède directement la déclaration de l'indépendance. C'est pourquoi il est évident que l'objectif de l'Etat à l'époque était de retrouver sa souveraineté en déclarant l'arabisation de l'enseignement et la "marocanisation" des cadres nationaux. La finalité de cette initiative si légitime et si ambitieuse n'a pas été claire : « La politique d'arabisation est une politique hésitante, de balançoire »⁴⁸⁹. Techniquement, il ne s'agissait pas d'arabiser le contenu mais plutôt de traduire ce qui était déjà en cours. De plus dans les débuts de l'arabisation, seulement les cycles de l'école primaire, du collège et du secondaire ont été pris en compte. En possédant toutes les conditions de son échec, le projet de l'arabisation n'a pas été maintenu jusqu'au bout. Il s'est avéré, finalement, que cette initiative faisait partie des enjeux politiques de l'époque. C'est ce qu'avance Gilbert Grandguillaume dans son livre intitulé « Arabisation et politique linguistique au Maghreb » en résumant que « l'histoire de l'arabisation au Maroc consiste essentiellement en cet affrontement politique, entraînant des conséquences sur la structure de l'enseignement principalement »⁴⁹⁰.

Après les troubles politiques de 1971 et 1972 relatives aux deux tentatives de coup-d'Etat, il fallait franchir le grand pas des réformes éducatives ainsi que des libertés individuelles.

305. La deuxième étape est celle qui suit la mise en œuvre du Programme d'ajustement structurel (PAS) en 1983. La politique éducative de 1985 a été limitée par les restrictions budgétaires du PAS. Ainsi, comme « il semble moins utile d'être scolarisé, on observe une baisse d'effectifs dans l'enseignement primaire, surtout à la campagne où la carte scolaire a été modifiée et où les écoles ont été regroupées⁴⁹¹ ». Les élèves ont été massivement orientés vers la formation professionnelle ce qui a provoqué une baisse du nombre de candidats au baccalauréat. En conséquence, l'Etat a amélioré le taux de réussite pour combler le vide, ce qui nous pousse à poser la question sur la qualité de ces diplômes.

306. La troisième étape commence après la signature du Maroc de la Déclaration mondiale sur l'Éducation pour tous⁴⁹² lors de la Conférence mondiale sur l'Éducation pour tous en 1990 à Jomtien. Suivant les recommandations de cette Déclaration, l'Etat marocain a élaboré la Charte nationale d'éducation et de formation en 1999. En conséquence, le Maroc

⁴⁸⁹ Mekki MERROUNI, *le problème de la réforme dans le système éducatif marocain*, édition OKAD, Rabat 1993, p.93

⁴⁹⁰ Gilbert GRANGUILLAUM. « l'arabisation au Maghreb », *revue d'Aménagement linguistique, Aménagement linguistique au Maghreb*, Office Québécois de la langue française, n°107, hiver 2004, p. 23

⁴⁹¹ Jean François CLEMENT. « Les effets sociaux du programme d'ajustement structurel marocain » in *Politique étrangère* n°4 - 1995 - 60e année, p. 1006

⁴⁹² Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (1990), Déclaration mondiale sur l'éducation pour tous (adoptée à Jomtien-Thaïlande, 5-9 mars 1990), New York et Paris, UNESCO, accès page web : http://www.unesco.org/education/nfsunesco/pdf/JOMTIE_F.PDF

place l'éducation dans le premier rang de ces priorités nationales et prévoit pour cela d'énormes dépenses afin de combler la défaillance de l'enseignement public. En revanche, tant d'efforts et de moyens pour la généralisation et l'amélioration de la qualité de l'éducation nationale ont été déployés en vain à cause de l'ouverture totale du champ éducatif au secteur public et aux institutions internationales dans le milieu rural⁴⁹³.

307. Ainsi, la charte reconnaît largement le secteur privé comme « partenaire principale, aux côtés de l'Etat, dans la promotion du système d'éducation-formation, l'élargissement de son étendue et l'amélioration continue de sa qualité ». L'encouragement de l'Etat à l'enseignement privé a eu ses effets sur le terrain près de « 1800 institutions privées, où sont scolarisées 500 000 soit 7% de la totalité des effectifs. Le taux des inscriptions, s'il est encore faible, augmente de 9% par an⁴⁹⁴ ». Il faut noter que le choix des structures privées par la plupart des familles marocaines n'est pas une adhésion à ce système. Il est dû principalement à un rejet de l'école publique en échec.

En outre, la politique éducative consistant à s'ouvrir massivement au secteur privé, de la maternelle au supérieur, sans beaucoup de restrictions ni contrôle effectif ; cela ne peut signifier qu'une chose : l'Etat marocain veut se débarrasser ou, au moins, « partager le fardeau de l'enseignement avec le secteur privé en lui permettant d'économiser 5 milliards de dirhams par an⁴⁹⁵ ». Grâce aux accords conclus entre l'Etat et les investisseurs, les écoles privées ont beaucoup plus de facilités à se développer. Elles bénéficient d'un allègement fiscal, d'une suppression de la TVA sur les équipements, d'exonérations durant les cinq premières années d'exploitation, outre un accès à certains terrains publics et une facilité dans l'acquisition du foncier. *Brahim Chedati*, enseignant-chercheur au COPE (Centre d'Orientation et de Planification de l'Education), réplique que « Grâce aux mesures prises par l'Etat, notamment sur le plan fiscal, créer une école est devenu un business très rentable⁴⁹⁶ ».

308. A vrai dire, le problème ne réside pas dans l'accroissement de l'enseignement privé au Maroc, ni de sa concurrence à l'école publique. Cet exemple démontre à lui seul que le problème réside dans le fait que l'enseignement public est devenu une corvée inévitable pour l'Etat.

⁴⁹³ Nadia LAMARKBI et Elsa LAFAY DE MICHEAUX, *op. cit.*, pp. 81, 94

⁴⁹⁴ Leïla SLIMANI, « Education : le privé à la rescousse du public », *Jeune Afrique*, 21 avril 2009

⁴⁹⁵ *Idem*

⁴⁹⁶ *Idem*

Avec des résultats décevants aux niveaux des taux de scolarité, d'échec et d'abandon scolaire, la persistance de l'analphabétisme et la baisse de la qualité des programmes etc., la politique éducative tracée par l'Etat répond par une succession infinie de réformes qui ne se complètent pas, par des changements brusques des programmes et des niveaux scolaires, par la recherche d'institutions de relais et aussi par l'investissement dans des infrastructures non exploitées.

309. Malgré son coût élevé, le droit à l'éducation doit rester une priorité nationale. D'ailleurs, il est prouvé scientifiquement que le coût de la non-scolarisation est plus élevé et coûtant pour un Etat que la généralisation de la scolarité. Une étude de qualité (2007) s'est consacrée à démontrer « les coûts économiques associés à la non scolarisation et à l'abandon scolaire ainsi qu'une évaluation des implications économiques, sociales et politiques de tels phénomènes. L'approche en termes économiques met en évidence l'incitation liée à l'investissement dans l'éducation de base et le profit pouvant être tiré de la généralisation de la scolarité des enfants aux plans à la fois individuel, des familles et de la société tout entière »⁴⁹⁷.

A partir de cette étude, le droit à l'éducation ne doit pas être perçu comme un fardeau pour l'Etat mais une nécessité, pour lui, dans son processus de développement. Le capital humain dans un pays comme le Maroc est d'une importance inestimable. De ce point de vue, investir dans ce potentiel devient un outil d'émergence économique et sociale. C'est pour cette raison que « l'occupation la plus avantageuse pour un enfant en âge de scolarité est son implication dans l'activité scolaire. Un tel résultat est d'autant plus significatif que sont pris en compte non seulement les bénéfices directs que procure la scolarité à l'enfant, mais aussi les gains générés pour la famille et pour la société⁴⁹⁸ ». En outre, « l'éducation est le point d'achoppement majeur d'une société qui se veut libérale et démocratique »⁴⁹⁹.

Finalement, il est opportun d'affirmer que ces corrélations entre droit de l'éducation, démocratie et croissance économique ne sont pas linéaires. Elles constituent à la fois des causes et des effets, ce qui va être démontré par la suite.

Paragraphe 2: Les obstacles d'ordres socioéconomique

310. Nous ne pouvons pas aborder la situation des droits de l'enfant dans une nation sans évoquer le contexte de la réalisation de ces droits dans l'analyse de la situation

⁴⁹⁷ http://www.unicef.org/morocco/french/La_non_scolarisation_au_Maroc.pdf

⁴⁹⁸ Idem

⁴⁹⁹ Marie-Claude BLAIS, « Une libération problématique », *Le Débat*, 2002/4 n° 121, p.147

socioéconomique. En effet, les obstacles d'ordre économique (A) et l'état du social au Maroc (B) affectent directement la situation des enfants marocains en les empêchant d'accéder à leurs droits.

A : L'instabilité macro-économique au Maroc

311. Il est reconnu que les premiers affectés par une condition économique quelconque sont les couches vulnérables. En effet, les familles sont les premiers à être touchés, notamment lors d'une conjoncture économique difficile.

Le vrai développement économique est celui qui se concrétise en bien-être et en une vie décente pour la population. Comme le souligne le Rapport sur le développement humain publié pour la première fois en 1990, « les individus sont la vraie richesse d'une nation ».

312. De ce point de vue, le niveau économique d'un Etat se répercute directement sur les enfants. Désormais, nous entendons parler de bien-être des enfants. A titre d'exemple, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié en 2009 une évaluation comparative des politiques menées en direction de la petite enfance dans ses États membres et dans d'autres pays. Cette étude a pour objectif de dresser un panorama rendant compte des différentes dimensions du bien-être des enfants, en considérant non seulement leur développement physique, mais aussi leurs conditions de vie matérielles, leur environnement éducatif et certains aspects du bien-être subjectif lié aux relations que l'enfant entretient avec ses semblables⁵⁰⁰.

313. Au Maroc, nous sommes encore loin de parler d'un bien être de l'enfant. Il faut en premier lieu se consacrer au chantier des droits de celui-ci. De cette manière, nous allons essayer de faire une synthèse de la situation économique depuis ces trois dernières années (1) et de tenter de savoir comment elle affecte systématiquement les droits de l'enfant, notamment en ce qui concerne le travail des enfants (2).

1. Aperçu général

314. Le Maroc constitue la 5^{ème} puissance économique d'Afrique. Il est le premier producteur et le premier exportateur de phosphate au monde avec un secteur important de l'agriculture et du tourisme.

⁵⁰⁰ Cf. Olivier THEVENON, « Indicateurs comparés du bien-être des enfants dans les pays de l'OCDE », *Informations sociales*, 2010/4 n° 160, p. 21

315. Nous pouvons résumer approximativement les indicateurs macro-économiques du Maroc dans le tableau suivant :

	2008	2009	2010
Croissance en PIB (%)	5,6	4,9	4
PIB par habitant (en dirhams)	22095	23242	23696
Taux de chômage (%)	9,6	9,1	9,1
Importations (en millions de dirhams)	326 042	263 982	299 124
Exportations (en millions de dirhams)	155 740	113 020	147 850

Source : Le haut-commissariat au plan et le ministère de l'économie et des finances.

Il faut, toutefois, signaler que ces chiffres ne font pas l'unanimité des institutions en charge. En effet, le Haut-commissariat au plan (HCP) et le ministère des finances ont du mal à s'entendre sur le taux de croissance du PIB pour l'année de 2009 et 2010 : le premier avance un taux de 4,8 % et de 3,7% et le second un taux de 4,9% et de 4%.

S'agissant de l'un ou de l'autre, le premier indicateur de la situation économique au Maroc, le taux de croissance, affiche sur les trois dernières années un taux de croissance en déclin. Ainsi, le Maroc réalise un taux de croissance qui n'est pas seulement en deçà de celui des pays émergents, mais qui est même en deçà de la moyenne mondiale qui est de 5%.

Le deuxième indicateur, le commerce extérieur, affiche une hausse de 30,8% pour 2010. Cette augmentation est évidente puisque le Maroc établit, depuis une décennie, une stratégie globale d'ouverture et de libéralisation en mettant en place un cadre juridique propice au développement de ses relations commerciales avec certains de ses partenaires potentiels, à travers la conclusion d'Accords de libre-échange, au niveau bilatéral ou régional⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Accord d'association Maroc-Union européenne signé le 26 février 1996 et entré en vigueur le 1er mars 2000 ; Accord de libre-échange avec les Etats-Unis. Accord de libre-échange Maroc-AELE ; Accord de libre-échange Maroc- Turquie ; Zone de libre-échange arabe⁵⁰¹ ; Accord avec les pays arabes méditerranéens

D'ailleurs, il faut rappeler que les échanges extérieurs du Maroc, revêtent une grande importance, particulièrement dans l'économie du pays. Cela peut être mesuré par rapport à la valeur totale des importations et des exportations et par rapport à celle du produit national brut.

L'analyse de la situation démontre tout simplement qu'il y a un déficit commercial : « la balance commerciale marocaine enregistre un déficit structurel. En effet les exportations ne couvrent que 50 % des importations⁵⁰². Comme le souligne l'économiste *Najib Akesbi* : « Nous sommes à près de 150 milliards de DH de déficits, avec un taux de couverture des importations par les exportations de moins de 50% »⁵⁰³.

En ce qui concerne les finances publiques, après de bons résultats financiers dans les dernières années, le budget public s'est détérioré en 2009 principalement à cause d'une politique coûteuse visant à maintenir la croissance et à réduire les exportations. Le Maroc a entamé depuis plusieurs années une politique de diminution des recettes en réduisant l'impôt sur les revenus et l'impôt sur les sociétés, ce qui affecte négativement l'économie, d'autant plus que ces réductions ne profitent qu'aux couches très favorisée, souligne l'économiste *Najib Akesbi* : « quand on baisse les taux supérieurs de l'impôt sur le revenu, ce dont ne profitent que les riches, au moment où l'on accentue l'imposition indirecte qui, elle, frappe aveuglément les consommateurs les plus modestes, et quand on baisse les taux de l'IS et distribue généreusement des faveurs fiscales aux grandes sociétés alors que les petits entrepreneurs et les professionnels modestes endurent l'arbitraire du système forfaitaire, voilà quelques exemples qui illustrent ce que j'appelle la contre-réforme fiscale⁵⁰⁴ ».

316. Dans le dernier rapport du FMI sur l'économie du Maroc en 2011 et 2012, ce dernier a souligné que la «situation financière continue de s'améliorer bien qu'elle reste exceptionnellement fragile». Ainsi il met en garde contre la menace que constitue la hausse des prix des produits de première nécessité : « la hausse des prix des denrées alimentaires et des matières premières constitue une menace pour les ménages pauvres et accentue les tensions sociales et économiques notamment au Moyen-Orient et en Afrique du Nord»⁵⁰⁵.

⁵⁰² Les exportations ne sont pas très diversifiées (secteur textile et habillement 35 % ; produits alimentaires et tabac 20 % ; phosphates 17 %). On note cependant le développement des exportations dans les secteurs électrique et mécanique. Les importations sont dominées par les biens d'équipement et de consommation (42%), les produits énergétiques et les lubrifiants (19%) et les produits alimentaires et le tabac (8,5%) »

⁵⁰³ Najib AKESBI, « Analyse de la situation économique au Maroc en 2011 », Finance NEW hebdo du 26 Mai 2011

⁵⁰⁴ Idem

⁵⁰⁵ Hakim CHALLOT, « Comment le FMI voit le Maroc en 2011 et 2012 », La Vie économique du 18 avril 2011

De ce fait, le FMI préconise de durcir les politiques macroéconomiques et prudentielles (pour les pays émergents et en développement) car le risque d'une augmentation de l'inflation est grand : «Etant donné les fortes hausses des prix de l'alimentation et de l'énergie, qui sont des composantes majeures des paniers de consommation, les travailleurs demanderont des salaires plus élevés», observent les experts. « Le FMI est en train de décrire une situation vécue par notre pays où l'Etat multiplie les efforts financiers pour subventionner les prix des produits alimentaires de base et des hydrocarbures »⁵⁰⁶. Il s'agit, en effet, d'un système instauré par les pouvoirs publics depuis les années 40 qui a pour objectif la stabilisation des prix des produits de base et la sauvegarde du pouvoir d'achat des consommateurs.

317. La caisse de compensation⁵⁰⁷, qui coûtait autour de 6 milliards de dirhams en 2000, a atteint 30 milliards de dirhams en 2010, pour atteindre les 52 milliards de dirhams en 2011⁵⁰⁸ : «si cette caisse a été longtemps citée comme un système salvateur, elle se transforme cette année en énorme macrophage de l'économie marocaine qu'il conviendrait de combattre »⁵⁰⁹. Ce chiffre accablant représente 23% du budget de l'Etat destiné à soutenir les prix des produits énergétiques : pain et sucre. En effet, en 2010 le coût de la caisse de compensation représentait près de 2/3 du budget d'investissement marocain et 5,5% du PIB.

Avec les changements politiques et économiques qu'a connus le monde en 2011, l'Etat marocain a voulu faire abstraction, en palliant les effets de la crise économique mondiale sur les marocains et anticiper des réformes pour ne pas être affecté par le « printemps arabe ».

Néanmoins, cette méthode ayant pour but de faire pour baisser les prix des produits basiques atteste d'un dysfonctionnement, notamment si elle n'arrive pas à remplir son vrai rôle qui consiste à soutenir le pouvoir d'achat des plus démunis. Il est bien connu que la caisse de compensation, depuis sa création a toujours profité qu'aux riches et aux industriels, souligne *Hicham El Moussaoui*, docteur-chercheur en économie : « En effet, 20% des ménages les plus aisés perçoivent 75% des subventions, tandis que les 20% plus démunis ne bénéficient que de 1% »⁵¹⁰. En ce qui concerne les entreprises, ils détournent les produits subventionnés destinés à l'usage domestique vers un usage industriel : « A titre d'exemple, les subventions profitent

⁵⁰⁶ Idem

⁵⁰⁷ Placée sous la tutelle du Premier Ministre et par délégation sous la tutelle du Ministre des Affaires Economiques et Générale. Cette Caisse a été créée au début des années 1940 et réorganisée par un dahir de 1977. Elle intervient dans le soutien des prix du sucre, du gaz butane et des produits pétroliers.

⁵⁰⁸ A.G, « Compensation: Un gouffre abyssal », L'économiste, édition n° 3690 du 2012/01/02

⁵⁰⁹ Fadwa MISK, « La Caisse de compensation coûte 5,5% du PIB », Le courrier de l'Atlas du 6 septembre 2011

⁵¹⁰ Hicham El MOUSSAOUI, « Réforme de la caisse de compensation marocaine : pour une nouvelle approche », Libre Afrique du 16 août 2011

principalement aux industries grandes consommatrices de sucre et de matières grasses telle l'industrie agroalimentaire, notamment les limonadiers et les pâtisseries qui, au lieu d'utiliser les sucres liquides, continuent à acheter du sucre subventionné pour le dissoudre dans l'eau afin de l'utiliser dans leurs fabrications »⁵¹¹.

A cause d'un manque de ciblage, les subventions de la caisse profitent aussi aux grandes multinationales : 4,5 milliards de dirhams de subventions pour le fioul en 2011 dont 1,5 milliard de dirhams va aux industriels du secteur privé et à l'Office Chérifien des Phosphates (OCP) et 3 milliards à l'Office National de l'Electricité (ONE).

De plus, la distribution de cette subvention ne prend pas en considération la disparité entre les régions du Maroc. En conclusion, tant que l'État procèdera à une allocation uniforme et forfaitaire des moyens budgétaires, il y aura toujours des bénéficiaires et des sous bénéficiaires. En tout cas, la caisse de compensation ne sera jamais le remède à une crise économique mondiale que même les pays développés ont des difficultés à surmonter.

318. Le Maroc a atteint dans le premier semestre de 2010 un taux de chômage de 10%. Ce taux est dû à plusieurs facteurs, dont le premier est le régime de croissance et les choix des secteurs sur lesquels repose l'économie marocaine, explique le HCP. Ses domaines ne créent pas suffisamment d'emplois pour faire face aux vagues annuelles massives des nouveaux demandeurs d'emploi⁵¹². Par ailleurs, « au-delà de la quantité d'emplois créés, il y a la qualité de ces emplois qu'il faut regarder de près. Si l'on observe les emplois créés par les secteurs dits moteurs de l'économie marocaine, à savoir l'agriculture, le BTP (Bâtiments et travaux publics) et le fourre-tout des services, on s'aperçoit qu'il s'agit surtout d'emplois précaires et de faible qualification. Pendant ce temps, l'industrie détruit de l'emploi au lieu d'en créer » ajoute l'économiste *Najib Akesbi*.

En outre, le taux de chômage ne cesse d'augmenter avec la fermeture de plusieurs entreprises ainsi que les nombreux licenciements qu'a connus le Maroc ces trois dernières années. Selon le ministère marocain de l'emploi, près de 60 entreprises ont fermé contre 57 entreprises durant la même période en 2009 : plus de 40% de fermeture d'établissements et 74,5% des effectifs licenciés ont été enregistrés dans le secteur du textile et du cuir (5.699 travailleurs licenciés sur un total de 7 645). Plus de 50% d'établissements ont été fermés et plus de 21,7% salariés ont été licenciés dans le secteur hôteliers, les transports et la restauration. En ce qui

⁵¹¹ Idem

⁵¹² Najib AKESBI, « Analyse de la situation économique au Maroc en 2011 », Finance NEW hebdo du 26 Mai 2011

concerne le secteur agricole, le haut-commissariat marocain au plan (HCP) a estimé à 83.000 le nombre de postes de travail perdus de juin 2009 à juin 2010.

Cependant, il est important de signaler que le taux de chômage annoncé par le HCP n'est pas tout à fait fiable. D'abord, il faut savoir que le marché du travail au Maroc est représenté par une structure duale composée de deux marchés, formel et informel. Une étude⁵¹³ a essayé de mesurer la taille relative de chacun des deux groupes : les fonctionnaires (gouvernement central et gouvernement local), les travailleurs dans les entreprises publiques et ceux couverts par la sécurité sociale (CNSS) constituent le secteur formel. Le secteur informel correspond alors à ce qui reste. A partir de là, il est difficile de parler d'une certitude au niveau des chiffres⁵¹⁴. Pourtant, le secteur informel est bien répertorié en tant que créateur d'emplois et fait partie du tableau de bord statistique de l'emploi au Maroc.

Ensuite, un emploi sur quatre (27,4%) n'est pas rémunéré au Maroc, comme les aides familiales et les apprentis. Parallèlement, une part importante de la force de travail est employée dans le secteur agricole. D'ailleurs, le monde rural connaît, depuis longtemps, le plein emploi : à 4,1 % le taux de chômage tire le taux global largement vers le bas et masquant dramatiquement les 18 % des diplômés chômeurs du monde urbain⁵¹⁵. En conséquence, comme dans de nombreux pays en développement, le chômage déclaré au Maroc est essentiellement un phénomène urbain qui touche essentiellement la catégorie de 15-24 ans avec un niveau d'éducation avancée.

Enfin, au-delà des chiffres, « la réalité marquante est que le « modèle de croissance » marocain s'avère incapable de trouver des solutions fiables et durables à la problématique de l'emploi. Or, qui dit emploi dit revenus, pouvoir d'achat, stabilité sociale... »⁵¹⁶. Il faut encore ajouter la stabilité familiale et l'évolution des droits de l'enfant. La situation économique des ménages ne cesse de faire prendre de l'ampleur du phénomène du travail des enfants.

2. L'accentuation du travail des enfants

⁵¹³ Pierre-Richard AGENOR et Karim El AYNAOUI « Politiques du marché du travail et chômage au Maroc : une analyse quantitative », *Revue d'économie du développement* 1/2005 (Vol. 19), pp. 5 et s.

⁵¹⁴ Abdelkhalek TOUHAMI, Aziz AJBILOU, Mohamed BENKASMI, « Mesures de la qualité de l'emploi au Maroc : Vers la construction d'un indicateur composite », Population Council, 2009, p.38

⁵¹⁵ Taux de chômage selon le Haut Commissariat au plan

⁵¹⁶ Najib AKESBI, « Analyse de la situation économique au Maroc en 2011 », Finance NEW hebdo du 26 Mai 2011

319. Le travail des enfants au Maroc est lié intrinsèquement à la pauvreté des parents pour la simple raison que les parents sont la seule source de revenus pour les enfants, puisque l'Etat ne procure pas d'allocations destinées aux enfants⁵¹⁷. Cette pauvreté, qui s'exprime plus particulièrement en termes monétaires, du fait de la réduction du revenu national.

320. Ce sont les différentes données macroéconomiques qui déterminent l'état de pauvreté des parents ainsi que les éléments de caractère social disponibles. L'indice de la pauvreté est induit, d'une façon directe, du revenu nominal moyen par habitant. En 2010, ce dernier a été de 439,9\$ par habitant. Cet indice à lui seul ne peut pas mesurer la vraie situation précaire des parents. A cause de cela, il est indispensable de se fonder directement sur les données de la situation économique et non matérielles des ménages : « l'approche multidimensionnelle du niveau de vie, basée sur des attributs monétaires et non monétaires des conditions de vie, pourrait être considérée comme une alternative à l'approche monétaire. Elle a l'avantage de tenir compte de la pluralité des dimensions quantitative et qualitative du bien-être, et d'en privilégier celles liées aux besoins fondamentaux de la population⁵¹⁸ ».

Tableau : Evolution des indicateurs de niveau de vie (année 2001-2007)

indicateurs	année		Taux d'accroissement annuel moyen en %
	2001	2007	2001-2007
Ratio de bien-être économique (dépense /seuil de pauvreté)	2.49	2.99	3.1
Indice de niveau de vie	2.11	2.48	2.7
Pauvreté monétaire	15.3	8.9	-8.6
Pauvreté en termes de conditions de vie	21.5	8.1	-15.0
Gini (dépenses de consommation)	0.406	0.407	0.0
Gini (indice de niveau de vie)	0.195	0.193	-0.2

A partir de ce tableau, il est bien évident que la pauvreté des ménages et spécialement monétaires. En outre, bien que la pauvreté en termes de conditions de vie des ménages ait

⁵¹⁷ Cet état peut durer jusqu'à l'âge adulte si les enfants sont en situation du non emploi.

⁵¹⁸ Intervention de Monsieur Abedeljaoued EZZRARI, Observatoire des conditions de vie des ménages, sur le site officiel d'haut commissariat au plan.

reculé rapidement entre 2001 et 2007, les familles souffrent encore d'un niveau budgétaire très bas, qui constitue le premier déclencheur du travail des enfants.

Cela dit, comment peut-on éviter aux couches vulnérables de la société d'être affecté par cette conjoncture économique ? Comment peut-on parler d'un droit de l'enfant à la parole ou au bien être sachant que le droit de niveau de vie suffisant n'est pas encore acquis ?

A ce sujet, il est pertinent de faire un aperçu sur l'état social au Maroc

B. L'état du « social » au Maroc

321. Malgré les efforts entretenus par le Maroc pour améliorer la situation du social⁵¹⁹, le recul de la pauvreté souffre de profondes disparités. Ainsi, « l'accélération relative de la croissance constatée au cours des années dernières a fait ressortir de nouvelles disparités affectant essentiellement les zones rurales, les populations urbaines et péri - urbaines vulnérables, et spécifiquement les jeunes et les diplômés dont le taux de chômage-anormalement élevé- atteint respectivement 34% et 26%⁵²⁰ ». Une conjoncture sociale peu attractive (1) frappe essentiellement les enfants dans leurs droits fondamentaux, puisque 38% d'enfants au Maroc souffrant d'au moins une privation parmi les critères d'un niveau de vie suffisant (logement, assainissement, eau, information et éducation) (2).

1. Aperçu général

322. Le dernier rapport du PNUD sur le Développement Humain (2011) a classé le Maroc au 130^{ème} rang mondial, une donnée qui, au-delà des aspects statistiques, traduit un niveau de progrès social qui ne correspond pas aux potentialités réelles du pays. Cette position du Maroc en matière de développement humain (130^{ème}) est à mettre en lumière, à titre d'exemple, avec son rang en matière des affaires⁵²¹ (94^{ème} rang en 2011).

Ainsi, le Maroc a su améliorer sa réglementation et son environnement des affaires pour attirer plus d'investisseurs internationaux. En revanche, il peine à améliorer les conditions de vie de sa population en termes de distribution des revenus de la santé et de l'éducation.

⁵¹⁹ Citant : L'initiative nationale pour le développement humain lancée le 18 mai 2005, l'adoption de la loi 65-00 portant code de couverture médicale de base en 2002.

⁵²⁰ Royaume du Maroc, Programme des Nations Unies pour le Développement, Projet d'Appui à la Société Civile en soutien à l'Initiative Nationale de Développement Humain (PASC-INDH), 2009, p.3

⁵²¹ C'est à dire le premier sur les 10 pays les plus réformateurs parmi les 183 pays recensés par le «Doing Business», classement établi par le groupe de la Banque Mondiale.

Autrement dit, cette différence traduit une mauvaise fonction de transformation de la croissance et de la richesse en bien-être social et humain.

Désormais, pour mesurer le développement humain, il existe l'indice de développement humain (IDH) qui met l'accent sur trois indicateurs:

- l'espérance de vie à la naissance (qui mesure le niveau de santé générale d'un pays) ;
- l'éducation (à travers les taux de scolarisation et d'alphabétisation) ;
- le revenu par habitant (à partir du PIB indexé sur le pouvoir d'achat pour mesurer l'accès des individus aux ressources).

Pour calculer cet indice statistique, le Programme des Nations-Unies pour le développement (PNUD) se base sur des données de la Banque mondiale pour ce qui est du PIB, de l'Unesco pour l'alphabétisation et la scolarisation et de la Division de la population des Nations-Unies pour l'espérance de vie à la naissance. A leur tour, ces trois institutions utilisent les données statistiques nationales. Toutefois, la fiabilité des données nationales restent incertaines. En effet, bien que le Maroc ait adhéré, depuis 2005, à la Norme spéciale de diffusion des données (NSDD) du FMI, les informations statistiques communiquées ne cessent de se contredire.

323. En dépit de cela, il est incontestable que le niveau de pauvreté au Maroc n'est pas satisfaisant. Selon les statistiques disponibles en 2009 « 2,8 millions de personnes sont pauvres et 5,4 millions de personnes sont vulnérables. Entre les deux catégories, c'est bien plus du quart de la population marocaine qui se trouve dans une situation peu enviable. En outre, comme on peut l'imaginer, les autres formes de précarités sont aussi présentes et persistantes. Il s'agit de celles qui couvrent les aspects non monétaires comme l'accès à la santé, à l'éducation, au logement décent, aux autres services de base etc.⁵²² ».

Les dernières enquêtes sur la pauvreté publiées par le HCP datent de 2007. Elles affichent un taux de 11%, quoique, selon l'indice multidimensionnel de pauvreté (IMP)⁵²³, créé par l'université d'Oxford pour le compte des Nations unies, le taux de pauvreté grimpe brutalement de 28% contre 11% (8,9 millions de pauvres). Cet indice prend en compte tous les aspects multidimensionnels de la pauvreté, ce que ne permettent pas les simples mesures

⁵²² Abdelkhalek TOUHAMI, 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, p. 2

⁵²³ L'*Oxford Poverty and Human Development Initiative* (OPHI) de l'université d'Oxford et le Bureau du Rapport sur le développement humain du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) ont lancé en juillet 2010 une nouvelle mesure de la pauvreté présentant un tableau « multidimensionnel » des personnes vivant dans la pauvreté qui selon ses créateurs pourrait contribuer à cibler les ressources de développement de manière plus efficace.

du revenu. Il faut cependant noter que l'utilisation de ce nouvel indice par le PNUD a suscité, au Maroc, une sorte de malaise en provoquant des réactions comme celui du haut-commissaire au plan *Ahmed Lahlimi* qui a proclamé dans une interview avec le *Matin*⁵²⁴ que : « le PNUD ne compte ni cautionner ni adopter l'indice d'Oxford ».

324. Par ailleurs, la pauvreté au Maroc touche massivement le monde rural (60%) qui constitue 45% de la population marocaine et plus particulièrement les femmes et les enfants. Dans les régions urbaines, la pauvreté se traduit par le chômage notamment des jeunes diplômés, l'emploi informel et le sous-emploi ainsi qu'une insuffisance d'infrastructures et de services.

Nous pouvons résumer les révélateurs de la pauvreté dans les données suivantes:

- Environ 11 % de la population rurale n'a pas accès à l'électricité ;
- 21 % de la population du pays n'a pas accès à une source d'eau potable ;
- Plus de 50% des villages ne dispose pas de routes praticables, ce qui rend difficile, l'accès au marché et aux services sociaux (dans le cas où il y en a un) ;
- Par ailleurs, le Maroc ne dispose pas d'un système global de protection sociale notamment pour les non-salariés (secteur informel et secteur agricole). Cela est le résultat d'un système de santé marocain « confronté à une multitude de problèmes liés essentiellement à la double transition démographique et sanitaire, à l'insuffisance de la dotation du secteur et à l'iniquité dans le financement des soins. Le financement collectif de la santé ne concerne que 41% des dépenses globales de santé. Seuls 5 millions de marocains, jusqu'à 2006, bénéficient d'une couverture médicale, alors que le reste de la population se rabat sur le certificat d'indigence et ce malgré un système de couverture sociale mis en place depuis 40 ans⁵²⁵ ».

En outre, la Caisse nationale de sécurité sociale est quasiment absente dans le monde rural et à peine 50 à 60.000 assurés relèvent du secteur agricole, alors que les activités agricoles participent pour plus de 42% du marché national de l'emploi.

325. Dans le rapport de la Banque mondiale « se soustraire à la pauvreté au Maroc de 2007 »⁵²⁶, les chiffres concernant la pauvreté restent inquiétants. Selon cette étude, « Une

⁵²⁴ Ahmed LAHLIMI, « Le PNUD ne compte ni cautionner ni adopter l'indice d'Oxford », Haut-Commissaire au Plan (HCP), entretien fait par Wadie El MOUDEN, *Le Matin* du 19 septembre 2010

⁵²⁵ Rachid TATOUDI, « La sécurité sociale au Maroc : défis, enjeux et mutations des valeurs », Thèse de Doctorat, Université Abdelmalek Saadi de Tanger, ENCG, 2008, diffusée sur le site de mémoire en ligne.

⁵²⁶ - 15% de la population, soit près de 5 millions de personnes, vit en situation de pauvreté

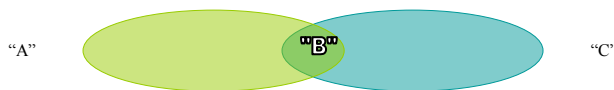
- 25% la population, soit près de 8 millions de personnes, vit au seuil ou en dessous du seuil de pauvreté ;

conclusion est claire : que la pauvreté implique de multiples formes d'exclusion des services, des réseaux sociaux, et du pouvoir, et que le bien-être ne dépend pas seulement du revenu mais du sentiment d'inclusion et de dignité ».

2. Un générateur de la pauvreté des enfants

326. Ainsi, la pauvreté touche une très grande partie des enfants directement et indirectement. Dans une étude réalisée par l'université de Bristol pour le compte de l'UNICEF : « Étude mondiale sur la pauvreté et les disparités chez les enfants 2007-2008 », la pauvreté des enfants s'intègre comme partie vitale du débat général sur la pauvreté. Cette étude se base sur une approche impliquant trois modèles :

Figure 1 : Approches traitant de la pauvreté des enfants : trois modèles⁵²⁷



Le modèle (A) représente une approche simpliste de la pauvreté des enfants. Elle la considère comme un aspect de la pauvreté, en général. Cette approche doit être rendue plus spécifique.

- Le modèle (B) assimile la pauvreté des enfants à la pauvreté de leur milieu familiale. Il se rapproche de plus près la réalité des enfants plus que le premier modèle.
- Le modèle C, selon cette étude, est le mieux placé pour mesurer directement la pauvreté des enfants en termes de privations matérielles, affectives et spirituelles ainsi que leur bien-être.

D'après cette approche, l'Unicef a réalisé une description de la pauvreté des enfants, inspirée par les principes de la Convention relative aux droits de l'enfant, centrée sur les ressources dont les enfants ont besoin pour survivre et grandir :

- 50% de la population vivant au-dessus du seuil de pauvreté sont considérés comme " économiquement vulnérables " aux maladies et invalidités, aux intempéries, ou à la perte d'un emploi.

- 40% de la population marocaine, soit 13 millions de personnes, font face soit à des difficultés pour maintenir un mode de vie modeste ou tout simplement pour survivre au jour le jour.

- 2,5 millions d'enfants, principalement des filles rurales, ne vont pas à l'école

83% des femmes en milieu rural sont toujours analphabètes

⁵²⁷ www.unicef.org/socialpolicy/files/GlobalStudyGuide_French.doc

« Les enfants vivant dans la pauvreté sont privés de nutrition, d'eau et d'installations sanitaires, d'accès 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 membres à part entière ⁵²⁸ ».

327. Bien que l'approche fondée sur le modèle C soit très efficace. Elle est néanmoins inapplicable pour les pays pauvres et en développement. D'abord, à cause des données statistiques qui sont particulièrement rares, et ensuite parce que dans ces contextes-là, on est bien loin de parler d'un bien-être des enfants, ce qui inclut les aspects matériels et non matériels de la pauvreté. En dehors des pays riches⁵²⁹, les privations non matérielles des enfants ne sont pas à l'ordre du jour.

En conséquence et à cause de ces contraintes, l'étude de Bristol s'est appuyée sur le deuxième modèle (B) en procédant à une estimation du nombre d'individus frappés par la pauvreté. Cette étude a utilisé l'expression de « pauvreté absolue » pour les cas où des enfants étaient exposés à deux privations sévères ou plus. Les dimensions et indicateurs utilisés dans cette étude sont les suivants :

- Logement : enfants vivant dans une habitation avec cinq personnes ou plus par pièce et sans revêtement de sol.
- Installations sanitaires : enfants qui n'ont pas accès à des toilettes quelles qu'elles soient.
- Eau potable : enfants utilisant des eaux de surface (rivières, mares, ruisseaux et rétentions de barrages), ou à qui il faut un minimum d'une demi-heure pour aller chercher de l'eau et revenir.
- Information : enfants (de plus de 2 ans) n'ayant pas accès à une radio, une télévision, un téléphone, un journal ou un ordinateur (c'est-à-dire toutes les formes de médias).

⁵²⁸ Idem

⁵²⁹ Désormais, dans ces pays il existe un indice de bien être des enfants. Cet indice peut être utilisé pour mesurer le degré du respect des droits de l'enfant dans un Etat. Ainsi, il est noté par Bradshaw et autres, « ... du point de vue des droits de l'enfant, le bien-être peut être défini comme la réalisation des droits de l'enfant et celle de l'occasion offerte à chaque enfant d'être tout ce qu'il ou elle peut être à la lumière des capacités, du potentiel et des talents présentés par cet enfant. Le degré de réalisation de cet objectif peut être mesuré en termes de résultats positifs pour les enfants, alors que les résultats négatifs et les privations démontrent que les droits de l'enfant ont été négligés. » Jonathan Bradshaw, Petra Hoelscher and Dominic Richardson, D 2007, Comparing Child Well-Being in OECD Countries : Concepts and Methods.. 2006-03. Florence, Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF.

- Nourriture : enfants qui se situent à plus de trois écarts-types au-dessous de la population internationale de référence pour leur taille par rapport à leur âge, leur taille par rapport à leur poids, et leur poids par rapport à leur âge. Cela est également connu sous le nom de dénutrition anthropométrique sévère.
- Éducation : enfants (de plus de 6 ans) d'âge scolaire qui ne sont jamais allés à l'école ou qui n'y vont pas actuellement.
- Santé : enfants qui n'ont reçu aucune vaccination, ni aucun traitement contre une maladie récente mettant en jeu une infection respiratoire aiguë ou des diarrhées.

328. En somme, la pauvreté dans un pays est l'expression claire de la pauvreté de ses enfants et vice versa. Si, plus de 38% d'enfants au Maroc, en comptant les enfants moins de 18 ans, ont au moins une privation parmi les 5 critères (logement, assainissement, eau, information et éducation)⁵³⁰, les enfants qui présentent les risques les plus élevés de privations sont ceux vivant dans des ménages de taille 2 sur 5 et plus, de chef de ménage homme, d'aucun niveau d'instruction ou niveau primaire, du premier et second quintile du bien-être⁵³¹.

329. En s'arrêtant sur le niveau d'instruction, jusqu'à 2004 le taux d'analphabétisme au Maroc atteignait les 43%⁵³², un taux plus élevé que celui de la Tunisie et de l'Algérie. Il faut souligner que l'analphabétisme se distingue de la littératie puisque le premier est l'incapacité totale de lire et d'écrire et le second est l'aptitude à comprendre et à utiliser l'information écrite dans la vie courante à la maison, au travail et dans la collectivité en vue d'atteindre des buts personnels et d'étendre ses connaissances et ses capacités⁵³³. Malgré les efforts entrepris pour lutter contre l'analphabétisme, le Maroc compte encore 8 millions d'analphabètes. D'ailleurs, Le ministre de l'Education nationale, de l'enseignement supérieur, de la formation des cadres et de la recherche scientifique a annoncé que les « les efforts déployés par l'Etat en matière d'alphabétisation, ont permis de réduire le taux d'analphabétisme de 43% en 2004 à environ 30% en 2010 ». Cette réduction est très loin de l'objectif fixé par le Maroc qui était, en principe, de réduire le taux d'analphabétisme à moins de 20% en 2010 et l'éradiquer complètement en 2015.

⁵³⁰ Le chiffre avancé par l'enquête nationale à indicateur multiples et santé des jeunes 2007-2006 (MICS)

⁵³¹ Idem

⁵³² Mohammed BOUGROUM et Aomar IBOURK, Paul LÖWENTHAL « La politique d'alphabétisation au Maroc : quel rôle pour le secteur associatif ? », *Mondes en développement*, 2006/2 n°134, p. 64

⁵³³ OCDE, La littératie à l'ère de l'information, Rapport final de l'Enquête internationale sur la littératie des adultes, Canada, 2000, p. 5

Ceci dit, le niveau d'instruction des parents est très lié au respect des droits de l'enfant notamment si nous savons que les femmes représentent le taux le plus élevé des analphabètes (50,8% en 2009). En effet, la plupart des parents analphabètes et pauvres, en même temps, ont du mal à transmettre un héritage intellectuel à leurs enfants ou à les inciter à se rendre à l'école, d'autant plus si l'accès aux structures éducatives est presque impossible. Le problème de l'analphabétisme nous conduit à un autre, touchant directement les enfants : celui de l'éducation au Maroc⁵³⁴.

330. En l'occurrence, la situation sociale actuelle du Maroc devient un obstacle lourd au développement des droits de l'enfant et à l'amélioration générale des conditions de vie et de l'épanouissement de celui-là.

A l'instar de cette conjoncture peu agréable, le Maroc a entrepris un ensemble de programmes visant des thèmes sociaux tels que la lutte contre la pauvreté, le logement, l'alphabétisation...etc. Il s'agit « de la plupart des initiatives « participatives » ou de promotion de l'auto-entrepreneuriat lancées dans le cadre de nouvelles institutions, inaugurées en grande pompe⁵³⁵ ». Nous parlons de l'Initiative Nationale du Développement Humain (INDH) de 2005, la fondation Mohamed V pour la solidarité créée en 1999 sous la présidence de Mohamed VI et l'agence de développement social, de la famille et de la solidarité créée en 2004.

Toutes ces initiatives lancées directement par l'institution royale veulent recouvrir tous les chantiers du social en impliquant les services publics comme privés, y compris les citoyens. L'exemple de l'INDH⁵³⁶ est très claire, comme le souligne Myriam Catusse : « le caractère multisectoriel de l'INDH a renforcé ce sentiment : chaque personne mais également chaque institution, est concernée par le problème, érigé en une cause nationale pour laquelle Mohammed VI appelle à l'union sacrée⁵³⁷ ».

Cependant, ces initiatives procèdent toutes de la même façon celle d'encourager les citoyens à « prendre leur destin en mains », en cherchant à créer leur propre emploi en facilitant l'accès au micro crédit, à encourager la génération de revenus et à l'accès à certains services de base. Cette façon de voir « le social » décharge les pouvoirs publics d'élaborer un vrai modèle de

⁵³⁴ Nous traitons la question de l'éducation et la santé de l'enfant en profondeur dans la deuxième partie de la thèse

⁵³⁵ Myriam CATUSSE, *op. cit.*, pp. 67,68

⁵³⁶ Cf. Irène BONO, « Pauvreté, exception, participation. Mobilisations et démobilitations dans le cadre de l'INDH au Maroc » in *L'Etat face aux « débordements » du social au Maghreb* par Myriam CATUSSE, Blandine DESTREMAU et Eric VERDIER Karthala, Paris, pp. 229 et s.

⁵³⁷ Myriam CATUSSE, *op. cit.*, p. 69

protection sociale. Ces institutions, dont la plupart mènent des actions ponctuelles, ne donnent pas aux citoyens des droits sur l'Etat ou la société⁵³⁸. Elles ne font que pallier les défaillances de l'absence des droits sociaux au Maroc « délaissant l'objectif d'un salariat généralisé (avec les protections afférentes), les réorientations de ces politiques ciblent la « pauvreté », la « vulnérabilité sociale » et la « responsabilité individuelle » plus que les « droits sociaux », la « protection des travailleurs », la « solidarité collective » ou la « réduction des inégalités sociales ⁵³⁹».

Certes, l'Etat a exprimé ces dernières années « une ambition sociale » sauf que cela n'est pas suffisant dans un pays où « l'état du « social » au Maroc est alarmiste »⁵⁴⁰. Désormais, et particulièrement après la déclaration des dernières données du PNUD, il ne s'agit plus de se baser sur des politiques menées à coup de slogans et d'effets d'annonces. Il est temps de reconnaître dans le droit et dans le fait des droits sociaux à tous les marocains.

Finalement, l'adoption d'une politique sociale équilibrée ne peut que se traduire positivement sur les enfants. De cette manière, les droits de l'enfant auront un terrain favorable et prédisposé pour qu'ils soient, véritablement, reconnus et respectés.

⁵³⁸ Il faut noter que ces institutions font l'objet de peu de contrôles du parlement.

⁵³⁹ Myriam CATUSSE, *op. cit.*, p. 69

⁵⁴⁰ Myriam CATUSSE, « Le « social » : une affaire d'Etat dans le Maroc de Mohammed VI », *Confluences Méditerranée*, 2011/3 n° 78, p. 66

Conclusion du Titre II :

331. Le droit musulman constitue, toujours, une référence centrale pour les pays du Maghreb et notamment au Maroc, bien que ce dernier connaisse d'autres sources de droit. En matière des droits de l'enfant, le droit musulman a son mot à dire sans pour autant utiliser les mêmes termes que le droit positif national ou international. En adoptant une perception singulière de l'être humain en général, l'enfance de ce dernier est considérée, en droit musulman, comme une étape cruciale de sa vie. Ainsi, les sources scripturaires interprétées par la jurisprudence se sont intéressées à l'enfant avant sa naissance, c'est-à-dire dès la fondation de la famille. Les conditions de l'accueil du jeune enfant font partie de ses droits fondamentaux en droit musulman. Jusqu'à la puberté, l'enfant reste irresponsable juridiquement et bénéficie de l'attention et de la clémence de tout le monde. Dépassant cette période, l'enfant commence à faire sa rentrée dans le monde des adultes en jouissant entièrement de sa liberté et en assumant, en parallèle, ses responsabilités. Ainsi, la perception des droits de l'enfant en droit musulman, malgré sa particularité, ne constitue pas une résistance aux droits de l'enfant reconnus par la CIDE. Elle constitue surtout une autre vision acceptable des droits de l'enfant.

332. Cependant, la complexité réside dans la nature composite du système juridique des pays adoptant le droit musulman, dont le Maroc. En effet, la double référence de l'ordre juridique marocain relatif à l'enfant au droit musulman et au droit international engendre quelques contradictions et crée beaucoup d'amalgames puisqu'aucune des deux références n'est véritablement mise en œuvre. De plus, la référence à la CIDE dans les décisions concernant l'enfant reste encore un discours élitiste et politique en face d'une population ayant comme seule source d'inspiration les quelques principes attribués à « l'Islam ».

333. La complexité du contexte juridique marocain est accentuée par des obstacles d'ordres politique et socio-économique qui mettent en difficulté la réalisation des droits de l'enfant comme indiqués dans la CIDE. Avec un bilan des droits de l'Homme mitigé, des données macro-économiques au-dessous de la moyenne mondiale et un système social très faible, la situation des enfants au Maroc n'est pas prête de s'améliorer rapidement. Sans un vrai changement démocratique et des outils pédagogiques efficaces, ni la ratification de la CIDE ni son intégration dans la loi nationale ne sont suffisantes.

Malheureusement, les réticences à l'universalité des droits de l'enfant sont plus réelles que la portée de la Convention elle-même. C'est pourquoi, une évaluation du texte international n'est pas une proposition insignifiante⁵⁴¹. Avant d'arriver à cela, la majorité des Etats parties à la CIDE ont entamé, chacun selon leur prédisposition, la dynamique de la concrétisation des droits de l'enfant.

⁵⁴¹ Philippe DE DINECHIN avait proposé dans sa thèse une évaluation de la CIDE: « Près de quinze années après sa proclamation, la CIDE doit être évaluée », *op. cit.*, p. 242

Conclusion de la Première Partie :

334. La consécration internationale des droits de l'enfant est l'aboutissement d'un changement opéré au niveau de l'esprit quant à l'enfance. Des idées d'origine philosophique ont été à l'origine d'un changement progressif au niveau juridique, politique et social.

Au niveau juridique, l'adoption de la CIDE en 1989 a été un grand événement sans précédent dans l'histoire de l'enfance. Pourtant, il existait d'autres textes internationaux consacrant des principes plus proches de la nature de l'enfant et qui ne réduisaient pas la situation des enfants à une question de droits. Il est vrai, en comparant les dispositions de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 à celles de la CIDE, on aperçoit que cette dernière avait pour principal objectif « la libération de l'enfant ». Elle est, comme le souligne Irène Thèry, porteuse d'une nouvelle idéologie des droits de l'enfant. C'est pour cela qu'il est difficile voire même, sans exagération, impossible, de mettre en application l'ensemble de droits qu'elle dispose.

335. Les critiques et les points faibles de la CIDE n'en diminuent en rien sa valeur juridique ni symbolique. Grâce à cette Convention, « les droits de l'enfant s'insèrent dans les constitutions et de nouveaux codes de l'enfant sont élaborés⁵⁴² ».

La ratification unanime du texte international par les Etats du globe a fait croire que celui-là ne posait aucun problème. Ni son idéologie, ni les différents droits qu'il consacre à l'enfant n'ont été remis en cause par les signataires de la CIDE. A part un nombre de réserves émises par quelques Etats, tout s'est bien déroulé. Une fois la CIDE ratifiée, les pays développés, Etats prédisposés à l'idée des droits de l'enfant, ont commencé à faire leurs preuves tandis que les autres s'en sont arrêtés aux promesses.

En effet, si la Convention, en elle-même, ne propose qu'un comité de contrôle, il est normal que l'aspect contraignant de celle-là ne soit pas aussi effectif. L'enjeu de la CIDE, qui est la concrétisation des droits de l'enfant réellement, n'est pas encore pris au sérieux par les Etats ne respectant pas ces droits.

336. C'est pourquoi les réticences à la CIDE sont malheureusement réelles et non pas de simples oppositions. Il faut dire qu'il ya bien des problèmes que pose l'idéologie sur laquelle se base la CIDE, les droits qu'elle accorde à l'enfant créent des conflits de droit comme de fait, le « prototype » de l'enfant préposé ne convient pas à toute les cultures

⁵⁴² Philippe DE DINECHIN, *op. cit.*, p. 241

juridiques, ni à tous les contextes politique et socioéconomique. Finalement, la CIDE a été l'occasion pour les Etats non respectueux des droits de l'Homme, de se cacher derrière une ratification symbolique...

Ces vérités qui bloquent le débat sur les droits de l'enfant ne sont pas impossibles à dépasser. D'ailleurs, la dynamique est déjà lancée mais il faut, surtout, la préserver et la faire progresser avec plus de volonté, d'honnêteté et une réelle remise en cause.

Deuxième Partie

Les droits de l'enfant : une dynamique de concrétisation

337. La consécration des droits de l'enfant est un processus progressif lancé, tout au début, par des réflexions purement théoriques, jusqu'à ce qu'elle soit devenue une réalité juridique avec l'adoption de la CIDE en 1989. Cependant, la consécration juridique des droits de l'enfant n'est qu'un début. D'ailleurs, l'enjeu de toute norme juridique est qu'elle se traduit dans les faits, qu'elle soit applicable et appliquée. En ratifiant la CIDE, tous les Etats parties se sont engagés à « respecter les droits qui sont énoncés dans la (...) Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction⁵⁴³ » en prenant « toutes les mesures législatives, administratives et autres mesures appropriées⁵⁴⁴ ». C'est ainsi que l'effectivité de la CIDE peut être mise en place (Titre I).

338. La mise en œuvre des droits de l'enfant selon la CIDE passe d'abord par l'intégration des dispositions de celle-là dans les lois internes. Elle doit « servir de point de référence et de source d'inspiration principale dans tout ce qu'entreprennent les gouvernements⁵⁴⁵ ». Néanmoins, est-il-suffisant d'intégrer la CIDE dans les lois nationales pour que les enfants de ces nations puissent jouir de leur droits ? Établir un arsenal juridique reconnaissant à l'enfant le droit à la santé ou le droit à l'éducation est-t-il l'outil idoine pour faire baisser les mortalités infantiles et pour remettre l'enfant à l'école ?

339. Parallèlement à ces interrogations, d'autres dérives émergent d'une volonté « intrépide » de concrétiser les dispositions de la CIDE, sachant que la conciliation des droits contradictoires exigeant à la fois plus de protection et plus de liberté constitue une aventure risquée.

Entre manquements et dérives des droits de l'enfant, il est opportun de chercher une effectivité de la CIDE qui réponde à tous les contextes et notamment à toutes les prédispositions. D'ailleurs, l'essentiel dans la question des droits de l'enfant réside en ce que

⁵⁴³ Article 2-1 de la CIDE

⁵⁴⁴ Article 2-2 de la CIDE

⁵⁴⁵ http://www.unicef.org/french/crc/index_30208.html

ces derniers soient reconnus et respectés et non pas forcément la Convention en elle-même. En fin de compte, le texte international n'est qu'un outil qui doit, lui aussi, pourquoi pas, être réévalué (Titre II).

Titre I : L'établissement de l'effectivité de la CIDE

340. Bien qu'« on considère que la détermination de l'effectivité d'une règle de droit relève de la sociologie du droit, plutôt que du droit au sens strict, l'effectivité d'une convention internationale se pose avant tout en termes de réception du traité par les ordres juridiques internes⁵⁴⁶ ». D'ailleurs, le texte de la Convention internationale des droits de l'enfant affirme explicitement dans son article 4 que « les États s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention ». En effet, la réception de la norme internationale par les textes et pas le juge est le moyen pour assurer l'effectivité des droits proclamés par la CIDE.

Ainsi, la ratification de la CIDE par les Etats parties est une première étape dans le processus de son effectivité puisqu'ils prennent l'engagement de mettre en œuvre les dispositions de celles-là.

341. Néanmoins, la ratification d'un traité international reste un acte symbolique si celui-ci n'est pas intégré dans les lois nationales. Autrement dit, l'applicabilité de la CIDE et son application au niveau de la pratique sont les deux garanties de son effectivité. C'est pourquoi, l'applicabilité de la norme internationale permet à cette dernière de conférer par elle-même des droits aux particuliers : c'est-à-dire que la CIDE soit invocable devant les juridictions internes, que ce soit par les requérants, ou d'office par le juge. C'est grâce à ce mécanisme que la Convention peut avoir du sens vis-à-vis des enfants « véritables titulaires de ces droits ». (Chapitre I).

342. En outre, pour garantir l'effectivité de la CIDE, l'Etat signataire doit mettre en conformité ses lois avec les dispositions de la Convention en modifiant celles qui ne seraient pas conformes à la CIDE et à en voter éventuellement de nouvelles (Chapitre II).

En effet, dans les deux systèmes juridiques étudiés, français et marocain, des démarches ont été entreprises pour établir l'effectivité de la CIDE et ainsi des droits de l'enfant, chacun selon ses prédispositions. Cependant, elle demeure inachevée pour l'un comme pour l'autre.

⁵⁴⁶ Marc PICHARD, « L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode », *Petites affiches*, 07 octobre 2010 n° 200, p. 7

Chapitre I : L'applicabilité de la CIDE en droit français et marocain

343. L'applicabilité directe de la CIDE renvoie à la question générale de la relation entre le droit international et le droit interne. La place du droit international au regard du droit interne dépend premièrement des deux conceptions moniste et dualiste. Il s'agit de savoir, donc, si le droit international acquiert une validité immédiate à l'intérieur du pays (système moniste) ou s'il est d'abord nécessaire de le transposer en droit national (système dualiste). Deuxièmement, il faut déterminer lequel du droit national ou du droit international, prime sur l'autre. Troisièmement, l'applicabilité du droit international par le juge interne peut être directe, comme effectuée au travers d'un acte normatif édicté par le législateur (Section 1).

344. Ces trois facteurs font que les Etats ne réceptionnent pas le droit international de la même façon. Si la France a défini les conditions pour qu'une norme internationale soit applicable par le juge français, le Maroc est resté longtemps silencieux sur la question quant à laquelle des deux normes prime. Ainsi, sans arriver à déterminer l'applicabilité du droit international par le juge marocain, la CIDE est jusqu'à aujourd'hui inapplicable devant les juridictions marocains (Section 2).

345. Finalement, Bien que les décisions rendues par la Cour de cassation reconnaissant l'applicabilité directe de l'article 3-1, de l'article 12-2 et d'autres articles de la CIDE marquent un grand avancement de la jurisprudence dans ce sens, on se demande si l'applicabilité des autres dispositions ou de la Convention en intégrale reste une perspective d'avenir ? La même question se pose pour le Maroc mais avec plus de fermeté : est-ce que le juge marocain pourra prendre dans l'avenir l'initiative d'appliquer directement les dispositions de la CIDE ? (Section 3)

Section 1 : Les conditions de l'applicabilité de la CIDE

346. En France, pour qu'une Convention soit directement applicable dans l'ordre juridique interne, elle doit répondre à certaines conditions. Premièrement : l'applicabilité immédiate de la norme internationale, c'est-à-dire qu'elle ne nécessite pas de mesure interne d'exécution. Deuxièmement : la norme internationale doit créer des droits subjectifs invocables par et pour le particulier, elle est ainsi d'effet direct. Celui-ci est le seul mécanisme qui puisse garantir l'effectivité des dispositions conventionnelles et ainsi être applicables par les juridictions internes⁵⁴⁷ (paragraphe 1).

347. En ce qui concerne le Maroc, il n'y a aucun texte juridique qui définisse les conditions de l'applicabilité d'une norme internationale. La Constitution de 2011 a simplement affirmé la supériorité de la norme internationale d'un traité signé et ratifié aux normes internes (paragraphe 2).

Paragraphe 1: L'effet direct élargi et assoupli avec l'arrêt GISTI 2012

348. « Si l'application interne d'une norme internationale est régie par les règles constitutionnelles de chaque État, son applicabilité directe conditionne sa justiciabilité, son invocation par des requérants⁵⁴⁸ ». Ainsi, pour qu'une norme internationale soit directement applicable devant les juridictions internes, elle doit d'abord créer des droits et des obligations vis-à-vis des particuliers, et ensuite il faut que le juge interne puisse l'appliquer sans que des mesures exécutoires soient prises au préalable. D'ailleurs « traditionnellement, l'applicabilité directe peut être entendue comme l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur⁵⁴⁹ ».

349. Il s'agit alors de deux critères essentiels qui régissent l'applicabilité directe : premièrement la norme internationale ne nécessite pas de mesure interne d'exécution. Elle est alors d'applicabilité immédiate. Secondement : la norme internationale doit créer des droits subjectifs invocables par et pour le particulier, elle est ainsi d'effet direct.

⁵⁴⁷ Raphaël ENCINAS DE MUNAGORRI, « Qu'est-ce qu'un texte directement applicable », *RTDCiv*, 2005, p. 556.

⁵⁴⁸ Taxil BERANGERE. Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 59 n°1, 2007. p. 159

⁵⁴⁹ Joe VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980-2, p. 243.

Or, avant de parler d'une applicabilité directe de la norme internationale, il faut franchir le problème que pose l'exécution du droit international et sa relation avec le droit interne⁵⁵⁰ : c'est ce qu'on appelle : l'application interne d'une norme internationale. Sur ce point, deux théories ont été élaborées : le dualisme et le monisme en droit international.

Si le premier considère que le droit interne et le droit international sont deux choses distinctes : « la conception dualiste des deux ordres juridiques conduit à une stricte isolation du droit interne par rapport à l'extérieur⁵⁵¹ », le second, fait de la norme internationale et la norme interne une seule norme applicable devant les juridictions et par les justiciables eux même.

350. Pendant longtemps, la France a appliqué la théorie dualiste, ce qui signifie qu'aucune règle internationale ne pouvait être appliquée en droit interne et être invoquée par les requérants ni même conférer des droits aux particuliers sans qu'elle soit d'abord transposée en droit interne.

C'est à partir de la Constitution de 1946 que la France a adopté la théorie moniste par le biais de ses articles. Tout d'abord, le préambule de 1946, et son alinéa 14 dispose que :

« La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit international public ». Sans, pour autant, préciser les modalités de l'application des règles internationales, la Constitution de 1946 affirme sa position par rapport aux textes internationaux qui sont désormais, au même niveau que ceux des droits internes « les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le même cas où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application, d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification⁵⁵² ».

Ce n'est qu'avec la Constitution de 1958 que la France va affirmer explicitement la supériorité du droit international sur le droit interne, et notamment sur la loi. Il s'agit de l'article 55 qui dispose : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou

⁵⁵⁰ Cf. Paul REUTER, Ange BLONDEAU, Nicole QUESTIAUX, Louis DUBOUIS, David RUZIE, *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Armand. Colin, 1972, 128p ; Joël RIDEAU, « Droit international et droit interne français », Paris, Armand Colin, 1971, 111 pages ; Abdelkhalek BERRAMDANNE, *La hiérarchie des droits, droits internes et droit international et européen*, l'Harmattan, 2002, 276p

⁵⁵¹ Hermann MOSLER, *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, Recueil des cours, Vol. 091 (1957), p.635

⁵⁵² Article 26 de la Constitution de 1946

traité, de son application par l'autre partie ». À partir de cette date, les dispositions internationales peuvent être applicables directement en droit interne si les trois conditions sont remplies : ratification (ou approbation), publication et réciprocité. Le particulier donc ne peut invoquer la norme internationale devant les juridictions internes à l'encontre d'une autre disposition interne qu'à l'encontre d'un acte commis par un autre particulier.

Néanmoins, l'applicabilité directe de la norme internationale n'est pas systématique, même si elle peut s'appliquer en droit interne. S'agissant des deux éléments qui doivent se mêler pour que les justiciables puissent invoquer l'applicabilité de la règle internationale, la jurisprudence française marque un revirement attendu qui renouvelle la notion d'effet direct en l'adaptant au développement du droit international. Cette avancée jurisprudentielle revoit cette conception qui « n'était plus en phase avec le formidable développement du droit international, et tout particulièrement des traités « lois ». Surtout, au fil du temps, en l'absence de définition claire dans la jurisprudence, les critères de l'effet direct étaient devenus passablement obscurs et relativement restrictifs. Certains arrêts attachaient ainsi une grande importance à la rédaction, en écartant l'effet direct des stipulations commençant par la formule « les Etats veillent à... » Ou « les Etats s'engagent à... »⁵⁵³ ».

351. Il s'agit de l'arrêt d'assemblée du 11 avril 2012⁵⁵⁴ complétant la jurisprudence GISTI⁵⁵⁵ et donnant un nouveau mode d'analyse de la théorie de l'effet direct.

Selon l'ancienne jurisprudence, les deux critères qui déterminent l'applicabilité de la norme internationale sont, premièrement, l'exigence d'une norme précise et complète et deuxièmement, une norme qui crée des droits subjectifs directement destinés aux individus.

Désormais avec l'arrêt GISTI du 11 avril 2012, ces deux critères sont clairement définis, élargis et assouplis. Si d'une part, la condition au niveau de la rédaction est atténuée (A) la condition de la mention des droits subjectifs est défini autrement (B).

352. Le Conseil d'Etat précise qu' « une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets

⁵⁵³ Yann AGUILA, « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *AJDA* 2012 p. 729

⁵⁵⁴ Cf. arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 11 avril 2012, requête n°322326, *AJDA*, 2012, p.735

⁵⁵⁵ CE section du 23 avril 1997, requête n° 163043, *AJDA* 1997. 435, chronique Didier CHEUVAUX et Thierry Xavier GIRARDOT ; *RFDA* 1997. 585, conclusion Ronny ABRAHAM

ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

A. L'atténuation des critères rédactionnels

353. Avant, pour reconnaître l'effet direct d'un traité international, la jurisprudence exigeait d'abord que ses normes soient de nature complète et précise⁵⁵⁶. Selon Ronny Abraham, la norme n'est pas d'application directe si elle « n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour servir à cette fin ⁵⁵⁷».

Ainsi, le caractère « complet » de la norme signifie que cette dernière n'a pas besoin de « complément » interne. Il s'agit de vérifier si la norme est « auto-exécutoire », pour ensuite examiner son degré de précision. S'agissant du degré de précision, il s'agit selon R. Abraham « de stipulations dont l'objet est, sans aucun doute, de garantir des droits au bénéfice des particuliers, mais qui sont formulées dans des termes trop généraux pour se suffire à elles-mêmes. Ce qui s'oppose à l'effet direct, ce n'est pas l'objet de la norme, c'est son absence de précision ou son caractère conditionnel...Elle suppose nécessairement l'intervention d'une législation nationale d'application... ⁵⁵⁸». D'ailleurs, c'est pour cette raison que certaines Conventions internationales sont jugées non invocable devant le juge français, dont la Convention relative au droit de l'enfant.

354. Désormais, la rigueur de ces critères est dépassée avec la nouvelle décision du Conseil d'Etat. Ainsi, le critère de la nature complète de la norme, qui constituait une condition essentielle pour reconnaître l'effet direct, est apprécié par le juge administratif d'une manière libérale. Ce qui signifie que c'est « l'application raisonnable à la situation concrète présentée au juge qui emporte la conviction ⁵⁵⁹ ».

En effet, c'est le juge qui a le pouvoir de déterminer l'applicabilité de la norme par le biais d'une interprétation distinctive de chaque article : « en présence d'un traité international, le

⁵⁵⁶ Le juge administratif interprète lui-même le respect de la norme à ce critère. Si en France, le rôle du juge d'interpréter les normes internationales existe depuis peu de temps, cela subsiste depuis 1816 aux Etats-Unis et 1842 en Belgique. La méthode française d'interprétation se réfère à la Convention de Vienne de 1969 codifiant les droits des traités. Bien que la France ne fasse pas partie du traité, les dispositions de la Convention de Vienne acquiert le statut de principes généraux du droit « en effet, Ronny Abraham insistait vigoureusement sur la faculté du juge à utiliser « les techniques résultant des principes généraux du droit international public tel que rappelés dans les articles 31 et 33 de la Convention de Vienne de 1969 ». Taxil BERANGERE, *op. cit.*, p. 165

⁵⁵⁷ Les Conclusions de Ronny ABRAHAM, sous CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, RFDA1983-3, p. 563

⁵⁵⁸ *Idem*

⁵⁵⁹ Taxil BERANGERE, *op. cit.*, p.166

juge doit précéder à l'analyse de chaque disposition invoquée devant lui afin de rechercher si elle pose une règle précise et inconditionnelle pour être susceptible de produire un effet direct⁵⁶⁰ ».

355. Quant à la précision de la norme, condition supplémentaire de l'effet direct, elle est moins exigée après l'arrêt *GISTI* du 11 avril 2012. Si avant, les traités commençant par « les Etats parties » ou « les Etats s'engagent » ne se voyaient que très rarement reconnaître un effet direct, cela n'est plus considéré d'une façon radicale. Bien que le caractère inconditionnel ou impératif de la norme soit « le critère d'applicabilité de toute norme juridique⁵⁶¹ », il n'est pas une condition réservée au droit international. C'est pourquoi, ce critère secondaire est considéré aujourd'hui comme un simple indice.

356. L'aspect rédactionnel de la norme était décisif pour déterminer s'il y a ou non un effet direct. Dorénavant, avec le revirement jurisprudentiel de 2012, le Conseil d'Etat dispose que l'effet direct s'apprécie « 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 ». Il est certain, donc, que les critères au niveau des termes et du contenu ne sont pas écartés catégoriquement, mais la reconnaissance de l'effet direct ne dépend pas seulement de ceux-là, d'autant plus qu'il est rare de trouver une norme qui cumule les trois critères : qu'elle soit en même temps complète, précise et inconditionnelle. C'est pourquoi l'aspect rédactionnel ne peut être considéré rigoureusement.

357. En outre, la position du Conseil d'Etat vient consolider la particularité en droit français de l'existence de présomption d'effet direct favorable aux requérants. Ronny Abraham déclarait en 1997 : « Il nous semble qu'on peut affirmer qu'en droit français, depuis l'adhésion de notre système juridique au principe moniste...les traités internationaux, ...sont généralement présumés produire des effets directs en droit interne⁵⁶² ». Cela veut dire que le critère d'une règle précise, complète et inconditionnelle est apprécié avec souplesse et son défaut à lui seul ne suffit pas à rejeter l'applicabilité directe du traité. En effet, « le rejet de l'effet direct par les juges français nécessite souvent que les deux critères concordent en ce sens: la norme internationale doit être non seulement générale, mais aussi d'objet

⁵⁶⁰ Cassation civil. 1^{ère}, 14 juin 2005, *Washington*, *JCP G*, 2005, II, 10115, p. 1576, conclusion. Cécile PETIT et note Cyril CHABERT

⁵⁶¹ Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux » *RFDA*, 2003-1, p. 156

⁵⁶² Les Conclusions de Ronny ABRAHAM, sous CE *GISTI* 1997, *RFDA.*, p.17.

interétatique. La présomption d'effet direct n'est renversée que par le recours cumulatif aux deux exigences⁵⁶³ ». Ainsi, la seconde exigence, elle aussi, a subi des modifications.

B. La souplesse d'une formulation au mode négatif

358. Selon l'expression utilisée par le Conseil d'Etat, une stipulation d'effet direct « n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats ». Formulée d'une manière négative, cette condition s'élargit et s'assouplit par rapport à l'expression précédente. Ce critère revient à refuser l'effet direct à la disposition d'un traité qui s'adresse exclusivement aux Etats parties. D'ailleurs, c'est en se basant sur ce critère que la Cour de cassation a refusé l'effet direct à l'ensemble de la Convention relative aux droits de l'enfant avant le revirement de 2005. A l'époque, la Cour considérait « que les dispositions qu'elle comporte ne créent d'obligations qu'à charge des Etats parties, en sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales⁵⁶⁴ ».

359. Dans l'arrêt GISTI 2012, le Conseil d'Etat utilise l'adjectif « exclusif » pour démontrer que toute disposition internationale qui accorde des droits au profit des particuliers se voit reconnaître un effet direct bien qu'elle soit dans un traité qui règle des relations entre Etats. Ce n'est pas parce que le traité engage la responsabilité des Etats qu'il n'est pas doté d'effet direct, car il peut, en même temps, créer des droits au bénéfice des particuliers et ainsi être d'effet direct. C'est pour cette raison que le Conseil de l'Etat précise que l'absence d'effet direct « ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

Cala dit, si la France parle déjà d'un effet direct de la norme internationale pour qu'elle soit applicable devant les juridictions internes et ainsi être un outil favorable aux justiciables, au Maroc, la question est de savoir, d'abord, si la norme internationale est supérieure ou non aux lois internes.

Paragraphe 2: La supériorité de la norme internationale affirmée en droit marocain

⁵⁶³ Taxil BERANGERE, *op. cit.*, 167

⁵⁶⁴ Cass. civ 1^{ère}, 10 mars 1993, Recueil Dalloz Jur. 1993 (dispositif), 361, note Jean MASSIP, *Recueil Dalloz Som. Com.* 1994 (abrégé), 34, note Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Revue critique de droit international privé* 1993 (dispositif), 449, note Paule LAGARDE et *Rev. trim. D. H.* 1995 (abrégé), 673, note Alain Didier OLINGA; Cass. fr. (civ. I) 2 juin 1993, Recueil Dalloz IR 1993 (abrégé), 153 et *Recueil Dalloz Som. Com.* 1994 (abrégé), 34, note Françoise DEKEUWER DEFOSSEZ.

360. Si en droit français les critères de l'applicabilité directe des conventions internationales sont définis clairement et interprétés sagement par le Conseil de l'Etat, notamment après le revirement jurisprudentiel de 2012, en droit marocain le débat n'est pas encore tranché quant à l'intégration du droit international dans le droit interne (sa place). C'est parce qu'une fois le droit international introduit dans l'ordre juridique interne, il est possible de poser la question pour savoir s'il est ou non supérieur à la norme nationale et donc s'il est applicable devant les juridictions internes invoquées par les requérants.

Depuis longtemps, le droit marocain a connu un grand amalgame sur cette question : Tantôt supérieure tantôt inférieure, la norme internationale a été déclarée supérieure par un discours royal⁵⁶⁵, mais sans aucune mention dans les Constitutions antérieures à celles de 2011.

Autrement dit, le législateur marocain a toujours fui la question en s'abstenant de se prononcer clairement sur la place de la norme internationale dans la hiérarchie des normes, et cela jusqu'à l'adoption de la nouvelle Constitution de 2011, puisque pour la première fois, le législateur marocain affirme la supériorité des conventions internationales ratifiées par le Maroc sur le droit interne (A). Bien que les lois ordinaires et la jurisprudence eussent déjà pris position en faveur de la supériorité de la norme internationale (B).

A. Dans la Constitution de 2011

361. En revisitant les Constitutions marocaines précédant à celle de 2011 (1972-1996), aucune d'elles ne se prononce explicitement sur la supériorité des traités internationaux sur le droit interne. C'est pourquoi on qualifie ces constitutions de « silencieuses » ou « ambiguës » par rapport à cette question. En effet, le préambule de la Constitution de 1996 dispose : « conscient de la nécessité d'inscrire son action dans le cadre des organismes internationaux dont il est un membre actif et dynamique, le Royaume du Maroc souscrit aux principes, droits et obligations découlant des chartes desdits organismes et réaffirme son attachement aux droits de l'Homme, tels qu'ils sont universellement reconnus ». De cette déclaration préambulaire, nous pouvons déduire les conclusions suivantes :

⁵⁶⁵ Un discours royal prononcé par le feu Roi Hassan II prononcé le 2 août 1979 avait tranché la question en affirmant la primauté des instruments internationaux sur le droit interne a déclaré « (...) le droit international, tel qu'il est reconnu et pratiqué de nos jours, dispose dans ce domaine, que les accords bilatéraux et multilatéraux à caractère international imposent aux signataires des obligations qui priment sur le droit interne » : Journal Le Matin du Sahara du 4 août 1979, p. 3

- Le législateur marocain ne fait aucune mention des conventions ou des traités internationaux. Il fait référence, par contre, aux chartes des organismes internationaux ce qui peut prêter à confusion.
- Le législateur marocain se contente d'inscrire son action dans le cadre d'organismes internationaux ce qui signifie tout simplement son adhésion aux divers organismes comme par exemple les Nations Unies.
- Il déclare, ensuite, son acceptation des principes, droits et règles découlant de ces chartes et affirme « un attachement » aux droits de l'Homme reconnus universellement.
- En conclusion, aucune disposition constitutionnelle n'établit expressément la primauté du traité international sur la loi nationale.

362. Par ailleurs, la Constitution de 2011 a brisé le silence sur la suprématie des traités internationaux sur le droit interne dans une nouvelle déclaration préambulaire : « le Royaume du Maroc, Etat 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 ».

Cette avancée a été saluée par les divers acteurs associatifs, les juristes et les praticiens du droit comme étant « une option stratégique pour le Maroc dans la perspective de s'aligner dans le droit international en lui conférant la place qui est la sienne⁵⁶⁶ ».

363. Néanmoins, la suprématie de la norme internationale sur la norme interne n'est pas systématique puisqu'il y a des modalités à respecter impérativement. D'abord, la présente déclaration rappelle encore une fois le cadre de l'acceptation de la convention avant d'aborder sa suprématie « (...) 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 ».

En conséquence, la ratification est la première condition pour qu'une convention puisse être intégrée en droit interne. Ensuite, la deuxième condition concerne la publication de la Convention. Si, jusqu'à 2011, aucune disposition constitutionnelle ne réglementait la

⁵⁶⁶ Younes BERRADA, « La Constitution a déjà tracé ses propres limites dogmatiques », interviewé par Réda MOHSINE, *Le Soir* du 23 juin 2011

publication des traités internationaux⁵⁶⁷, désormais cette condition est affirmée explicitement. Entre la ratification et la publication, la déclaration préambulaire trace préalablement un cadre à respecter qui est celui de l'identité nationale immuable. Certes, comme l'affirme Younès Berrada, « l'alignement sur les conventions internationales » pourrait positivement influencer le droit interne et, pourquoi pas, le conquérir « sauf que la Constitution a déjà tracé ses propres limites dogmatiques, et celles-ci ne sont pas censées connaître une quelconque modification ou chamboulement⁵⁶⁸».

364. De plus, l'article 55 de la Constitution de 2011 vient préciser les modalités d'intégration des conventions internationales dans le droit interne : « le Roi accrédite les ambassadeurs auprès des puissances étrangères et des organismes internationaux. Les ambassadeurs ou 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'Etat 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 avant sa ratification. Si la Cour Constitutionnelle, saisie par le Roi ou le Président de la Chambre des Représentants, 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 ».

Sans rompre avec la logique de l'article 31 de la Constitution de 1996, celle-ci énumère avec plus de précision les conventions qui ne sont ratifiées qu'après l'approbation de la loi. Cette disposition distingue, donc, entre trois catégories de conventions:

- Les conventions qui ne font pas partie des 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'Etat ou dont l'application nécessite des mesures législatives, les traités relatifs aux droits et libertés individuelles ou collectives des citoyennes et des citoyens et ceux qui ne rentrent pas en contradiction avec la Constitution. Ces conventions sont signées et ratifiées par le Roi sans aucune autre formalité.

⁵⁶⁷ A l'exception de quelques positions jurisprudentielles

⁵⁶⁸ Younès BERRADA, *op.cit.*

- Les Conventions de paix ou d'union, ou ceux relatifs à la délimitation des frontières, les traités de commerce ou ceux engageant les finances de l'Etat 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. Celles-là ne peuvent être ratifiées qu'après avoir été préalablement approuvées par la loi.

- Les conventions qui contiennent des dispositions contraires à la Constitution ne peuvent être ratifiées qu'après la révision de la Constitution.

L'article 55 ajoute aussi la possibilité de soumettre au parlement tout autre traité avant sa ratification par l'initiative du Roi. Finalement, c'est la Cour Constitutionnelle, saisie par le Roi ou par d'autres instances prévues dans le présent article, qui est censée trancher sur la primauté du droit international en cas de conflit⁵⁶⁹.

Cela dit, cette reconnaissance tardive de la primauté de la norme internationale sur la norme interne est partielle car dans le système dualiste adopté par le Maroc, le traité ne produit d'effets directs qu'après avoir été repris par une loi. L'engagement international de l'Etat par la ratification et la validité interne du traité n'est qu'une première étape. La seconde étape de l'intégration de la norme internationale est la plus décisive. En effet, c'est le rôle du juge dans l'interprétation du sens et de la valeur du droit international qui rend celle-ci opérationnelle et avantageuse pour les requérants.

B. Dans les lois ordinaires et dans la jurisprudence

365. Bien que les Constitutions précédentes à celle de 2011 n'établissent aucune disposition explicite sur la supériorité de la norme internationale, quelques textes législatifs et quelques cas de la jurisprudence étaient précurseurs dans la question. Nous pouvons citer ici l'article 68 de la loi n° 2.00 dahir du 15 février 2000 concernant les droits d'auteur et droits voisins, qui stipule ce qui suit : « ... En cas de conflit entre les dispositions de la présente loi et celles d'un traité international auquel le Royaume du Maroc est partie, les dispositions du traité international sont applicables ». L'article 1^{er} du dahir du 06 septembre 1958 modifié par la loi n°62.06, dahir du 23 mars 2007 sur la loi de la nationalité, qui stipule ce qui suit : « les dispositions relatives à la nationalité marocaine sont fixées par la loi et éventuellement par les traités ou accords internationaux ratifiés et publiés. Les dispositions des traités ou accords internationaux ratifiés publiés prévalent sur celles de la loi interne ». La loi 02-03 du 11

⁵⁶⁹ Idem

novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers dans le Royaume du Maroc, à l'émigration et à l'immigration irrégulières stipule dans son article 2 que : « sous réserve de l'effet des conventions internationales dûment publiées, l'entrée et le séjour des étrangers au Royaume du Maroc sont régis par la disposition de la présente loi ».

366. D'ailleurs, la majorité des réformes législatives entreprises ces dix dernières années constituent le fruit de l'influence des Conventions internationales sur l'ordre juridique marocain⁵⁷⁰. Ainsi, de nouveaux textes législatifs ont été adoptés, d'autres amendés, notamment pour :

- consacrer l'égalité entre l'homme et la femme et préserver les droits de l'enfant : loi sur la *Kafala* ou le recueil légal des enfants abandonnés (2002), code de la famille (2004), code du travail (2003), loi sur l'état-civil (2002) et le code de la nationalité marocaine (2007) ;
- protéger les libertés publiques et individuelles et garantir un procès équitable : code de procédure pénale (2003), loi organique sur l'immunité parlementaire(2004) et loi supprimant la cour spéciale de justice (2004) ;
- renforcer la protection pénale de l'intégrité physique et morale des personnes : modification du code pénal incriminant la torture (2006) et la modification du code pénal sanctionnant la violence conjugale et le harcèlement sexuel (2003).

367. Cette influence ne signifie pas systématiquement une supériorité de la source internationale sur la norme nationale puisque cela dépend essentiellement d'autres mécanismes juridiques.

De plus, le rôle du juge est décisif dans la considération de cette supériorité. Bien que ce ne soit pas le juge ordinaire qui décide si la norme internationale peut être qualifiée de supérieure à la norme nationale, il a le rôle essentiel de prononcer la référence comme prévue par les autres sources (la Constitution, les décisions de la Cour suprême...).

368. D'ailleurs, la Cour suprême a consacré, dans plusieurs arrêts, la primauté de la règle internationale, notamment dans l'arrêt 426 du 22 mars 2003, dans lequel la haute juridiction a appliqué l'article 11 du Pacte international des droits civils et politiques (interdiction de la contrainte par corps pour une obligation contractuelle). En outre, dans son arrêt du 1^{er} octobre 1976, la Cour suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel de Rabat,

⁵⁷⁰ Monsieur Saâd MOUMMI, président de chambre dans la Cour suprême du Maroc, affirme qu'entre 1956 et le 09 juin 2008, on a pu estimer selon les informations qui nous ont été communiquées par la direction des affaires juridiques et des Traités du Ministère des Affaires Etrangères et de la Coopération, à 5632 le nombre d'accords bilatéraux et, à 1005 celui des Traités multilatéraux, signés ou/ et ratifiés par le Maroc.

se basant sur la Convention maroco-française du 2 octobre 1956 et son protocole additionnel du 20 mai 1965, pour préciser que l'ignorance de la langue arabe ne constitue pas un handicap à l'inscription sur le tableau de l'un des barreaux du Maroc⁵⁷¹. Dans le même sens, cette Cour (arrêt 754 du 19 mai 1999) a souligné que la convention des Nations Unies, relative au transport de marchandises, signée à Hambourg le 31 mars 1978 et à laquelle le Maroc a adhéré le 17 juillet 1978, s'applique depuis le 1^{er} novembre 1992 et qu'à compter de cette date, elle a force de loi à l'échelle nationale⁵⁷².

369. Aussi, la Cour d'appel de Casablanca, dans son arrêt 1413 du 23 mai 2007, s'est-elle basée sur l'arrêt précité de la Cour suprême, pour souligner que « attendu que la convention internationale est une norme particulière dont l'application prime sur le droit interne - qui, dans le cas d'espèce, n'est autre que le code de statut personnel et code de la famille qui a une norme générale -, et ce conformément au principe de la primauté de ces conventions, qui a été affirmé par la Cour suprême dans son arrêt n° 754 du 19 mai 1999⁵⁷³ ». Le Tribunal administratif de Rabat, se référant à l'article 18 du Pacte international des droits civils et politiques, a estimé que le droit à l'enseignement était non seulement un droit constitutionnel, mais aussi un droit universellement reconnu. Dans le même sens, celui de Meknès s'est référé au Pacte concernant le respect de la libre circulation des personnes. Ces jugements ont été confirmés par la Cour suprême⁵⁷⁴.

370. En somme, la Cour suprême marocaine⁵⁷⁵ a reconnu jusqu'à aujourd'hui l'application direct des deux Conventions suivantes : la Convention de Hambourg (règles de Hambourg) rédigée sous l'égide de l'ONU en 1978 et ratifiée par le Maroc en 1992 dans son arrêt 19 mai 1999⁵⁷⁶ et la Convention de Varsovie de 1929 dans un arrêt du 3 février 1999⁵⁷⁷.

La supériorité de la norme internationale sur la norme interne est affirmée désormais par la Constitution, par les lois ordinaires ainsi que par la jurisprudence. Cette harmonisation implique dorénavant une révision de toutes les conventions signées par le Maroc pour qu'elles

⁵⁷¹ Il s'agit des affaires Meylan et Cazals concernant l'inscription de deux ressortissants français au Barreau de Casablanca. Celui-là avait refusé l'inscription de ses deux avocats en raison de leur incapacité de parler la langue arabe. La Cour d'appel avait annulé la décision du Conseil de l'ordre des avocats de Casablanca et avait confirmé la supériorité de la Convention franco-marocaine de 1957 et le protocole additionnel de 1965.

⁵⁷² Ministère de la Justice, L'examen Périodique Universel (EPU), Rapport National, février 2008, p.5

⁵⁷³ Idem

⁵⁷⁴ Idem

⁵⁷⁵ La nomination de la Cour suprême a été changée par la Constitution de 2011. Désormais, il s'agit de la Cour de cassation.

⁵⁷⁶ قضاة المجلس الأعلى لى عدد 65 ص 771 قرار عدد 457 ملف رقم 09/6534 مجلة

⁵⁷⁷ 117 ص 1999 قرار رقم 141 الملف عدد 39/4934 ال تقرير ال سنوي ل المجلس الأعلى لى ل سنة

soient intégrées en droit interne. Cependant, il faut comprendre que le Maroc n'est pas encore sur le terrain de l'applicabilité directe des conventions internationales. En effet, l'intégration du droit international dans le droit interne ne veut pas dire que la norme internationale puisse être invoquée par les requérants devant les juridictions internes mais cela dépend de l'effet direct de celle-ci. Ainsi, une fois que le traité est effectif en droit interne, on peut vérifier, ensuite, son applicabilité devant les juridictions internes.

La considération de l'effet direct de la norme internationale est une tâche confiée à la Cour suprême marocaine. C'est elle qui a la compétence de trancher sur cette question et non pas les cours ordinaires. C'est pourquoi, en ce qui concerne le Maroc, parler d'une applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant n'est pas à l'ordre du jour. D'ailleurs, même en France cette question n'a pas cessé de « susciter de vives controverses en doctrine, après avoir divisé les juridictions⁵⁷⁸ » pour enfin arriver à trouver une « semi solution ».

⁵⁷⁸ Marie-Philomène GIL-ROSADO, *les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Defrénois, 2006, p.22

Section 2 : La question dérangeante de l'applicabilité de la CIDE

371. L'applicabilité de la CIDE par les juridictions françaises n'a pas été immédiate puisque le juge de cassation a longtemps considéré que la Convention porte en elle-même les éléments de son inapplicabilité. Enfin reconnue en 2005 comme d'application directe pour certaines de ses dispositions, le processus n'est pas encore achevé (paragraphe 1).

S'agissant du Maroc, il est tôt de parler d'une applicabilité directe de la CIDE devant les juridictions nationales puisqu'il s'agit, pour l'instant, d'une adaptation des lois internes relatives à l'enfant aux dispositions de la CIDE (paragraphe 2).

Paragraphe 1: Une applicabilité tardive et incomplète en droit français

372. Bien que la Convention des droits de l'enfant accorde des droits au profit des particuliers qui sont en l'occurrence les enfants, la Cour de cassation française a pendant longtemps refusé l'applicabilité directe de ses dispositions. En effet, la reconnaissance de l'effet direct de la CIDE a été écartée explicitement par la Cour de cassation dans l'arrêt Lejeune.

Ainsi, le juge français a choisi la démarche qui consiste à évaluer l'effet direct du traité pris dans sa globalité : « cette interprétation du juge se limite, le plus souvent, à déterminer si les Etats ont entendu créer des droits au bénéfice des particuliers. Dans cette démarche, il semblerait que seul le critère subjectif de l'effet direct assure le fondement de la démonstration ⁵⁷⁹».

373. Après le revirement jurisprudentiel tardif de 2005, « la Cour de cassation semble se dégager de l'impasse dans laquelle elle s'était engouffrée en usant de l'approche globale de l'effet direct ⁵⁸⁰» (A). Depuis, quelques dispositions de la CIDE deviennent d'applicabilité directe écartant, toutefois, l'effet direct des autres stipulations (B).

A. La reconnaissance tardive de la CIDE

374. Le refus de la Cour de cassation de reconnaître l'effet direct de la CIDE a été exprimé explicitement dans l'arrêt Lejeune du 10 mars 1993. Par cet arrêt, la première chambre civile a rejeté le pourvoi d'un père qui invoquait l'article 12 de la CIDE pour une

⁵⁷⁹ Carine LAURENT-BOUOTOT, « La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme », thèse de doctorat, Université de Limoges, 2006, p.45

⁵⁸⁰ Idem, p. 48

affaire de garde d'enfant, au motif que « les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette Convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'étant pas directement applicable en droit interne⁵⁸¹ ». Ainsi, « l'approche globaliste a été utilisée, par la Cour de cassation, dans un sens négatif, puisqu'elle a abouti à la négation de l'effet direct de l'ensemble de la CIDE⁵⁸²».

De cette façon, la Cour a tranché la question, alors que certaines juridictions de fond n'aient pas hésité de rendre applicable l'article 12 de la CIDE par exemple comme la Cour d'appel de Lyon dans une décision du 28 novembre 1991, la Cour d'appel de Paris dans une décision du 12 juin 1991 et la Cour d'appel de Rennes⁵⁸³. Par cette décision, la Cour de cassation a mis fin à cette jurisprudence de fond favorable à l'applicabilité directe de la CIDE en provoquant une vague de critiques de la part de la doctrine⁵⁸⁴. Ainsi, la juridiction civile n'a pas remis en cause la primauté du texte international⁵⁸⁵. Elle a cependant sonné le glas de l'effet direct du traité onusien⁵⁸⁶.

375. Quelques temps après, la première Chambre civile, a rendu le 2 juin 1993⁵⁸⁷ un arrêt similaire. Mais cette fois, la Cour accuse le texte international de porter lui-même les origines de son inapplicabilité. En effet, le juge de cassation « a considéré que les termes mêmes du traité se bornaient à consacrer des engagements des Etats signataires, sans instituer de droits subjectifs précis de nature à être directement invoqués devant les juridictions nationales⁵⁸⁸». La cour a justifié cela par l'article 4 de la CIDE qui dispose que « ses

⁵⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993 : n° 91-11.310, citée par Marie- Philomène GIL- ROSADO, *op.cit.* , p.23

⁵⁸² Carine LAURENT-BOUTOT, *op. cit.* , p.50

⁵⁸³ CA Lyon, 28 novembre 1991 ; CA Paris, 12 juillet 1991, Gaz. Pal. 1992, 2, 522 ; CA Rennes, 16 mars 1993, D. 1993, Jur., p.113 : citée par Marie- Philomène GIL- ROSADO, *op.cit.* , p. 25

⁵⁸⁴ Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille , *JCP G* 1. 1993, I. 3688 ; Claire NEIRINCK et Pierre-Marie MARTIN, Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt Lejeune ; *JCP* 1. 1993, I. 3677 ; Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'application de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, *D.* 1. 1994, somm. , p. 34, Cyril CHABERT, Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, *JCP* 2003, I. 129, p. 761 ; Claire NEIRINCK et Pierre-Marie MARTIN, Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt Le Jeune, *JCP, G*, 1993, I, 3677.

⁵⁸⁵ Claire NEIRINCK et Pierre-Marie MARTIN, *op.cit*

⁵⁸⁶ André BRAUNSCHWEIG et Régis DE GOUTTES, GP 1995, II, Doctrine p 878 ; Paule LAGARDE, *RCDIP* 1993, p. 449 ; Jacques MASSIP *D.* 1993, jurisprudence p.361 ; Marie-Claire RONDEAU-RIVIER, « La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors-jeu », *D* 1993, chronique p.203 ; Denis ALLAND, *RGDIP* 1995, p. 1051

⁵⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, Bull. I, n°195, p. 135

⁵⁸⁸ 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

dispositions ne créent d'obligations qu'à la charge des Etats, de sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales ».

Dans un dernier arrêt, celui du 4 janvier 1995⁵⁸⁹, la première Chambre civile réaffirme sa jurisprudence gâchant tout espoir sur le devenir des pourvois basés sur le fondement de la CIDE. Considérée longtemps comme la position générale de la Cour de cassation à l'égard de la CIDE, les explications de ce refus sont juridiques, sociologiques et aussi politiques⁵⁹⁰.

376. Après un refus catégorique et rigoureux de l'applicabilité directe de la CIDE, un revirement jurisprudentiel si attendu a été amorcé par l'arrêt du 18 mai⁵⁹¹ et du 14 juin 2005⁵⁹² de la Cour de cassation. Les prémices de ce revirement ont commencé quand la Cour de cassation avait écarté l'application de la CIDE dans un arrêt du 25 juin 1996 sans qu'elle ne parle explicitement d'une non-applicabilité de ladite Convention. La Cour a avancé simplement que cette dernière était « sans pertinence en la majorité »⁵⁹³. Nous trouvons un cas similaire dans un autre arrêt du 19 octobre 1999⁵⁹⁴. En effet, « la jurisprudence de la première Chambre civile s'est progressivement infléchie, laissant pressentir un revirement de jurisprudence ⁵⁹⁵ ».

Finalement, la Cour de cassation rompt avec sa jurisprudence antérieure et s'aligne sur la position du Conseil d'Etat⁵⁹⁶.

377. Bien que ces arrêts ne reconnaissent pas l'applicabilité intégrale de la Convention, ils lui redonnent sa valeur juridique considérable dans le droit interne. En conséquence, ces arrêts font progresser la protection juridictionnelle des droits accordés par

⁵⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, Bull. I, n°2, p 1 : la disposition invoquée dans cet arrêt était l'article 12 de la CIDE

⁵⁹⁰ Cf. Carine LAURENT-BOUOTOT, *op. cit.*, p. 58-61

⁵⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336 : Bull. civ. I, n°212, p 180 ; GP du 3 au 5 juillet 2005, jurisprudence p.9, Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER; Vincent EGEA, D 2005, jurisprudence p.1909; Frédérique GRANETLAMBRECHTS, JCP G 2005, II, 10081; Jacques MASSIP, Répertoire Defrénois 2005, jurisprudence 38230, p 1418 ; JCP G 2005, II, 10115, p 1573, avec les Conclusions de l'Avocat général Cécile PETIT et la note de Cyril CHABERT; Pauline REMY-CORLAY, RTDCiv. 2005, p.750

⁵⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° de pourvoi : 04-16.942 : Bull. civ. I, n°245, p 207 ; Jacques MASSIP Répertoire Defrénois 2005, jurisprudence 38230, p. 1418; JCP G 2005, II, 10115, p 1573, avec les Conclusions de l'Avocat général Cécile PETIT et la note de Cyril CHABERT ; Patrick COURBE, « L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant », D 2006, doctrine p 1487 ; Pauline REMY-CORLAY RTDCiv. 2005, p 750 ; Georgette SALAME, GP du 11 au 13 septembre 2005, jurisprudence p.6

⁵⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, *Mazurek c/Richaud*, JCP, éd. G., p.113

⁵⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, JDI 2000, pp.737, 742

⁵⁹⁵ Carine LAURENT-BOUOTOT, *op. cit.*, p. 66

⁵⁹⁶ Cf. Marie- Philomène GIL- ROSADO, *les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Defrénois, 2006, pp.26, 27 ; Rémy Schwartz, « La jurisprudence du Conseil d'Etat et les droits de l'enfant », 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. 37

cette Convention à l'enfant. En effet, la Cour de cassation vient reconnaître avec plus de clarté l'applicabilité directe de deux articles de la CIDE. Il s'agit en particulier de l'article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant et 12-2 consacrant le droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure l'intéressant⁵⁹⁷ : « l'article 3-1 de la CIDE est une disposition qui est d'applicabilité directe devant la juridiction française⁵⁹⁸ ».

Désormais, depuis le revirement de 2005, la Cour de cassation a rendu de nombreuses décisions et a été saisie de plusieurs pourvois invoquant la CIDE, notamment de la deuxième chambre civile dans un arrêt du 7 juillet 2005⁵⁹⁹, dans un arrêt du 11 juin 2009⁶⁰⁰ et également par la chambre criminelle⁶⁰¹.

Par ailleurs, l'article 3-1 de la CIDE est utilisé, dorénavant, dans plusieurs arrêts comme moyen et comme critère en matière d'autorité parentale pour les droits de visite et d'hébergement⁶⁰², de filiation, pour l'audition de l'enfant et en cas de déplacements illicites d'enfant⁶⁰³.

Ainsi, l'applicabilité de la CIDE devant les juridictions nationales prend plusieurs formes : elle peut être invoquée par les requérants comme elle peut être affirmée par la Cour, même par sa propre initiative. D'ailleurs, tel a été le cas de l'arrêt du 18 mai 2005 et l'arrêt du 7 avril 2006⁶⁰⁴ puisque « les parties n'avaient relevé aucun moyen tiré de la CIDE, c'est la Cour de cassation qui les a relevés d'office et a invité les parties à s'expliquer⁶⁰⁵ ».

⁵⁹⁷ Article 3-1 de la CIDE : « 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 »

Article 12-2 de la CIDE : « À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ». cette décision a été commentée par plusieurs auteurs, par exemple : Adeline GOUTTENOIRE, La Convention internationale des droits de l'enfant a enfin trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation !, *Droit de la famille*, juillet-août 2005, comm. 156, p. 26 ; Claire NEIRINCK, L'application de la Convention internationale de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence, *RTD san. et soc.* 2005, spéc. p. 818.

⁵⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *op. cit.*, p. 26

⁵⁹⁹ Cass. civ. 2^{ème} 7 juillet 2005, n° 04-17663. Dans cet arrêt la deuxième chambre civile s'est référée à l'intérêt supérieur de l'enfant dans une question de placement d'un mineur. Cité par : Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p. 26

⁶⁰⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 11 juin 2009, n° 08-15571. Dans cet arrêt la deuxième chambre civile n'a pas retenu la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant invoqué en matière de prestation sociale pour un enfant recueilli en *Kafala*.

⁶⁰¹ Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p. 27

⁶⁰² Dans les arrêts suivants : Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n°07-11273 ; Cass. civ., 1^{ère}, 16 avril 2008, n°07-13232. Cité par : Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p. 27

⁶⁰³ Cf. Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, pp. 27-33

⁶⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 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.

⁶⁰⁵ *Idem*, p. 29

B. Une reconnaissance incomplète de la CIDE

378. Cette évolution significative a été saluée par la majorité de la doctrine mais critiquée encore une fois à cause de sa partialité. « Ainsi, sur la cinquantaine d'articles que compte la CIDE, seule une poignée d'entre d'eux a été reconnue comme étant d'effet direct par les juridictions françaises⁶⁰⁶ ». Cela est dû au fait que le juge procède par un examen précis de chaque disposition de la Convention. Tant que la disposition est précise, claire et vise directement l'enfant « Toute personne a droit à », « Nul ne peut », « L'enfant a droit à », elle est censée être d'application directe. Cette position a été jugée par Françoise Dekeuwer-Défossez « raisonnable eu égard au caractère assez indéfini et peu sanctionnable de certains droits comme, par exemple, le « droit au jeu » de l'article 31 de la Convention⁶⁰⁷ ». Elle ajoute : « la plus grande prudence s'imposait ! Mais elle présente évidemment l'inconvénient de toute sélection prétorienne : il faudra attendre de longues années la fixation d'une jurisprudence stable⁶⁰⁸ ».

En revanche, « une telle distinction peut cependant être mise à mal en ce que, même formulées de manière nominative, ces dispositions sont parfois susceptibles de conduire à des droits si généraux qu'ils en deviennent difficilement invocables⁶⁰⁹ ».

379. La limitation de l'applicabilité directe de la CIDE jusqu'à aujourd'hui à quatre articles, met la France dans une situation embarrassante, notamment devant le Comité des droits de l'enfant. D'ailleurs, bien que ce dernier l'ait félicitée de l'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'applicabilité directe de la Convention sur la jurisprudence du Conseil d'État lors des observations finales du Comité des droits de l'enfant pour le rapport de 2009, il n'a pas hésité à exprimer sa préoccupation concernant le nombre limité de dispositions reconnues comme étant directement applicables. En conséquence, « le Comité recommande à l'État partie de continuer à prendre des mesures pour que la Convention, dans sa totalité, soit directement applicable sur tout le territoire de l'État partie et pour que toutes les dispositions de la Convention puissent être invoquées en tant que

⁶⁰⁶ Sabrina MEDDOUR, *L'enfant et la liberté religieuse à la lumière du droit international, européen et français*, thèse sous la direction de Christine FERRARI-BREEUR, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011, p. 65

⁶⁰⁷ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La Convention internationale des droits de l'enfant : quelles répercussions en droit français ? », *CRDF*, n°5, 2006, p. 41

⁶⁰⁸ *Idem*

⁶⁰⁹ Sabrina MEDDOUR, *op. cit.*, p. 65

base juridique par les individus et être appliquées par les juges à tous les niveaux des procédures administratives et judiciaires⁶¹⁰ ».

380. Cela dit, la reconnaissance de l'applicabilité des autres dispositions de la CIDE ne tardera pas à venir compte tenu de la place qu'occupe aujourd'hui le droit international et au vu de l'évolution de la jurisprudence du Conseil de l'Etat sur l'assouplissement et l'élargissement de l'effet direct des conventions internationales. Comme l'a souligné Françoise Dekeuwer-Défossez, l'achèvement de cette reconnaissance est une question de temps : « il faudra attendre de longues années la fixation d'une jurisprudence stable⁶¹¹ », puisque la France veille, depuis sa ratification de la CIDE, à la meilleure application possible de ses dispositions.

Enfin, une reconnaissance tardive vaut mieux qu'une non-reconnaissance et une applicabilité partielle vaut mieux qu'une absence d'applicabilité. Nous faisons ici référence à la position du Maroc concernant l'applicabilité directe de la CIDE devant les juridictions nationales.

Paragraphe 2: L'inapplicabilité de la CIDE en droit marocain

381. Le Maroc a signé la Convention relative aux droits de l'enfant le 26 juin 1990 et l'a ratifiée le 21 juin 1993. Selon l'article 55 de la Constitution de 2011, c'est le Roi qui signe et ratifie les traités internationaux. C'est lui qui a la compétence exclusive de ratifier ou non une Convention internationale. La démarche de la ratification n'est pas chose simple, elle est soumise à des protocoles et à des lois qui la rendent longue et complexe. Ainsi, la ratification « inclut les cinq étapes suivantes : l'initiative de ratification est prise généralement au sein du Ministère des Affaires Etrangères (MAE) qui soumet sa proposition au gouvernement et en informe le Secrétariat Général du Gouvernement. Un conseil de Gouvernement (présidé par le premier ministre) est alors réuni à l'occasion pour examiner la proposition de ratification ; un conseil de Ministres (présidé par le Roi) est réuni par la suite pour approuver le texte de la Convention ; dans le cas d'une Convention engageant les finances de l'Etat, celle-ci est ensuite soumise au Parlement pour vote ; après l'étape du Parlement, la Convention est envoyée au cabinet royal pour qu'elle soit scellée par le Roi qui promulgue le Dahir de ratification (appelé aussi lettre de ratification) ; la Convention revient après au Service des accords internationaux, au sein du Ministère des Affaires Etrangères qui la dépose auprès du

⁶¹⁰ http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

⁶¹¹ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 41

dépositaire (prévu généralement par la Convention). Une fois la ratification déposée, le MAE informe tous les services gouvernementaux, y compris ceux de la justice. Il propose, ensuite, sa publication au Secrétariat général du gouvernement. Celui-ci reste souverain pour le faire ou non⁶¹² »

382. Désormais, d'après l'article 55 de la Constitution de 2011, les Conventions qui doivent être préalablement approuvés par la loi ne concernent pas uniquement les Conventions qui engagent les finances de l'Etat : les traités de paix ou d'union, ceux relatifs à la délimitation des frontières, les traités de commerce dont l'application nécessite des mesures législatives, ainsi que les traités relatifs aux droits et libertés individuelles ou collectives des citoyennes et des citoyens sont aussi concernés. En outre, si la Constitution de 1996 ne précisait pas l'obligation de la publication de la Convention, celle de 2011 exige la publication comme condition pour que le traité soit supérieur aux normes internes : « Le Royaume du Maroc (...) réaffirme ce qui suit et s'y engage : (...) accorder aux Conventions internationales dûment ratifiées par lui (...) 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 ». Néanmoins, la publication de la Convention pose encore des problèmes au Maroc puisque « la publication des lois internes, comme des conventions internationales, n'est pas explicitement réglementée au Maroc ; en outre, face au laconisme de la loi, la jurisprudence est divisée sur le point de savoir si la mise en vigueur d'un texte légal est subordonnée, ou non, à sa parution au Bulletin Officiel⁶¹³ ». Sans s'attarder sur les problèmes que posent la ratification et la publication des Conventions au Maroc, la question est de savoir si la Convention relative aux droits de l'enfant, ratifiée et publiée⁶¹⁴, est applicable devant les juridictions nationales.

383. « L'adhésion à une convention, au-delà de sa charge symbolique, n'est pas une fin en soi⁶¹⁵ », la ratification ainsi que la publication de la CIDE par le Maroc ne signifie donc pas forcément que celle-là est applicable directement devant les juridictions marocains ni qu'elle est opposable devant les tribunaux. Il n'existe aucune règle au Maroc qui détermine

⁶¹² Khadija ELMADMAD, Le Maroc et la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Note d'analyse et de synthèse- module juridique, CARIM-AS 2009/11, RSCAC, p.6

⁶¹³ Saad MOUMMI, « Rapport sur l'influence des Conventions internationales sur le droit interne de l'environnement » in *Actes de Réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'AHJUCAF* Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de l'OHADA Porto-Novo (Bénin), p. 392

⁶¹⁴ Convention ratifiée par le Dahir n° 1-93-363 du 9 rajeb 1417 (21 novembre 1996) portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 et publiée au BO n° 4440 du 8 chaabane 1417 (19 décembre 1996).

⁶¹⁵ Saad MOUMMI, *op. cit.*, p. 391

comment le texte international est transposé en droit interne. On parle uniquement d'une adaptation de des normes internes relatives à l'enfant aux dispositions de la CIDE (A). La Convention internationale des droits de l'enfant n'est pas intégralement et directement invocable devant la juridiction marocaine, on ne peut donc l'invoquer devant les tribunaux (B).

A. L'adaptation des lois internes relatives à l'enfant aux dispositions de la CIDE

384. Après la publication de la Convention des droits de l'enfant au Bulletin officiel le 19 décembre 1996, les dispositions de celles-là deviennent supérieures aux normes internes selon la Constitution de 2011. En dépit du fait qu'il n'existe aucune méthode qui détermine l'intégration de la CIDE en droit marocain, le législateur marocain a affirmé à plusieurs occasions sa démarche d'adapter ses lois internes aux dispositions des droits de l'enfant. Ainsi, le droit marocain a entrepris de nombreuses réformes touchant aux législations pénale, civile, sociale, administrative, au statut personnel de l'enfant en général et de certaines catégories de jeunes comme les jeunes délinquants ou les jeunes handicapés. Toutes ces réformes ont été le fruit de l'engagement du Maroc aux instruments internationaux, dont la Convention internationale des droits de l'enfant. Lors de l'examen du Rapport initial du Maroc présenté devant le Comité des droits de l'enfant le 24 septembre 1996, M. Benjelloun Touimi a affirmé que « le Gouvernement marocain s'emploie (...) à assurer la conformité de son droit interne avec les principes et règles arrêtés par la communauté internationale dans le domaine des droits de l'Homme en général et celui des droits de l'enfant en particulier⁶¹⁶ ». Il ajoute que « dans ce cadre, la ratification de la Convention a constitué un stimulant supplémentaire à l'action gouvernementale pour assurer une meilleure adéquation de la législation nationale avec les dispositions de la Convention et pour la promotion de programmes en faveur de l'enfance⁶¹⁷ ».

385. A ce titre, le Roi Mohammed VI a rappelé dans son message adressé à la 10^{ème} édition du Congrès National des Droits de l'Enfant tenu le 25 mai 2004 à Rabat, son engagement en faveur de l'enfance et cela « en accord avec nos engagements internationaux et notre identité séculaire ». Il insiste ainsi de prendre « toutes les mesures qui s'imposent pour que notre pays soit un véritable modèle à suivre en matière de protection des droits de l'enfant ».

⁶¹⁶ CRC/C/SR.317page 2

⁶¹⁷ Idem

386. Pour adapter ses lois internes aux dispositions internationales, le Maroc adopte la méthode qui consiste « à reprendre dans la loi la substance normative du traité ou de l'acte unilatéral international, en tout ou en partie » sans pour autant mentionner expressément le texte international. Ainsi, dans le préambule du Code de la famille marocain adopté le 3 février 2004 et apparu au BO le 6 octobre 2005, on annonce clairement que l'un des objectifs de ce présent code « outre son souci d'équité à l'égard de la femme » est de « protéger les droits de l'enfant ». Bien qu'il affirme explicitement la notion des droits de l'enfant, il ne fait pas de référence directe à la Convention de 1989. De même, en ce qui est de son élaboration, le code cite des « impératifs de l'évolution et des engagements souscrits par le Royaume en matière de droits de l'Homme tels qu'ils sont reconnus universellement », sans renvoyer à une disposition ou une Convention précise signée par le Maroc.

387. En conséquence, dans le cas du Maroc il s'agit plutôt d'une question d'adaptation de la CIDE que de son exécution. Dès lors, l'intervention législative fait expressément mention du contenu de la CIDE et non du texte international : « Préserver les droits de l'enfant en insérant dans le Code les dispositions pertinentes des conventions internationales ratifiées par le Maroc⁶¹⁸ ».

Le législateur marocain reprend également la notion de l'intérêt de l'enfant sans mentionner son origine dans l'article 3 de la CIDE dans diverses dispositions « (...) en ayant constamment à l'esprit l'intérêt de l'enfant en matière de garde (...) ⁶¹⁹ » ainsi qu'en matière de *Kafala* « (...) la priorité est accordée aux époux sans enfants ou aux époux disposant des meilleures conditions présentant le meilleur intérêt pour l'enfant⁶²⁰ », « Le juge des tutelles peut, au vu des rapports qui lui sont soumis, ordonner l'annulation de la *Kafala* et prendre les mesures utiles à l'intérêt de l'enfant ⁶²¹ », « ...le juge des tutelles doit saisir le ministère public afin de veiller à son exécution par la force publique ou par tout autre moyen qu'il estime adéquat, tout en prenant les mesures utiles à la sauvegarde des intérêts de l'enfant objet de la *Kafala*⁶²² », « l'annulation du droit d'assurer la *Kafala* par ordonnance judiciaire en cas de

⁶¹⁸ Code de la famille de 2004, Préambule.

⁶¹⁹ Idem

⁶²⁰ Article 10 de la loi sur la *Kafala* (Bulletin officiel n° 5036 du 27 jourmada II 1423 (5 septembre 2002) Dahir n° 1-02-172 du 1 rabii II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n°15-01 relative à la prise en charge (la *Kafala*) des enfants abandonnés.

⁶²¹ Article 19 de la loi sur la *Kafala*

⁶²² Article 20 de la loi sur la *Kafala*

violation par la personne qui l'assume de ses obligations ou en cas de désistement de ladite personne ou si l'intérêt supérieur de l'enfant soumis à la *Kafala* l'exige⁶²³».

388. La recherche de l'intérêt de l'enfant devient une considération primordiale en droit marocain. C'est ainsi que pour la première fois, avec le code de la procédure pénale de 2003, on intègre la notion de l'enfant en danger méconnue auparavant. D'après l'article 513 du code de procédure pénale, « le mineur n'ayant pas atteint l'âge de 16 ans peut être considéré en situation difficile lorsque sa sécurité corporelle, mentale, psychologique ou morale ou son éducation est en danger à cause de sa fréquentation de personnes délinquantes ou connues pour leur mauvaise réputation ou ayant des antécédents judiciaires ; lorsqu'il se rebelle contre l'autorité de ses parents, la personne ayant sa garde, son tuteur, son tuteur datif, la personne qui le prend en charge, la personne ou l'établissement à qui il a été confié ; lorsqu'il s'habitue à fuir de l'établissement où il suit ses études ou sa formation ; lorsqu'il quitte son domicile ou lorsqu'il ne dispose pas d'un lieu adéquat où s'installer ». De même que pour l'enfant délinquant, la législation pénale s'adapte aux dispositions de la CIDE, notamment à l'article 40.1 de la CIDE. La volonté du législateur de mettre en œuvre la CIDE l'a poussé à adopter le nouveau code de procédure pénale qui consacre plus de 50 articles aux mesures propres aux mineurs soupçonnés d'avoir commis une infraction ; il s'agit du Livre III (articles 458 à 509). Pour Rajae El Marahi, Magistrate détachée à la Cour Suprême « Cette loi représente un véritable progrès en matière de justice pénale pour les mineurs avec l'élévation de l'âge de la majorité pénale à dix-huit ans, l'établissement du juge d'application des peines spécialisées pour mineurs, le remplacement de la garde à vue par la mesure de rétention des mineurs, l'instauration du système de liberté surveillée et la réduction de la durée des peines privatives de liberté applicables aux mineurs. En outre, le CPP prévoit des dispositions propres à l'enfance délinquante destinées à adapter le fonctionnement de la justice au jeune âge du délinquant⁶²⁴ ».

389. L'adaptation de la loi marocaine relative à l'enfant à la CIDE ne se limite pas aux textes législatifs : elle est aussi au niveau institutionnel. Diverses institutions s'occupent désormais directement de la question de l'enfant comme le Ministère du développement social, de la famille et de la solidarité, le Ministère de la jeunesse et des sports, la Fondation

⁶²³ Article 25 de la loi sur la *Kafala*

⁶²⁴ Rajae EL MRAHI, « Rapport de la Cour suprême du Maroc » in *Actes des conférences en promotion des droits de l'enfant*, Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), 2009, p.297

Mohammed VI pour la réinsertion des détenus et l'Observatoire national des droits de l'enfant (ONDE).

390. En revanche, la méthode de transposition de la CIDE adoptée par le Maroc n'est pas toujours garantie puisque « cette nationalisation du droit international peut conduire à transformer le sens de la norme internationale, ou à ne reprendre qu'une partie des obligations internationales de l'État⁶²⁵ ». C'est pourquoi la méthode d'adaptation ne peut être complètement fidèle au texte international pour des motifs à la fois juridique et d'opportunité politique⁶²⁶. C'est ce qu'affirme Bélangère Taxil : « on 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 international⁶²⁷ ».

Les lacunes de la méthode d'adaptation constituent des entraves à une application effective des conventions internationales, notamment dans un système où l'applicabilité directe des normes internationales est ignorée. D'ailleurs, la plupart des systèmes juridiques, même les plus progressistes, « privilégient (...) les lois d'application plutôt que de miser sur l'applicabilité directe du traité, quitte à transformer le contenu et le sens de celui-ci⁶²⁸ ».

B. L'absence d'une application directe de la CIDE devant les juridictions marocaines

391. Avec la Constitution de 2011, le Maroc « va pour la première fois inscrire, dans son préambule, la primauté des conventions internationales sur la loi marocaine. Mais des zones d'ombre subsistent sur son applicabilité ». Bien que la Constitution détermine la place suprême des Conventions dans le système juridique interne marocain, cette détermination demeure insuffisante pour l'applicabilité de la norme internationale. Plusieurs facteurs participent à cette résistance envers l'applicabilité de la norme internationale par le juge marocain⁶²⁹:

- Des résistances liées à la souveraineté de l'Etat, notamment en matière des droits de l'Homme et de l'enfant ;

⁶²⁵ Bélangère TAXIL, Méthodes d'intégration du droit international en droits *internes in Internationalisation du droit, internalisation de la justice*, 3^{ème} Congrès de l' Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), 21 et 23 juin 2010, p. 110

⁶²⁶ Bélangère TAXIL, *op.cit.*, pp. 111-113

⁶²⁷ *Idem*, p. 113

⁶²⁸ *Idem*, p.111

⁶²⁹ Entretien avec maître Chouaïb AHIDI, avocat au barreau de Tanger le 27 juillet 2012

- « L'attitude d'autolimitation des juges⁶³⁰ » : dans le cas du Maroc, cela est dû à des facteurs d'ordre externe et interne. C'est-à-dire, la référence à un texte international n'est pas une chose courante et la démarche ne peut que parvenir d'un acte courageux du juge⁶³¹. Des éléments extérieurs d'ordre politique peuvent être décisifs dans cette question en plus de l'élément interne personnel lié, en particulier, à la formation limitée des juges, notamment en matière internationale. Dans la majorité des cas, le juge préfère appliquer la norme interne plutôt que la norme internationale etc.

- « La crainte d'empiété sur le pouvoir des autorités politiques et la doctrine de l'acte de gouvernement⁶³² » : à propos du Maroc, les conventions internationales sont signées et ratifiées par le Roi et proposées au Parlement pour le vote. Avant d'être appliquées, elles passent par des étapes où les instances politiques de l'Etat déterminent, parfois implicitement, si oui ou non la convention sera applicable directement ou pas.

392. En dépit de ces obstacles, il est important de rappeler le rôle indispensable du juge pour déterminer les conditions dans lesquelles s'appliquent les normes internationales. Qu'il ait un rôle primaire ou complémentaire, c'est le juge qui définit les effets du droit international. Pour que les conventions internationales soient véritablement une source de droit au Maroc, il est primordial qu'elles commencent à être appliquées par le juge et qu'elles soient invocables par les requérants.

393. Quant à la Convention des droits de l'enfant, la ratification et la publication de celle-là dans le bulletin officiel ne veut pas dire qu'elle peut être applicable par le juge interne ni être invoquée par les requérants. La référence directe à la CIDE n'est pas courante au Maroc. Pour ce faire, le juge doit d'abord être au courant de l'existence de la Convention ce qui, ne pose pas problème pour la CIDE, puisqu'elle a été publiée au B.O en 1996. Outre la condition précitée, il doit avoir une connaissance approfondie de la CIDE pour pouvoir faire une interprétation conforme à son esprit : pour ce faire, revoir les travaux préparatifs de cette Convention est indispensable. Il est également essentiel d'intégrer dans les formations des

⁶³⁰ Béragère TAXIL, *op.cit.*, p. 115

⁶³¹ D'ailleurs, Mr Driss DAHAK, Premier Président de la Cour suprême du Maroc, avait annoncé dans son allocution lors du séminaire *Le juge de cassation à l'aube du 21ème siècle* d'AHJUCAF en 2004 (voir p. 105) qu'il ne « voit pas d'inconvénient dans le fait que le juge se réfère à ces conventions internationales à titre indicatif. Il n'y est pas obligé, mais il peut s'y référer, mettant en cause certains principes de droit énoncés dans ces conventions internationales » il ajoute en faisant la différence entre une convention bilatérale et une convention internationale dans leur force de contrainte : « A mon sens, une convention bilatérale ne doit pas avoir la même force qu'une convention régionale ou universelle. L'entente entre deux Etats pour l'application des principes de droit issus d'une loi nationale desdits Etats n'est pas la même chose qu'une convention internationale universelle issue d'une conférence internationale établie par la plupart des juristes et des diplomates, avec des principes de droit quelquefois très généraux ».

⁶³² Idem

juges notamment ceux de la famille, des mineurs et des mineurs délinquants, le thème des droits de l'enfant. Ce dernier ne doit pas seulement consister en des informations académiques, mais plutôt en une culture des droits de l'enfant.

394. Le juge marocain est amené à s'inspirer des autres expériences similaires, notamment dans les systèmes juridiques des pays arabo-musulmans, ainsi que des Conventions bilatérales signées par le Maroc et qui sont d'office d'applicabilité directe. Lorsque le juge marocain va accepter d'appliquer directement la CIDE, il n'aura qu'à faire appliquer les règles internationales d'interprétations issues de la Convention de Vienne de 1969 signée par le Maroc. Ainsi, le juge va tenir compte du degré de précision des dispositions du texte international ainsi que sa vocation à créer des droits pour les particuliers.

395. Les expériences des autres systèmes juridiques, notamment celles de la France, démontrent que cette méthode facilite et simplifie l'application de la norme internationale par le juge interne. C'est pour cela que la jurisprudence française a reconnu l'effet direct de quelques dispositions de la CIDE qui sont à la fois précises et octroient des droits directs aux particuliers. Reconnaître l'applicabilité par le juge marocain de l'article 3-1 relatif à l'intérêt de l'enfant et l'article 12-2 relatif au droit de l'enfant à la parole dans les décisions qui le concernent, peuvent être un bon début pour rendre cette Convention plus effective au Maroc. D'ailleurs, il est vrai que l'adaptation de la loi marocaine à l'esprit de ces deux dispositions est en cours mais elle n'est pas suffisante.

396. Dans le souci de dépasser une ratification symbolique de la CIDE et pour qu'elle soit véritablement un outil de promotion des droits de l'enfant au Maroc, il est important qu'au moins ces deux dispositions deviennent applicable par le juge et surtout invocable par les particuliers. En revanche, il faut s'arrêter, tout de même, sur l'interprétation que le juge va donner à ces deux dispositions. Etant donné que l'ordre juridique marocain est composite entre le droit positif et le droit musulman, l'applicabilité directe de ces deux dispositions n'empêche pas que leur interprétation soit conforme aux principes de l'Etat marocain. Cette interprétation doit prendre en considération la place de la famille dans la société et les droits des parents aussi. De plus, l'interprétation de l'intérêt de l'enfant ou même son droit à l'expression dans les procédures judiciaires ne peut se détacher des réalités d'ordre socio-économiques vécues par la majorité des foyers marocains.

Ceci dit, l'applicabilité du principe de l'intérêt de l'enfant et le droit de l'enfant à la parole ne concernent pas uniquement le juge puisque les requérants peuvent aussi fonder leurs demandes, notamment celles relatives à son droit à la pension alimentaire, au logement en cas

de divorce, son droit à être protégé des abus sexuels, dans le cas de l'enfant en danger, qu'il soit victime ou délinquant, sur ces deux dispositions de la CIDE. Pour ce faire, l'avocat doit aussi avoir cette culture des droits de l'enfant qui commence par une connaissance suffisante la convention.

En fin de compte, l'applicabilité de la CIDE pose encore problème dans des ordres juridiques plus avancés ce qui laisse du temps pour les autres systèmes en voie de développement. Néanmoins, la situation des droits de l'enfant dans ces derniers ne permet pas cette attente. Elle est urgente et exige une mise en œuvre de la CIDE plus effective et efficace.

Section 3 : L'avenir de l'applicabilité de la CIDE

397. L'effectivité de la Convention relative aux droits de l'enfant dépend beaucoup de la mission du juge. C'est lui, en principe qui peut appliquer directement une disposition de caractère international, d'autant plus que c'est lui qui incite le législateur à intégrer le droit international dans le droit interne alors qu'il ne dispose d'aucun pouvoir normatif⁶³³. Cependant, le juge a l'obligation d'appliquer toutes les lois préexistantes, dont les Conventions Internationales qui ont un statut de règle juridique. Ainsi, l'application directe de la CIDE est désormais une mission qui incombe au juge, que ce soit en France ou au Maroc. Si le juge français a accompli sa mission avec le revirement de 2005 et continue à le faire dans la jurisprudence en la matière (paragraphe 1), le juge marocain n'a quant à lui pas encore pris d'initiative, malgré l'existence actuelle de facteurs favorables à cette application (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'après revirement de 2005

398. Après le revirement de 2005, l'application directe de la CIDE a pris son élan sans perdre son enthousiasme du début. En effet, l'examen de la jurisprudence démontre que la majorité des décisions concernant l'enfant font référence aux dispositions de la CIDE reconnues d'applicabilité directe, notamment l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit de l'enfant à la parole, le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'entretenir des relations personnelles avec eux (A). Cependant, l'évolution de la jurisprudence vers la reconnaissance de l'effet direct des autres dispositions, voire de toute la Convention, s'est avérée hésitante mais pas impossible (B).

A. Les effets de l'applicabilité de la CIDE sur les droits de l'enfant

399. Dans son allocution au Colloque « Vingt ans d'application de la Conventions des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », la Présidente de la chambre des mineurs à la Cour de Paris, Monique Chadeville, déclare que « s'il est vrai que nous avons du mal à changer, il semble que nous avons commencé à changer, mais il est vrai que nous avons

⁶³³ L'article 5 du Code civil dispose qu'« Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

encore du travail⁶³⁴ ». Dans son intervention, elle fait référence aux juges de fond et leur application directe de la CIDE. Elle affirme que depuis le revirement jurisprudentiel de la Cour de cassation en 2005 et grâce aux incitations de cette dernière, les décisions émanant des juridictions de fond sont motivées et orientées par « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Elle ajoute par ailleurs que cette notion fait plutôt partie du vocabulaire des juges que des écritures. Cependant, la dynamique est lancée et il ne faut que préserver les acquis et faire en sorte que la jurisprudence bénéficie d'une certaine stabilité, notamment celle de la Cour de cassation. Cependant, la dynamique est lancée et il ne faut que préserver les acquis et faire en sorte que la jurisprudence bénéficie d'une certaine stabilité, notamment celle de la Cour de cassation. D'ailleurs, « la cinquantaine de décisions intervenues depuis le revirement de mai 2005⁶³⁵ » et dont la Cour a été saisie font tous références à la Convention des droits de l'enfant, notamment au critère de « l'intérêt supérieur de l'enfant », la technique de l'audition de l'enfant et, dans une moindre mesure, à l'article 7-1 sur le droit de l'enfant de connaître des parents et l'article 9 sur le droit de l'enfant de maintenir des relations avec ses deux parents.

400. Cependant, en faisant une lecture générale de la jurisprudence de la Cour, il est facile de constater que l'article 3-1 concernant l'intérêt supérieur l'enfant est le plus souvent cité. Son succès est alors éminent, étant donné que le juge français prenait en considération l'intérêt de l'enfant bien avant l'adoption de la CIDE⁶³⁶. Désormais, son application ne peut que fleurir⁶³⁷ et forcément se généraliser à toutes les matières.

Cependant, sa réussite ne peut être qualifiée de complète du fait que son appréciation pose toujours des difficultés. (1). Par ailleurs, les moyens fondés sur les autres articles de la CIDE (l'article 12-2, l'article 7-1 et l'article 9) sont très timides et la Cour est encore réticente par rapport à leur étendue (2).

1. Le succès relatif de l'intérêt supérieur de l'enfant par le biais de l'article 3-1 de la CIDE

⁶³⁴ Monique CHADEVILLE, « l'application des dispositions de la Convention au niveau national » in *Vingt ans d'application de la Conventions des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, colloque, juin 2010, JDJ-RAJS n° 296, p. 34

⁶³⁵ Bénédicte VASSALLO, « La Convention des droits de l'enfant à la cour de cassation » in *Vingt ans d'application de la Conventions des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, colloque, juin 2010, JDJ-RAJS n° 296, p. 26

⁶³⁶ En effet, le professeur Hauser l'affirme avec conviction « que l'on sache les juges français se souciaient de l'intérêt (ordinaire?) de l'enfant bien avant 1990 (comp. art. 373-2-1) et si ceux-ci ont été imprudents dans leur rédaction il leur suffira d'affirmer que l'intérêt (hyper-supérieur !?) de l'enfant est d'entretenir des relations avec ses deux parents, ce que la Cour de cassation ne pourra contrôler sauf à se transformer en troisième degré de juridiction ».

⁶³⁷ Avec un risque d'un recours inflationniste dénoncé par la doctrine.

401. La référence à l'intérêt supérieur de l'enfant a été renforcée par l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE. Ainsi, la généralisation de l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant à toutes les matières est l'un des effets apparents de son succès. En effet, dans une matière où la notion n'est pas inédite, comme l'autorité parentale⁶³⁸, les décisions sont abondantes dans les différents degrés de juridictions. Malgré l'existence d'un texte interne explicite et complet sur l'intérêt de l'enfant, l'attachement à l'article 3-1 de la CIDE « permet de souligner que l'intérêt de l'enfant prime sur celui de l'un ou de l'autre des parents et que la considération de cet intérêt doit être au cœur de toute décision⁶³⁹ ».

402. Ainsi, dans une décision de la Cour d'appel de Rennes, s'agissant d'un litige relatif aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, celle-ci retient que « conformément à l'article 3 de la Convention des Nations Unies du 26 janvier 1990 et à l'article 373-6 du Code civil, l'intérêt de l'enfant constitue, pour le juge appelé à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale par des parents séparés, une considération primordiale⁶⁴⁰ ». La Cour d'appel de Rouen énonce, elle aussi, que « la loi du 8 janvier 1993 modifiée par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, reprenant l'esprit de la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, a posé le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale⁶⁴¹ ». Il en est de même pour les pourvois devant la Cour de cassation qui invoquent, de plus en plus, l'article 3-1 de la CIDE dans leurs moyens, notamment en matière d'autorité parentale : « qu'en se déterminant sans qu'aucun motif propre ou adopté ne se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 377-1 du code civil et 3-1 de la CIDE⁶⁴² ».

Dans un arrêt du 16 avril 2008 sur la délégation de l'autorité parentale⁶⁴³, la Cour de cassation insiste sur l'intérêt de l'enfant pour renforcer les autres considérations comme la volonté des

⁶³⁸ Étant donné que la loi du 4 mars 2002 consacrait ce principe dans son article 373-2-6.

⁶³⁹ Estelle GALLANT. « Autorité parentale et convention de New-York Droits de l'enfant », note (Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007), *Rev. crit. DIP* 2007, p. 606

⁶⁴⁰ CA Rennes, 2 juin 2009, RG n° 08/02690 ; CA Rennes, 2 juin 2009, RG n° 08/07653. 30 juin 2009, RG n° 08/06133 ; 4 novembre 2008, RG n° 07/02057, pour la fixation du droit de visite et d'hébergement ; 19 juin 2008, RG n° 07/00809 ; 1^{er} avril 2008, RG n° 07/02058 ; 12 février 2008, RG n° 07/02057 : cités par Vanessa NORGUIN, « La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) dans la jurisprudence des cours d'appel », Etude réalisée par le service de documentation, d'études et du rapport, bureau chargé du suivi du contentieux de la première chambre civile de la Cour de cassation, *Bulletin d'information*, 15 mai 2010, p. 47

⁶⁴¹ Cf. notamment CA Rouen, 10 septembre 2009, RG n° 08/05948 ; 18 juin 2009, RG n° 08/02027 ; 26 mars 2009, RG n° 08/00402 ; 5 février 2009, RG n° 07/04815 ; 18 décembre 2008, RG n° 07/03222 ; 11 décembre 2008, RG n° 07/00371. Cf. référence précédente p. 46

⁶⁴² Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p.27

⁶⁴³ Il s'agit d'un rejet de pourvoi, par la première chambre civile, formé par la sœur d'une mère décédée dont la compagne avait formé une requête commune avec le père des enfants et avait sollicité et obtenu, une délégation partielle de l'autorité parentale.

enfants : par exemple « (...) la Cour d'appel, sans prendre uniquement en considération le souhait exprimé par les enfants, a pu décider qu'il était de l'intérêt de ceux-ci de fixer leur résidence chez Mme R (...) ⁶⁴⁴». En outre, la Cour de cassation, dans un autre arrêt du 16 avril 2008⁶⁴⁵, accepte la motivation de la Cour d'appel et rejette le pourvoi du père sans faire une référence explicite à l'intérêt de l'enfant. Il est clair, que d'après ses diverses décisions « la Cour de cassation se refuse à ériger les mots « intérêt de l'enfant » ou « intérêt supérieur de l'enfant » en formule magique et s'attache à contrôler l'existence d'une motivation suffisante. Si cette motivation fait ressortir la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, elle validera la décision, quand bien même la décision attaquée ne contiendrait pas ces termes mêmes ⁶⁴⁶».

403. Quant aux termes employés, faute de traduction ou mesure intentionnée, la Cour de cassation ne semble-t-elle pas faire un choix décisif entre « intérêt de l'enfant » et « intérêt supérieur de l'enfant » ? D'ailleurs, la plupart des pourvois dont la Cour de cassation a été saisie vise essentiellement dans le moyen l'article 3-1 du CIDE.

Néanmoins, en rendant ses décisions, « la Cour de cassation change très souvent « l'intérêt supérieur de l'enfant », invoqué par les parties, en simple « intérêt⁶⁴⁷ ». En outre, elle reprend des fois le terme de « l'intérêt supérieur de l'enfant » et d'autres fois « l'intérêt de l'enfant ». Ainsi, dans un arrêt du 24 mai 2007, la Cour s'est référée au seul intérêt de l'enfant dans une affaire de droit de visite et d'hébergement: «Mais attendu que la cour d'appel a relevé que M. X... reconnaît ne plus exercer son droit de visite depuis septembre 2004 sans justifier d'un quelconque empêchement, ce dont elle a souverainement déduit que l'intérêt de l'enfant, justifiait que l'autorité parentale soit exercée par la mère, et que les droits de visite restent en l'état⁶⁴⁸».

Dans un autre arrêt du 19 novembre 2009⁶⁴⁹, la Cour fait référence uniquement à l'intérêt de l'enfant et non pas à l'intérêt supérieur de l'enfant invoqué par la cour d'appel: « Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'intérêt des enfants exige d'examiner leur éloignement en veillant notamment à la sauvegarde de leur équilibre (...) », « que la cour d'appel a ainsi

⁶⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, pourvoi n° 07-11273, Bull. civ. 2008, I, N° 106

⁶⁴⁵ Il s'agit d'un père qui demande la fixation de la résidence de ses enfants à son domicile en France et de modifier les modalités d'exercice de son droit de visite et d'hébergement suite au déménagement à l'étranger de la mère. La Cour de cassation a estimé que « la Cour d'appel, par ces constatations souveraines a fait ressortir, sans avoir à effectuer d'autres recherches, que l'intérêt des enfants était de maintenir leur résidence auprès de leur mère qui présentait toutes les aptitudes nécessaires à assumer ses responsabilités à leur égard » et ainsi rejette le pourvoi du père : Cass. Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, pourvoi n°07-13232

⁶⁴⁶ Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p. 27

⁶⁴⁷ Gilles LIBERTON, *op. cit.*, p.80

⁶⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2007, pourvoi n°06-17002

⁶⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2009, pourvoi n°09-68179

souverainement estimé qu'il était de l'intérêt supérieur des enfants de rester en France avec celui-ci ; que le moyen n'est pas fondé (...) ».

404. Cette hésitation à utiliser l'expression de « l'intérêt supérieur de l'enfant » ne date pas d'aujourd'hui puisque « La Cour de cassation semble (...) ne l'avoir employé que deux fois avant 1989⁶⁵⁰. Dans son arrêt du 18 juin 1975⁶⁵¹ (...) et dans son arrêt du 10 mai 1977⁶⁵² ». Après cette date et particulièrement après le revirement de 2005, la Cour de cassation a pris l'habitude de recourir à cette expression, sans pour autant écarter le seul intérêt de l'enfant. En effet, « la jurisprudence française manifeste une certaine réticence à substituer totalement « l'intérêt supérieur » à « l'intérêt » de l'enfant⁶⁵³ ». Soutenue par une grande partie de la doctrine qui critique ce recours inflationniste à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, Adeline Gouttenoire déclare clairement dans son article : « Intérêt supérieur de l'enfant: point trop n'en faut⁶⁵⁴ ». Jean Hauser affirme, à son tour, qu'« on sait, qu'après avoir beaucoup hésité, la Cour de cassation a fini par accepter l'effet direct de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et notamment le critère du fameux "intérêt supérieur de l'enfant"⁶⁵⁵ », les confusions qui peuvent être suscitées par cela ne sont pas minimes.

En effet, l'affrontement sémantique de ces deux expressions n'est que « l'arbre qui cache la forêt » étant donné que le qualificatif « supérieur » n'est pas le premier problème. La formule simple de l'intérêt de l'enfant, elle-même, est « parfaitement fuyante (...) propre à favoriser l'arbitraire judiciaire⁶⁵⁶ ».

405. Cela dit, le succès de l'applicabilité de l'article 3-1 de la CIDE s'opère dans la divergence des matières qui a pu couvrir ce texte.

S'agissant du thème de la filiation, en matière d'adoption, L'article 3-1 a été invoqué pour faire échec à des dispositions nationales contraires. Il s'agit de la question de la réception en

⁶⁵⁰ Gilles LIBERTON, *op.cit.*, p.80

⁶⁵¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 18 juin 1975, *Yamani*, arrêt n°462 cité dans la référence précédente.

⁶⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1977, *Ballesteros*, arrêt n°386 cité dans la référence précédente.

⁶⁵³ Gilles LIBERTON, *op. cit.*, p.80

⁶⁵⁴ Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, comm.28, février 2006, p.22

⁶⁵⁵ Jean HAUSER, « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD Civ.* 2008 p. 93 ; voir aussi du même auteur « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », *RTD Civ.* 2004 p. 75

⁶⁵⁶ Michel GOBERT, « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Conférence, Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, Neuvième conférence, 11 décembre 2006, publiée sur le site de la Cour de cassation.

droit français de la *Kafala*. Déjà saisie pour cette question⁶⁵⁷, la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 février 2009⁶⁵⁸, a rendu un arrêt de principe énonçant que le refus de prononcer l'adoption de l'enfant recueilli par *Kafala*, en application de l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil, « ne constitue pas une différence de traitement ni une atteinte au droit de mener une vie familiale normale et ne méconnaît pas l'intérêt supérieur de l'enfant, dès lors que la *Kafala* est expressément reconnue par la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, au même titre que l'adoption⁶⁵⁹ ».

406. Bien que le moyen du pourvoi vise l'article 3-1 de la CIDE et pose directement la question de la compatibilité d'une disposition nationale, notamment l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil avec la CIDE, l'interprétation de la Cour de cassation de « l'intérêt supérieur de l'enfant » est restée abstraite puisque s'attachant uniquement au principe détaché de toute considération concrète. Étant l'une des auteurs qui plaident pour une appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁶⁰, Adeline Gouttenoire considère que « le raisonnement de la Cour de cassation provoque un certain malaise parce qu'il conduit à donner une définition abstraite de l'intérêt de l'enfant qui doit au contraire s'apprécier *in concreto*, une telle définition ne se concevant que dans le cadre d'un contrôle de la conformité d'un texte avec l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant... En affirmant brutalement que la *Kafala* satisfait l'intérêt supérieur de l'enfant, elle ferme la porte à toute appréciation concrète et nie la réalité de la situation de l'enfant objet d'une *Kafala*⁶⁶¹ ». Pour d'autres⁶⁶²,

⁶⁵⁷ La Cour de cassation dans un arrêt du 10 octobre 2006 avait jugé que la *Kafala* n'est pas une adoption (...) et que la cour d'appel a violé l'article 370-3, alinéa 2, du code civil (Cass. Civ. 1^{er}, 10 octobre 2006, pourvoi n°06-15.264)

⁶⁵⁸ Cette affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme sous le fondement de l'article 8 de la Convention. Dans sa décision du 4 octobre 2012, la CEDH a confirmé (*Harroudj c. France*, req. n° 43631/09) l'arrêt de la Cour de cassation sur la conformité du refus de prononcer l'adoption d'un enfant étranger recueilli par *Kafala* à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour de Strasbourg estime également que cette reconnaissance de la *Kafala* par le droit international est un élément qui doit orienter l'appréciation de la manière dont les États règlent les conflits de loi entre le pays d'origine et le pays d'accueil.

⁶⁵⁹ La Cour de cassation a jugé que « qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, celle-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, c'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci, que la cour d'appel, constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la *Kafala*, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la *Kafala* est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci ; que le moyen ne peut être accueilli » (Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 2009, pourvoi n°08-11.033 commenté par Adeline GOUTTENOIRE, « les enfants interdits d'adoption : la Cour de cassation refuse le recours au droit fondamentaux », *JCP G* 2009, II, n° 10072 ; Michel FARGE, la Cour de cassation refuse d'atténuer la conception abstraite de l'intérêt de l'enfant retenue par le législateur, *Droit de la famille*, 2009, comm.82)

⁶⁶⁰ Cf. Pierre MURAT, « le refus de la transformation en adoption », *Droit de la famille*, 2009, étude 8 ; Michel FARGE, *op. cit. préc.*

⁶⁶¹ Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*, précédemment.

⁶⁶² Jean HAUSER, « Le temps et la filiation (6) : la *Kafala* et l'intérêt de l'enfant », *RTD Civ.* 2009, p. 308

l'appréciation de la Cour de cassation reste cohérente. Ainsi, Hugues Fulchiron considère que l'intérêt supérieur de l'enfant est celui de lui consacrer une solution conforme à son statut personnel pour éviter toute situation confuse : « le respect de la loi étrangère ne s'impose pas seulement sur le plan des principes, mais aussi pour le bien des enfants étrangers et de leurs parents potentiels. L'adoption prononcée en France crée en effet une situation internationalement « boiteuse » puisqu'elle ne sera pas reconnue dans le pays d'origine. De plus, « forcer » la loi étrangère comme le faisait la jurisprudence française risque de fermer à toute forme de prise en charge des enfants des pays hostiles à l'adoption en général et à l'adoption plénière en particulier ⁶⁶³ ». Il souligne, en outre, que « l'intérêt de l'enfant ne passe pas forcément par la création d'un lien de filiation, la prise en charge pérenne d'un enfant peut être assurée, à droit constant, par la tutelle ou la délégation d'autorité parentale ⁶⁶⁴ ». En fin de compte, les deux lectures peuvent être combinées : la recherche de l'intérêt de l'enfant n'empêche pas concrètement le respect de sa loi nationale et en l'occurrence l'institution de la *Kafala*.

Il est important de savoir que l'opposition de cette institution à toute filiation entre le père recueillant et l'enfant recueilli ne vise pas uniquement ces deux parties, leur intérêt respectif, immédiat et présent. C'est-à-dire, l'intérêt de l'enfant *in concreto* doit absolument être recherché parce qu'en tout cas la finalité première de la *Kafala* est la prise en charge des enfants qui en ont besoin. Néanmoins, cela n'est pas suffisant puisque cette institution vise aussi l'avenir de l'enfant, des autres membres de la famille et de la société toute entière ⁶⁶⁵. C'est pourquoi elle n'implique le lien de la filiation dans cette prise en charge et n'oblige aucune personne ou famille à donner leur filiation à l'enfant recueilli. Cela est tout à fait possible, comme l'affirme très justement Hugues Fulchiron : « l'intérêt de l'enfant ne passe pas forcément par la création d'un lien de filiation ». En conséquence, dans la réception de cette institution en France, respecter la *Kafala* ou la loi nationale de l'enfant signifie aussi lui trouver un cadre, pourquoi pas « inédit », pour qu'elle puisse produire ses effets et préserver ainsi l'intérêt de l'enfant. D'ailleurs, entre la considération et la non-reconnaissance de la *Kafala* comme une adoption, nous pouvons trouver, tout de même, d'autres solutions moins extrêmes, combien même seraient-elles approximatives.

⁶⁶³ Hugues FULCHIRON, « Adoption sur *Kafala* ne vaut », *Dalloz*, 2007, chronique, p.817

⁶⁶⁴ Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p. 27

⁶⁶⁵ Ici on fait référence à l'un des cinq objectifs clés du droit musulman qui est la préservation de la filiation. Le droit musulman fait en sorte que les lignées soient claires et que les droits des héritiers soient aussi préservés. En outre, le droit musulman invite les « fidèles » à être plus solidaires, que les liens de sang ou de filiation ne soient pas la seule condition pour assumer l'obligation qu'a un « fidèle » envers un autre.

De tout cela, nous pouvons conclure que le véritable problème ne réside pas spécifiquement dans l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans une situation complexe comme la *Kafala*⁶⁶⁶. En effet, le problème réside spécialement dans la notion elle-même, que ce soit dans des questions ordinaires ou dans des matières complexes comme le droit de la filiation.

407. Ainsi, il n'est pas étonnant que le caractère « imprécis » et « insaisissable » de cette notion complique le travail de la Cour de cassation et partage les positions de la doctrine. D'ailleurs, Jean Hauser fait le constat : « qu'une fois de plus ces « normes » vagues et générales sont capables du meilleur comme du pire ». Il explique, dans le cadre de cette affaire, que « si l'on s'en tient à l'intérêt personnel de l'enfant on peut au fond estimer, qu'élevé par ses accueillants français, cet intérêt est parfaitement satisfait et que le manteau juridique dont on veut recouvrir la relation est sans importance. Aux fanatiques de l'intérêt supérieur on pourra faire remarquer qu'en faisant référence aux notions de fait comme critère de la construction du droit... on se prive ensuite de pouvoir se replier sur le droit !⁶⁶⁷».

408. Par ailleurs, dans un autre aspect de la filiation, celle de la filiation naturelle, la CIDE a été invoquée dans une accusation en contestation de reconnaissance. Dans cet arrêt, la Cour met en échec une action de contestation de reconnaissance et une demande d'expertise biologique invoquant l'article 3-1 de la CIDE⁶⁶⁸. De même, dans un arrêt du 4 juillet 2006 sur la possession d'état où l'article 7 de la CIDE a été invoqué dans une branche d'un moyen : « qu'aux termes de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, l'enfant a "dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux" ; qu'en refusant d'ordonner le recours à une expertise biologique afin de trancher le conflit de paternité et d'établir la véritable filiation de Mme Marie-José Y..., la cour d'appel a violé le texte susvisé⁶⁶⁹». Dans les deux arrêts la question qui se pose est « celle de savoir si au nom de l'intérêt de l'enfant, les dispositions applicables en matière de filiation ou le recours à l'expertise biologique peuvent être mis en échec⁶⁷⁰». En l'espèce, la Cour de cassation a tranché sans invoquer l'intérêt de l'enfant, sans répondre donc à cette question.

⁶⁶⁶ D'ailleurs, l'institution de la *Kafala* pose encore des difficultés dans ces territoires : que dire alors des autres ? Il est important de savoir que toutes les institutions du droit musulman ne peuvent être cernées sans parvenir à connaître leur « esprit ». Parce qu'elles ne sont pas uniquement des règles juridiques dépourvues de toute connotation spirituelle, les règles du droit musulman échappent au raisonnement séculier du droit.

⁶⁶⁷ Jean HAUSER, *op. cit.*, dans la page précédente

⁶⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2007, pourvoi n°06-13872, Bull. civ. 2007, I, n° 163

⁶⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 04 juillet 2006, pourvoi n°05-14442

⁶⁷⁰ Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p.31

409. Si dans la majorité des décisions, l'article 3-1 de la CIDE affiche son succès, celui-ci ne fait pas encore « le poids face à l'ordre public⁶⁷¹ ». Hormis la question des enfants recueillis en *Kafala* et dont l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas suffisant pour que ceux-ci bénéficient d'une reconversion de leur statut en adoption⁶⁷², l'ordre public fait aussi pression en ce qui concerne la question de la gestation pour autrui. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁶⁷³, invoquant à titre subsidiaire l'intérêt supérieur de l'enfant, avait déclaré irrecevable l'action du ministère public visant à faire annuler la transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger à la suite d'un contrat de mère porteuse. L'arrêt a été cassé par une décision du 17 décembre 2008 dont la Cour de cassation reconnaît la recevabilité de l'action du ministère public⁶⁷⁴. Sans trancher sur le fond du débat, c'est la juridiction de renvoi qui doit faire « un choix entre l'exception d'ordre public international fondée sur la prohibition en France de la gestation pour autrui, et l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto* à reconnaître l'effet en France de l'acte de naissance valablement établi à l'étranger⁶⁷⁵ ». Effectivement, une juridiction de fond, en l'espèce la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 26 février 2009⁶⁷⁶, a suivi la logique de la Cour de cassation en choisissant « très clairement de privilégier l'ordre public, qui doit, selon eux, entraîner la nullité de la transcription de

⁶⁷¹ Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, Droit de l'enfant, *Recueil Dalloz* 2009, p.1920

⁶⁷² Pourtant dans les arrêts sur les enfants recueillis en *Kafala* déjà cités, la Cour de cassation ne se base sur l'ordre public pour refuser l'adoption de ces enfants. Son raisonnement fait référence surtout à l'article 20 alinéas 3 de la CIDE qui considère que cette institution est parmi les formes de protection de substitution pour les enfants privés de leur milieu familial.

⁶⁷³ CA Paris, arrêt du 25 octobre 2007, n° 06/00507

⁶⁷⁴ « Vu l'article 423 du code de procédure civile, ensemble l'article 16-7 du code civil : Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci ; que, selon le second, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle :

Attendu que par un jugement du 14 juillet 2000, la Cour suprême de Californie a conféré à M. X..., la qualité de père génétique et à Mme Y..., son épouse, celle de mère légale des enfants à naître, portés par Mme Z..., conformément à la loi de l'Etat de Californie qui autorise, sous contrôle judiciaire, la procédure de gestation pour autrui ; que le 25 octobre 2000 sont nées A... et B... à ... ; que leurs actes de naissance ont été établis selon le droit californien indiquant comme père, M. X... et comme mère, Mme X... ; que M. X... a demandé le 8 novembre 2000, la transcription des actes au Consulat de France à Los Angeles, ce qui lui a été refusé ; qu'à la demande du ministère public, les actes de naissance des enfants ont été transcrits, aux fins d'annulation, sur les registres de l'Etat civil de Nantes, le 25 novembre 2002 ; que le 4 avril 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a fait assigner les époux X... pour demander cette annulation :

Attendu que, pour déclarer irrecevable, l'action du ministère public fondée sur une contrariété à l'ordre public, la cour d'appel retient que le ministère public ne contestait ni l'opposabilité en France du jugement américain, ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie, dans les formes usitées dans cet Etat :

Ou'en se déterminant par ces motifs, alors qu'il ressort de ses propres constatations que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Cass. Civ. 1^{er}, 17 décembre 2008, arrêt n°1285, pourvoi n°07-20.468 (Dalloz 2009, avis de D. Sarcelet, 340, note L. Brunet).

⁶⁷⁵ Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, *op.cit.*, p.1921

⁶⁷⁶ CA Paris, arrêt du 26 février 2009, n°07/18559

l'acte de naissance effectuée sur les registres français de l'état civil et comportant l'indication de nom de la mère d'intention ⁶⁷⁷ ».

Il est tout à fait normal que le débat entre l'ordre public et l'intérêt supérieur de l'enfant va se poser. En effet, la question de l'affirmation d'un intérêt de l'enfant « supérieur » à tout autre intérêt ne se pose pas que pour les parents. L'intérêt général d'une société encadrée par des principes de l'ordre public se confronte aussi à ce principe posé par la CIDE. Est-ce qu'il faut écarter ces principes ou juste faire appliquer l'effet atténué de l'ordre public ⁶⁷⁸ au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant? La recherche de l'équilibre est, en l'espèce, judiciaire.

410. Dans une autre matière, l'article 3-1 de la CIDE est souvent mis en avant : il s'agit du déplacement illicite d'enfants dans le cadre de la Convention de la Haye du 25 octobre 2005. Cette dernière, qui ne fait référence à l'intérêt de l'enfant que dans son préambule ⁶⁷⁹, n'a pas non plus pour objectif de permettre le choix entre les deux parents ni de traiter ces questions de déplacements illicites dans le fond. En conséquence, « la Convention n'aborde l'intérêt de l'enfant qu'en creux dans l'article 13b. Pour motiver le non-retour, le seul intérêt qui peut être pris en compte par le Tribunal est négatif c'est le "...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" ⁶⁸⁰ ».

Bien qu'une grande majorité de pourvois invoquent l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération pour demander un retour, la Cour de cassation ne le prend que rarement en compte pour élaborer sa décision. « Quand elle le mentionne expressément (...) la Cour de

⁶⁷⁷ Idem

⁶⁷⁸ Dans l'arrêt Rivière du 17 avril 1953, la Cour de cassation a affirmé que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». Ainsi, l'effet atténué de l'ordre public est un mécanisme qui permet aux situations constituées à l'étranger de produire certains effets en France malgré leur non-conformité à l'ordre public. L'objectif de ce mécanisme est de trouver un équilibre entre la défense de l'ordre public et le respect de la sécurité juridique et des droits acquis par les parties et éviter ainsi une discontinuité dans la situation juridique internationale. Cf. Paul LAGARDE, recherches sur l'ordre public en droit international privé, *LGDJ*, 1959; Marie-Christine MEYZAUD-GARAUD, *Droit international privé*, BREAL, 2008, p.89

⁶⁷⁹ « 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 ; Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite ».

⁶⁸⁰ 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 *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions : leurre ou levier au service de ses droits ?*, journée d'études, 20 novembre 2010, DEI-France et l'Association Française Janusz Korczak, p.7

cassation évoque abstraitement cette notion⁶⁸¹ (seulement à deux occasions⁶⁸²) (...), sans lui donner un contenu concret (...). Elle rappelle en général que cet aspect relève de l'appréciation souveraine des premiers juges.⁶⁸³ ». Ainsi, le raisonnement de la Cour de cassation fait en sorte que l'intérêt supérieur de l'enfant soit conforme aux dispositions de ladite Convention et que celui-ci « ne saurait faire échec au mécanisme de retour sur lequel se fonde la Convention de la Haye⁶⁸⁴ ». C'est pourquoi, dans les deux arrêts du 14 juin et du 13 juillet 2005, la Cour de cassation applique l'article 3-1 de la CIDE combiné à l'article 13b de la Convention de la Haye⁶⁸⁵. Ces arrêts témoignent d'un rapprochement entre ces deux dispositions: « attendu qu'il résulte de l'article 13 b de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable; qu'en vertu de l'article 3-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant les juridictions françaises, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant » et qui démontre que « l'article 3-1 de la CIDE n'est pas utilisé pour faire échec ou contourner la dispositions conventionnelle, mais pour venir à son soutien⁶⁸⁶ ».

411. En somme, le recours abondant à l'intérêt supérieur de l'enfant dans tout le contentieux de l'autorité parentale (exercice conjoint de l'autorité parentale, droit de visite et d'hébergement, modification de lieu de résidence, délégation de l'autorité parentale), en matière de filiation (l'adoption d'un enfant recueilli en *Kafala*, filiation d'enfant né par gestation pour autrui, le nom de l'enfant adopté), en cas de déplacement illicite d'enfants lorsqu'est appliquée la Convention de la Haye de 1980 et en matière d'assistance éducative⁶⁸⁷

⁶⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010 n° de pourvoi 08-21161 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010 n° de pourvoi 09-66406 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009 n° de pourvoi 07-16427

⁶⁸² Arrêt du 14 juin 2005 n° de pourvoi 04-16942 et l'arrêt du 25 février 2009 n° de pourvoi 08-18126

⁶⁸³ Alain CORNEC, *op. cit.*, p. 8

⁶⁸⁴ Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p.32

⁶⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° de pourvoi 04-16942 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 juillet 2005, n° de pourvoi 05-10519

⁶⁸⁶ Bénédicte VASSALLO, *op. cit.*, p.32

⁶⁸⁷ Dans ce domaine les arrêts sont beaucoup moins nombreux : Il s'agit d'un arrêt du 7 juillet 2005, où la 2^{ème} chambre de la Cour de cassation s'est expressément référée à l'intérêt supérieur de l'enfant quelques semaines après le revirement de mai 2005. Il s'agissait d'une demande de récusation formée par la mère contre un juge des enfants ayant placé un mineur et renouvelé son placement. Le moyen invoquant l'intérêt supérieur de l'enfant affirme que la Cour d'appel aurait violé l'article 3-1 de la CIDE : « l'intérêt supérieur de l'enfant doit présider aux décisions concernant sa situation et le traitement de celle-ci, que l'obstination du magistrat qui ne prend pas en considération les souhaits de l'enfant et dont les rapports avec l'enfant sont éminemment conflictuels ne peut (...) qu'être récusé » pour conclure qu'en « se contentant d'analyser la partialité du juge envers la mère sans prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant ». La réponse de la 2^{ème} chambre était la suivante : « Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel qui, recherchant l'existence d'une éventuelle cause de récusation et prenant ainsi en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, a retenu qu'il ne résultait ni de la requête ni des pièces produites l'inimitié notoire alléguée du magistrat désigné dans la demande

démontre que la dynamique de la mise en œuvre de la CIDE devant les juridictions françaises n'est pas censé s'affaiblir. Néanmoins, les applications variables de l'article 3-1 de la CIDE ont poussé la doctrine à poser quelques interrogations pertinentes : « En premier lieu on peut se demander si l'intérêt de l'enfant s'impose comme une considération primordiale à ceux qui prennent des décisions susceptibles de le concerner⁶⁸⁸ » ? Claire Neirinck fait référence ici aux autorités administratives et au législateur. Comment peut-on avancer l'intérêt de l'enfant au moment où le droit pénal des mineurs s'aligne, inévitablement, sur le droit pénal des majeurs, que la protection des mineurs isolés étrangers n'est pas du tout effective⁶⁸⁹ ? Ce que l'auteur veut démontrer est que la mise en avant de l'intérêt de l'enfant par les autorités publiques est soumise à des préoccupations autres que l'enfant en particulier. Les services publics et l'Etat cherchent surtout, par le biais de ce critère malléable encore manipulable, à faire face à ses problèmes internes comme par exemple : la réduction du contentieux familial qui coûte cher à l'Etat. Mais, malgré cela, l'intérêt de l'enfant est-il toujours défendu correctement en particulier par les tribunaux? ».

Dans les arrêts invoqués précédemment, il est facile de s'apercevoir que la multiplicité d'interprétations peut souvent laisser échapper le vrai intérêt de l'enfant. La seconde remarque est que, après tout, il ne s'agit que de l'intérêt subjectif de l'enfant, c'est-à-dire un intérêt de l'enfant présumé par toutes les personnes qui l'entourent (parents, administrateur ad hoc, juges, personnels de l'action sociale, éducateurs et enseignants...) selon leur point de vue sur ce qui correspond à ce qui est important pour lui. Le critère de considération, tant recommandé dans les décisions qui concernent l'enfant, ne peut pas finalement être toujours au bénéfice de celui-ci, comme il ne peut pas être non plus constamment utilisé au mépris des autres intérêts. La confusion et l'ambiguïté est présente dans les deux sens. C'est pourquoi « son succès est facilement explicable : c'est une notion molle, imprécise et manipulable. Il est dès lors plus facile pour tout le monde de déclarer que l'article 3-1 est directement applicable que de prendre en compte les autres dispositions de la Convention⁶⁹⁰ ».

2. Une évolution timide des droits de l'enfant par le biais des articles 12-2, 7-1 et 9 de la CIDE

de récusation à l'égard de la requérante ou des éléments de nature à faire peser sur ce magistrat un soupçon légitime de partialité».

⁶⁸⁸ Claire NEIRINCK, « De la nécessité de prôner la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'élaboration des lois » in *Les droits de l'enfant 20ans après, l'intérêt supérieur de l'enfant face au politique*, Colloque, 18 novembre 2009, p.53

⁶⁸⁹ Cf. Jean-Luc RONGE, « Une absence volontaire de protection : les mineurs isolés étrangers victimes de maltraitance institutionnelle », *JDJ* n° 311, janvier 2012, p. 19-24

⁶⁹⁰ Claire NEIRINCK, *op. cit.*, p.54

412. L'applicabilité de l'article 12-2 de la CIDE a été consacrée explicitement par l'arrêt de principe du 18 mai 2005⁶⁹¹. Dans une affaire de fixation de la résidence habituelle d'un enfant à l'occasion du divorce des parents⁶⁹², le père, de nationalité française, a formé un pourvoi en cassation qui reprochait exclusivement à la Cour d'appel de ne pas avoir entendu l'enfant, alors que celle-ci, âgée de 12 ans, en avait fait la demande par une lettre adressée à la Cour d'appel pendant son délibéré. Le moyen de pourvoi ne faisait aucune référence à l'article de la Convention. Il invoquait uniquement une violation de textes de droit interne. Il s'agissait des articles 388-1 du code civil et 338-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile, selon lesquels le mineur capable de discernement peut demander à être entendu dans toute procédure le concernant ; il peut le faire en tout état de cause, et même devant la cour d'appel (sans toutefois avoir de ce fait la qualité de partie à l'instance). Le texte précise que, lorsque l'enfant en fait la demande, son audition ne peut être refusée que par une décision « spécialement motivée ».

En l'espèce, les juges d'appel sans répondre à cette demande, ni y faire la moindre allusion ont fixé la résidence de l'enfant chez sa mère aux Etats-Unis. La première chambre civile a confirmé la violation de la Cour d'appel non pas seulement sur la base légale des lois internes mais en visant les articles 3-1 et 12-2 de la Convention d'office : « Sur le moyen unique, après avis donné aux parties en application de l'article 1015⁶⁹³ du nouveau Code de procédure civile; Vu les articles 3-1 et 12-2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du nouveau Code de procédure civile;

413. En l'espèce, les juges d'appel, sans répondre à cette demande ni y faire la moindre allusion, ont fixé la résidence de l'enfant chez sa mère aux Etats-Unis. La première chambre civile a confirmé la violation de la Cour d'appel non seulement sur la base légale des lois internes mais en visant les articles 3-1 et 12-2 de la Convention d'office : « Sur le moyen

⁶⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 : note Frédérique GRANET-LAMBRECHTS et Yves STRICKLER, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille* 2005, comm. 15; Jean MASSIP, *Defrénois* 2005, p. 1418 et 1493 ; Cécile PETIT et note Cyril CHABER, *JCP* 2005, II, n° 10115; Claire NEIRINCK, *RDSS* 2005, 814; Jean HAUSER, *RTDciv* 2005, p. 585

⁶⁹² Après le divorce entre la mère de nationalité américaine et le père de nationalité française. L'enfant, une fillette alors âgée de 11 ans, résidait chez sa mère en France, lorsque celle-ci a décidé de retourner s'installer aux Etats-Unis. Le père a alors engagé une action tendant à la fixation auprès de lui de la résidence de l'enfant.

⁶⁹³ Article 1015 CPC : «Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Il en est de même lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné».

unique, après avis donné aux parties en application de l'article 1015⁶⁹⁴ du nouveau Code de procédure civile; Vu les articles 3-1 et 12-2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du nouveau Code de procédure civile;

Attendu que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale; que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel; que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée;

Attendu que l'enfant Chloé B..., née le 31 août 1990, dont la résidence a été fixée chez sa mère aux États-Unis, a demandé, en cours de délibéré, par lettre transmise à la Cour d'appel, à être entendue dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence; que l'arrêt attaqué ne s'est pas prononcé sur cette demande d'audition de l'enfant;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant, la Cour d'appel a violé les textes susvisés».

La Cour de cassation a continué d'invoquer l'applicabilité de l'article 12-2 combiné à l'article 3-1 de la CIDE dans un arrêt du 22 novembre 2005⁶⁹⁵, insistant par la même formule de l'arrêt de principe qu' « attendu que c'est à bon droit et en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3.1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990, et de son droit à être entendu dans toute procédure le concernant consacré par l'article 12-2 du même traité, que la Cour d'appel... ».

414. Faire référence à l'article 12-2 de la CIDE ne veut pas dire que l'audition de l'enfant est toujours prise en compte par la Cour. Ses interprétations écartent parfois les demandes d'audition établies par exemple par une autre personne que l'enfant. Il s'agit de l'arrêt du 19 septembre 2007 qui a été très critiqué par la doctrine⁶⁹⁶ du fait qu'il a considéré

⁶⁹⁴ Article 1015 CPC : «Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Il en est de même lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné».

⁶⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, Bull., 2005, I, n° 434, p. 364 : Jean HAUSER, « La référence à 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

⁶⁹⁶ Béatrice BOURDELOIS remarque que la première chambre ne répond pas sur ce texte : « La comparaison est frappante : là où la Cour de cassation, dans cet arrêt de 2005[11], et alors même que le pourvoi ne l'invoquait pas, a souligné que la Cour d'appel avait "tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant", elle se contente ici de relever que la Cour d'appel a pris en considération l'intérêt de l'enfant, sans viser aucun texte, sans même le qualifier de supérieur,

que l'audition de l'enfant devait être demandée au juge par l'intéressé lui-même et non pas par l'intermédiaire d'un tiers (en l'espèce, il s'agissait d'une assistante sociale). Bien que la Cour ait été accusé de « définir à sa convenance, les indications données par la convention internationale, l'étendue des droits qui peuvent être reconnus à l'enfant », le législateur a retenu l'interprétation de la Cour puisque l'article 388-2 du CPC ajouté par le décret du 20 mai 2009 que « la demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même, ou par les parties. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel ».

Ce ne sera pas la première fois que le législateur valide la position de la Cour en cette matière. Dans un arrêt du 3 décembre 2003⁶⁹⁷, la Cour de cassation a affirmé qu'il doit ressortir de la décision attaquée ou du dossier de procédure que les parents des enfants ou leurs conseils ont été avisés de l'audition de l'enfant par le juge⁶⁹⁸. Le fait d'être mis au courant de l'audition de l'enfant et l'accès au compte rendu de cette audition, notamment par les parents, évitent toute suspicion ou réticence par rapport à cette mesure, parce que « la solution contraire aurait en effet fragilisé la portée de l'audition de l'enfant en en faisant « une chambre noire » certainement peu conforme aux droits de l'enfant et à son intérêt⁶⁹⁹ ». Cette décision a été retenue par le législateur dans le décret du 20 mai 2009 en rajoutant un nouvel article (338-12 de la CPC) qui dispose que « dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il fait un compte rendu de cette audition. Ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire ».

415. La prise en compte de la portée de la parole de l'enfant n'est pas systématique selon la Cour de cassation. Son influence sur la décision de justice doit être appréciée par le juge. C'est ce que la Cour a décidé dans un arrêt du 3 décembre 2008⁷⁰⁰ lorsqu'elle a rappelé que le juge aux affaires familiales ne saurait déléguer ses pouvoirs en subordonnant sa décision relative au droit de visite et d'hébergement du père à la volonté des enfants. Cette position ferme de la Cour de cassation exprime une sorte de vigilance de sa part envers les risques d'une prise en compte excessive des propos de l'enfant, notamment dans la question

ce qui aurait été au moins une référence implicite à la Convention internationale, les textes internes n'employant pas un tel qualificatif » : *Revue critique DIP* 2008, p. 608.

⁶⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, Arrêt n° 1214, n° de pourvoi 07-11.552 : Pierre MURAT, *Droit de la famille* 2009, comm.n°27.

⁶⁹⁸ « Qu'en statuant ainsi, sans qu'il ressorte de la décision attaquée ou du dossier de procédure que les parents des enfants ou leurs conseils eussent été avisés de cette audition, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁶⁹⁹ Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE et, *op.cit.*, p. 1924

⁷⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, n° de pourvoi 07-19.767 : François CHENEDE, *AJ Famille* 2009 p. 31 ; Jean HAUSER, *RTDciv* 2009, p.112, Pierre MURAT, *Droit de la famille* 2008, n°31.

de droit de visite et d'hébergement, puisque ce choix peut se transformer facilement en une suppression complète des liens entre l'enfant et l'autre parent.

Nous pouvons dire que l'applicabilité de l'article 12-2 de la CIDE a été une bonne base pour l'adoption d'un texte précis sur les modalités de l'audition de l'enfant. Le décret du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice a été très attendu depuis la loi du 5 mars 2007. D'ailleurs, ce décret est venu consolider une grande partie de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'audition de l'enfant.

D'ailleurs, ce décret est venu consolider une grande partie de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'audition de l'enfant.

416. Le droit de l'enfant de connaître ses parents a été le seul droit de l'enfant importé de la CIDE qui ne figure dans aucun texte interne. Par le biais de l'arrêt du 7 avril 2006 (l'affaire Benjamin)⁷⁰¹, l'effet direct de l'article 7-1 de la CIDE a été reconnu par la Cour de Cassation « Vu l'article 7 § 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 335, 336, 341-1, 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; (...) Qu'en statuant ainsi, alors que, l'enfant ayant été identifié par M. X... à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'État, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus, le 26 avril 2001, consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel, la Cour d'appel, qui a méconnu le droit de l'enfant de connaître son père déclaré, a violé les textes susvisés».

Ainsi, sa décision de reconnaître l'établissement de la filiation naturelle du père d'un enfant né sous X, et ainsi la production de tous ses effets juridiques, constitue une évolution de la jurisprudence sur la base de l'article 7 de la CIDE.

⁷⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, n° de pourvoi 05-11285 et 05-11286 : Pierre MURAT, *Droit de la famille* 2006, n° 124 ; Janine REVEL, Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père, *Le Dalloz*, 29 juin 2006, n° 25, p. 1707-1710 ; Jean HAUSER, *RTD civ.* 2006, p. 292, Pascale SALVAGE-GEREST, « Un autre regard sur l'affaire "Benjamin" », *Recueil Dalloz* 2007 p. 879

417. Cependant, « cette décision sur la reconnaissance prénatale paternelle d'un enfant né d'un accouchement secret et anonyme ouvre-t-elle une identique espérance à tous les pères et tous les enfants nés dans ces conditions ?⁷⁰² ». Question à laquelle il a été répondu négativement par une autre décision des années plus tard. Ainsi, dans un arrêt du 8 juillet 2009⁷⁰³, la Cour de cassation n'a pas retenu l'article 7-1 de la CIDE dans une affaire où l'accouchement sous X était également au centre de l'espèce. Certes, la référence à l'article 7-1 faisait défaut mais dans la deuxième branche du pourvoi, le droit de l'enfant d'établir sa filiation maternelle a été invoqué. Dans cette affaire il s'agissait d'un enfant né sous X est placé en vue d'adoption. Les supposés grands-parents maternels qui ont découvert dans les affaires de leur fille décédée des éléments leur permettant de supposer que l'enfant est leur petit-fils sont intervenus volontairement à l'instance en adoption. La Cour de cassation a jugé qu'en absence de filiation établie entre leur fille et l'enfant né, les grands-parents n'avaient pas qualité pour intervenir à l'instance en adoption : « L'intervention volontaire dans une procédure d'adoption plénière de tiers se disant les grands-parents maternels d'un enfant immatriculé définitivement comme pupille de l'État et placé en vue de son adoption est irrecevable, faute de qualité à agir, dès lors que le lien de filiation entre leur fille et cet enfant dont la mère a décidé d'accoucher anonymement n'est pas établi ».

418. Malgré les grandes disparités entre le premier et le second arrêt, notamment dans la qualité des demandeurs (le père biologique dans le premier et les grands-parents dans le second), il s'agit des mêmes droits reconnus à l'enfant, celui de connaître ses parents. Dans le cas de l'arrêt de 2009, cette connaissance allait se faire par l'intermédiaire des grands-parents. Néanmoins, cette possibilité n'a pas été prise en compte par la Cour de cassation. Par contre, dans une récente décision de la Cour d'appel d'Angers du 26 janvier 2011⁷⁰⁴, la juridiction de fond a reconnu aux grands-parents la qualité d'agir sur la base du lien visé dans l'article L 224-8 du CASF. Cette décision a été critiquée par une partie de la doctrine d'une part, sur le point de la désignation des grands-parents comme parents adoptifs de l'enfant de leur fille née en secret, et d'autre part, sur le fait que cette décision est un plaidoyer contre l'accouchement sous X .

⁷⁰² Claire NEIRINCK, *Revue de droit sanitaire et social* 2006, p. 575

⁷⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-20153 : Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, *Dalloz* 2010, p. 1442

⁷⁰⁴ C.A d'Angers, 26 janv. 2011, n° 10/01339 : Inès GALLMEISTER, *D.* 2011, p.1053; François CHENEDE, *AJ famille* 2011, p.156, Sylvie MOISDON-CHATAIGNER, *Revue de droit sanitaire et social* 2011, p. 329

En effet, elle affirme « l'impossible justificatif du choix des grands-parents par le droit de connaître ses origines⁷⁰⁵ » consacré par l'article 7-1 de la CIDE. En effet, bien que cette disposition exprime une préférence à la famille du sang pour pourvoir au mieux aux intérêts de l'enfant, cette prévalence n'est pas absolue et ne vise pas de manière égale tous les membres de la famille de l'enfant⁷⁰⁶. Il est vrai que les grands-parents ne sont pas au même niveau que le père⁷⁰⁷. Cependant, ils sont parmi les membres de la famille les plus proches pour un enfant, notamment les grands-parents maternels. Ce qu'il est important de vérifier, pour que cette désignation soit dans l'intérêt de l'enfant, c'est la capacité de ces grands-parents (mentale, matérielle et physique...) d'élever un enfant dès son jeune âge jusqu'à sa majorité. Dans tous les cas (que les grands-parents s'en occupent continuellement ou juste pour une période déterminée), l'essentiel est que cet enfant aura la possibilité de connaître ses origines et de vérifier ensuite progressivement si son intérêt permet de rester avec ses grands-parents ou pas.

Par ailleurs, en ce qui concerne le fait que cette décision remette en cause l'accouchement sous X, il n'est pas sûr que ce soit le cas. Cependant, elle démontre, par contre que la jurisprudence ne sera jamais stable tant que la possibilité d'accoucher anonymement ne sera pas supprimée⁷⁰⁸.

419. Un autre droit de l'enfant insuffisamment applicable devant les juridictions françaises concerne le droit de l'enfant de maintenir des relations avec ses deux parents sous la base de l'article 9 de la CIDE.

Ce dernier article, qui pourrait être cité dans tous les cas de séparation de parents, est rarement invoqué dans les pourvois. Toutefois, la Cour de cassation retient la motivation basée sur cet article dans un arrêt du 22 mai 2007⁷⁰⁹ quand elle a été saisie de deux pourvois formés dans la même affaire contre deux décisions de la Cour d'appel de Montpellier : le premier sur la procédure engagée par la mère relative à l'autorité parentale et le second sur la procédure de retour engagée par le père. C'est sur ce dernier pourvoi que l'article 9-3 a été repris par la Cour de cassation : « Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que Mme Y a été privée de sa fille

⁷⁰⁵ Sylvie MOISDON-CHATAIGNER, « L'avenir d'un enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels », *Revue de droit sanitaire et social* 2011 p. 329

⁷⁰⁶ Cf. Françoise DEKEUWER-DEFOSSER, Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation, *Rev. Lamy droit civil* 2010, n° 70, p. 39-43: citée par Sylvie MOISDON-CHATAIGNER, *op.cit.*

⁷⁰⁷ On fait référence à l'arrêt du 7 avril 2006 (l'affaire Benjamin) cité auparavant.

⁷⁰⁸ D'ailleurs, cette proposition a été faite par Mme BERANGERE Brigitte dans le rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret du 12 novembre 2010.

⁷⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, n° de pourvoi 06-12687, Bull 2007, I, n° 199

pendant toute la période où celle-ci a vécu auprès de son père ; qu'elle n'a pu voir sa fille alors âgée de quatre ans lorsqu'elle était chez son père qu'à deux reprises en 2001, et pas durant toute l'année 2002 ; que M. Z X n'a pas exercé de bonne foi la garde qui lui était confiée dans le cadre d'un simple droit de visite et d'hébergement ; ensuite, que l'intérêt supérieur de l'enfant , qui impose de veiller à ce que celui-ci entretienne des relations personnelles avec chacun de ses parents en application de l'article 9-3 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant , est, en l'état, mieux assuré par le maintien actuel de l'enfant en France que par son retour immédiat au Maroc, qui aboutirait, au vu des éléments de l'espèce, à une rupture totale et non préparée des liens entre la mère et une enfant de sept ans, rupture constitutive d'un traumatisme psychique majeur contraire à l'intérêt et au bien-être de l'enfant ; que par ces appréciations souveraines, la Cour d'appel a caractérisé le risque grave que le retour de l'enfant aurait entraîné pour sa sécurité au sens de l'article 25 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 ; que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ».

En l'occurrence, la Cour de cassation a été convaincue par les arguments de la Cour d'appel de Montpellier sur la difficulté de la mère de pouvoir entretenir des relations personnelles avec son enfant en cas de son retour au Maroc, ce qui entraînerait une rupture des liens maternels dangereuse pour l'enfant⁷¹⁰.

420. Dans un autre arrêt du 27 mars 2008⁷¹¹, la Cour de cassation a validé la décision de la Cour d'appel de Caen en reprenant sa motivation qui invoquait le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec les deux parents sans invoquer explicitement l'article 9 de la CIDE : « Mais attendu que l'arrêt relève d'une part, qu'il ressort de très nombreux témoignages circonstanciés que pendant la vie commune, M. X... en raison de sa parfaite disponibilité, étant à la retraite, consacrait une grande partie de son temps à Maelyse dont il s'occupait au quotidien et qu'il justifie continuer à habiter dans la maison qui était celle du couple et de l'enfant ; que, par ailleurs, le maintien de relations mère-enfant régulières était

⁷¹⁰ « Indirectement, ce sont les dispositions du droit marocain en matière de garde qui sont critiquées. En relevant les difficultés rencontrées par la mère pour avoir des relations avec l'enfant confié au père et en l'érigant en risque grave, l'arrêt souligne le fait que le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses deux parents n'a pas été assuré par les autorités marocaines.

L'état du droit dans le pays de la résidence habituelle de l'enfant et la possibilité pour les autorités locales d'assurer effectivement la protection de l'enfant sont des éléments déterminants lorsqu'il s'agit d'ordonner le retour d'un enfant. Le Règlement Bruxelles II bis invite ainsi le juge saisi de la procédure de retour à prendre en compte l'existence de telles mesures de protection (art. 11, 4). En l'espèce, il semble que l'incapacité des autorités marocaines à faire respecter le droit de l'enfant à entretenir des relations avec sa mère ait été un élément déterminant de la solution de la Cour de cassation » : Alexandre BOICHE, « Une double illustration des dispositions de la Convention franco-marocaine en matière de protection des mineurs », *AJ Famille* 2007 p. 356

⁷¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2008, n° de pourvoi 07-14.301

indispensable à l'équilibre de Maelyse et qu'il était primordial que l'enfant puisse passer au moins deux mois entiers chaque année avec sa mère ; que l'arrêt relève d'autre part que Mme Y..., tout en reconnaissant l'existence de liens très forts entre l'enfant et son père, a quitté brusquement et à l'insu de ce dernier le domicile commun, sollicite l'exercice exclusif de l'autorité parentale et demande que M. X... ne bénéficie d'aucun droit de visite et d'hébergement ; que la Cour d'appel, qui a pris en considération les besoins de l'enfant, a souverainement estimé qu'il était de son intérêt de fixer sa résidence chez son père, qui apparaissait le plus apte à respecter les droits de l'autre parent ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ».

En fin de compte, le bilan de l'application directe de la Convention des droits de l'enfant devant les juridictions internes est mitigé. Il est certain que l'invocabilité de ces quelques articles reconnus d'effets directs (les articles 3-1, 12-2, 7 et 9) par les pourvois ou d'office par la haute juridiction n'est pas régulier dans les affaires concernant l'enfant. En conséquence, « il n'est pas certain que l'application directe des articles de la Convention ait entraîné une véritable promotion des droits de l'enfant énoncés par le traité ⁷¹² ». En revanche, ce qui a été mis en avant par l'application directe de la Convention est l'intérêt supérieur de l'enfant. L'excès de l'utilisation de cette disposition met les autres textes dans une position fragile et peu efficace écartant, ainsi, la possibilité de leur application directe devant les juridictions françaises.

B. La question en suspens de l'applicabilité du reste des dispositions de la CIDE

421. Alors même que la Cour de cassation n'utilise plus la méthode globale d'analyse de l'effet direct pour reconnaître l'applicabilité de la CIDE et procède désormais à l'interprétation du traité article par article, « les contraignantes conditions attachées à ce mécanisme excluent trop de dispositions conventionnelles de la justiciabilité ⁷¹³ ». En effet, en s'attachant au critère subjectif et objectif de l'effet direct ⁷¹⁴, il est difficile même en analysant partiellement les dispositions de la CIDE, d'arriver à les appliquer complètement. La

⁷¹² Première chambre civile de la Cour de cassation, « L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant » in *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport annuel de la Cour de cassation, 2009, p.94

⁷¹³ Carine LAURENT-BOUTOT, *op. cit.*, p. 258. Il faut signaler ici que dans son côté, le Conseil d'Etat a revisité la théorie de l'effet direct par un arrêt d'assemblée du 11 avril 2012, GISTI et FAPIL (req. n° 322326, v. p. 735 Décision de Jurisprudence) en redonnant une définition claire et moins restrictive de l'effet direct : Cf. paragraphe 1 de la Section 1 (L'effet direct élargi et assoupli avec l'arrêt GISTI 2012).

⁷¹⁴ Cf. Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, pp.357 et s. (le critère subjectif) et pp. 438 et s. (le critère objectif)

condition objective de l'effet direct tient à la qualité de la norme. Ainsi, afin d'être directement applicable, la disposition de la CIDE doit revêtir certaines qualités de clarté, de précision et de complétude⁷¹⁵ tandis que la condition subjective suppose que la règle crée des droits destinés directement aux individus. En acceptant l'applicabilité des articles 3-1, 12-2, 7-1 et 9 de la CIDE, la Cour de cassation considère que ceux-ci sont assez clairs, précis et créent directement des droits subjectifs pour l'enfant. Pourtant, cette vision n'est pas tout à fait évidente. A titre d'exemple, « c'est l'article 3-1 de la Convention de New York qui a été choisi par la Cour de cassation pour inaugurer sa jurisprudence nouvelle, alors même que cette disposition relative à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est tout de même pas de celles dont les caractéristiques sont les plus à même de satisfaire aux critères de l'applicabilité directe précédemment évoqués ⁷¹⁶».

Il est certain que les formulations de l'article 3-1 (Dans toutes les décisions qui concernent les enfants (...) l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale) comme celle de l'article 7-1 (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 de l'article 12-2 (à cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant) ont facilité leur effet direct puisqu'elles ne contiennent pas de recommandations semblant s'adresser aux États. Toutefois, les dispositions de la CIDE n'obéissent pas toutes au même schéma. Par exemple : l'article 9-3 de la CIDE reconnu d'application directe dans l'arrêt du 22 mai 2007 contient la formulation suivante : « Les États 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 intérêt supérieur de l'enfant ». Pourtant, son caractère rédactionnel n'a pas empêché la Cour de cassation de l'invoquer dans l'arrêt en question.

422. Cela signifie que ce n'est pas la formulation en elle-même qui détermine l'effet direct de la règle conventionnelle. D'ailleurs, le revirement de la jurisprudence *Le Jeune* en est la première preuve puisque la Cour de cassation a changé son raisonnement sur le même texte jugé en bloc comme étant dépourvu d'effet direct.

⁷¹⁵ Hervé BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue dans l'ordre juridique belge », *RBDI*, 1996, p.33

⁷¹⁶ Dominique BUREAU, « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *Revue critique de droit international privé* 2005, p. 679

En outre, il est incertain d'affirmer que la Cour de cassation a reconnu l'effet direct de l'article 3-1 de la CIDE parce qu'il est clair et précis. Loin de là, la jurisprudence postérieure à l'application directe de l'intérêt supérieur de l'enfant a démontré de quelle façon cette disposition ouvre des possibilités démesurées quant aux interprétations, ce qui accentue son caractère imprécis et insaisissable⁷¹⁷.

423. Par ailleurs, la reconnaissance de l'effet direct des articles 3-1, 12-2, 7-1 et 9 signifie que ces derniers créent des droits directement applicables aux individus, c'est-à-dire conformes au critère subjectif de l'effet direct. Cela implique en conséquence, et inversement, que le reste des dispositions de la CIDE, dépourvues jusqu'à maintenant d'effet direct, ne créent pas de droits directement applicables à l'enfant. Cette équation ne semble pas être justifiée du point de vue d'un traité protecteur de droit de l'Homme. Ainsi, selon le Professeur Sudre, « la règle internationale protectrice des droits de l'Homme n'est pas une règle internationale comme les autres : elle n'est pas soumise au principe de réciprocité et elle bénéficie d'une présomption d'applicabilité directe⁷¹⁸ ». En effet, la Convention des droits de l'enfant fait partie des traités relatifs aux droits de l'Homme. La spécificité de ce genre de traité fait en sorte que son applicabilité soit présumée puisque la finalité des droits de l'Homme est l'individu. C'est pourquoi, selon le Professeur Combacau, « il est difficile de ne pas déceler l'intention des parties de créer des droits au profit de leurs sujets⁷¹⁹ ». De ce point de vue, si l'individu lui-même ne peut pas se prévaloir des droits cités dans ces Conventions notamment par la voie de la justiciabilité, est-ce que l'Etat partie lui garantit complètement la réalisation de ses droits ?

424. Le caractère objectif des droits de l'Homme fait que la Convention relative aux droits de l'enfant constitue un engagement des Etats parties envers les bénéficiaires de ces droits qui sont les enfants. En effet, la CIDE engage la responsabilité des Etats de garantir les droits de l'enfant et doit permettre, simultanément à ces derniers et à leurs représentants légaux, de demander aux tribunaux nationaux d'en assurer le respect. « Cette analyse est renforcée par les interprétations des organes supranationaux de contrôle chargés de veiller au

⁷¹⁷ Cf. le sous paragraphe précédent (A. 1)

⁷¹⁸ Frédéric SUDRE, *La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux in Droit et Libertés fondamentaux*, ouvrage sous la direction de Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE Thierry REVET, 4^{ème} édition, Dalloz, 1997, Paris, p. 41.

⁷¹⁹ Jean COMBACAU, *Le droit des traités, Que sais-je ?* PUF, 1991, Paris, p. 75

respect des obligations conventionnelles. Selon eux, la volonté des Etats de créer des droits à destination des individus ne peut être remise en cause⁷²⁰ ».

Le texte de la CIDE comporte des dispositions qui dénomment clairement des droits destinés à l'enfant : le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux (article 7) ; le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales (article 8) ; 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 (article 9-3) ; le droit de l'enfant à la liberté d'expression (article 13) ; le droit de l'enfant à la liberté de penser, de conscience et de religion (article 14) etc. En l'occurrence, il est difficile de concevoir que les droits cités dans la CIDE ne créent pas de droits destinés directement à l'enfant.

L'application rigoureuse des deux critères de l'effet direct restreint l'application directe du reste des articles de la CIDE. C'est la raison pour laquelle il est indispensable de présumer que le critère subjectif est réalisé, ce qui « imposerait simplement à la Cour de cassation de rechercher si la qualité de la norme permet son effet direct⁷²¹ ». Sur ce dernier point, la reconnaissance de l'effet direct de l'article 3-1 de la CIDE nous a démontré que ce n'est pas l'aspect rédactionnel qui tranche la question de l'effet direct.

425. C'est pourquoi, revendiquer l'applicabilité des autres dispositions de la CIDE n'est pas une chose impossible que ce soit sur le fondement du critère objectif ou subjectif. En effet, la formulation de certains articles de la CIDE répond parfaitement aux critères objectifs de l'effet direct. C'est-à-dire, la clarté, la précision et l'inconditionnalité. Ainsi, l'article 8 de la CIDE par sa formulation claire et précise sur le droit de l'enfant « de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom (...) » ne prête à aucune confusion et ne comporte pas de nuances dans son interprétation. D'ailleurs, dans un arrêt de rejet de la Cour de cassation du 6 janvier 2010⁷²², cette dernière a invoqué l'article 8 de la CIDE en indiquant la justification légale de la cour d'appel de Grenoble sur le refus l'adjonction de nom d'un enfant : « Mais attendu d'abord, que l'article 334-3 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi no 93-22 du 8 janvier 1993, applicable en l'espèce dès lors que l'enfant est née avant le 1er janvier 2005 et que la demande a été faite avant le 1er juillet 2006, autorise l'enfant naturel à substituer le

⁷²⁰ Carine LAURENT-BOUTOT, *op. cit.*, p.111

⁷²¹ Carine LAURENT-BOUTOT, *op. cit.*, p. 109-110

⁷²² Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2010, n° de pourvoi 08-18.871 : Vincent EGEE, « Le port du nom d'un seul parent à l'épreuve des droits fondamentaux », *Dalloz actualité* du 26 janvier 2010. Quelques années auparavant, la première chambre civile a pu casser un arrêt d'appel qui avait procédé à une telle adjonction de nom (Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2007, François CHENEDE, *AJ famille* 2007, p. 141; Jean HAUSER, *RTD civ* 2007, p. 307

nom de son père à celui de sa mère, et inversement celui de sa mère à celui de son père, mais ne lui permet pas d'ajouter un des noms à l'autre ; ensuite, que cette disposition ne porte pas atteinte au droit de l'enfant de préserver son identité, dès lors que cette enfant dispose d'un état civil conforme à la loi et aux relations qu'elle entretient avec son père depuis sa naissance, c'est sans violer l'article 8 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la cour d'appel a refusé l'adjonction demandée par Mme X... ; que par ce motif, substitué dans les conditions de l'article 1015, l'arrêt se trouve légalement justifié ».

Dans cet arrêt, la Cour ne se contente pas de rejeter le pourvoi et ne manque pas l'occasion d'insister sur le fondement de sa décision en approuvant la motivation de la cour d'appel sur la base légale de l'article 334-3 du code civil, les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 8 de la CIDE. Bien que ce soit un arrêt de rejet dont la cour ne procède pas à l'interprétation du texte international et par ricochet ne statue pas sur la question de son effet direct, elle n'a pas écarté le fondement de l'article 8 de la CIDE. En conséquence, dans ce genre de décision, « il ne peut se déduire de ces arrêts ni admission, ni négation du caractère de l'effet direct du texte invoqué au soutien du pourvoi⁷²³ ». Finalement, il n'est pas impossible que l'effet direct d'autres dispositions de la CIDE soit reconnu dans l'avenir⁷²⁴.

Paragraphe 2 : Le défi du juge marocain

426. Dans la Constitution de 2011, le Maroc affirme pour la première fois la primauté des traités internationaux dans son article 55. Cependant, cela n'a pas entraîné une application directe de toutes les Conventions signées et ratifiées par le Maroc devant les juridictions internes. Ainsi, malgré la publication de la CIDE, ses dispositions sont dépourvues d'effet direct. Les différentes raisons de l'inapplicabilité de la CIDE évoquées lors des développements précédents mettent un accent sur le rôle du juge dans cette question. C'est ce dernier qui est amené à concrétiser la primauté de la CIDE conformément au nouvel article de la Constitution. Si le rôle du législateur consiste à conformer les lois nationales aux engagements internationaux, celui du juge est de contrôler la compatibilité des lois concernant l'enfant à la CIDE, de pratiquer un contrôle de conventionalité qui le conduira parfois à appliquer le texte conventionnel par préférence au droit national.

⁷²³ Carine LAURENT-BOUTOT, *op. cit.*, p.88

⁷²⁴ Cf. paragraphe 1 de la Section précédente (B. Une reconnaissance incomplète de la CIDE)

427. En ce qui concerne le premier point, le législateur n'a pas manqué de revoir sa législation interne en intégrant les dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Toutefois, la lacune de l'application de la CIDE par le juge interne est encore présente. En effet, le législateur marocain a accompli sa tâche consistant à réformer la loi nationale en considération des dispositions conventionnelles de la CIDE, tandis que le juge s'abstient de les faire appliquer. De cette façon, il est évident que « la balle se trouve dans le camp » du juge. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il est le seul responsable. Il s'agit en général de toute l'appareil juridictionnel, de son indépendance, de ces capacités, de l'accomplissement de sa mission de « dire le droit » et notamment de sa volonté à prévaloir le droit des individus et plus spécialement celui des enfants (A).

L'application de la CIDE devant les juridictions marocaines n'est pas impossible puisqu'il n'existe aucune interdiction à cela. Dès lors que la Convention est ratifiée et publiée, elle est censée être appliquée par le juge sauf décision de celui-ci déclarant le contraire. Jusqu'à aujourd'hui, la Cour suprême marocaine n'a affirmé ni explicitement ni implicitement la non-application directe de la CIDE, ce qui ouvre une grande brèche devant les juridictions de fond qui doivent motiver leur dispositif en s'appuyant sur la disposition conventionnelle, et en conséquence pousser la Cour suprême à se prononcer sur la règle internationale.

428. L'intérêt porté à la CIDE peut être suscité par les autres praticiens du droit travaillant en équipe avec le juge comme l'avocat, les assistantes sociales, les fonctionnaires de la protection de l'enfance et les délégués chargés de la liberté surveillée... Ces acteurs sont formés davantage pour mettre en œuvre la Convention des droits de l'enfant et peuvent inciter les juges à l'appliquer directement ou, au moins, à respecter les principes de ses dispositions (B).

A. Les facteurs favorables à l'application de la CIDE par le juge marocain

429. La responsabilité qu'a le juge de « dire le droit » l'oblige à prendre en considération les Conventions internationales ratifiées par le Maroc. Il est tenu comme le législateur et l'administration de faire appliquer le droit international sous l'égide du fameux principe de droit international public *Pacta sunt servanda*. Ce principe a été rappelé dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, ratifiée par le Maroc⁷²⁵, dont l'article 26 précise que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de

⁷²⁵ Dahir du 8 août 1973 portant publication de la convention sur le droit des traités faite à Vienne le 23 mai 1969, Bull.off. , n° 3239 du 27 novembre 1974, p. 1626.

bonne foi » et l'article 27 énonce qu'« une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

430. En ce qui concerne la CIDE, il existe plusieurs facteurs qui sont favorables à son application par le juge marocain, notamment avec la Constitution de 2011. Désormais, le texte de base consacre clairement la supériorité des traités internationaux par rapport à la législation interne selon l'article 55. L'affirmation de la place de la norme internationale doit, en principe, permettre au juge d'exercer son contrôle de conventionalité (1). Cependant, cela ne peut être effectif si le juge n'est pas indépendant dans la prise de ses décisions. Ainsi, la Constitution de 2011 a réaffirmé l'indépendance des juges dans les articles 107, 108 et 109 et l'a également concrétisée dans le cadre de la réforme de la justice lancée par le Roi Mohamed IV le 20 août 2009 (2).

La formation du juge est un élément essentiel qui contribue à la mise en application de textes autres que les lois internes. La connaissance des Conventions internationales ratifiées et publiées par le Maroc est la première condition pour que celles-ci soient appliquées par le juge (3). Cependant, « la rareté de la jurisprudence en matière de traité ne permet pas d'avoir une vue très précise du juge quant à leur place en droit interne⁷²⁶ ». Les lacunes, en général, de la jurisprudence du système judiciaire marocain, démontrent qu'il n'existe pas un véritable effort d'interprétation et de réflexion de la part du juge qui lui poussera à chercher dans le droit international (4).

Finalement, la coopération bilatérale et internationale ainsi que les conventions d'entraide judiciaire constituent un facteur important de l'application directe de la CIDE (5).

1. La base légale de l'article 55 de la Constitution

431. L'article 55 de la Constitution de 2011 ouvre la possibilité au juge marocain de statuer sur la Convention des droits de l'enfant. Cette dernière, ratifiée et publiée au Bulletin officiel, devient applicable devant les juridictions marocaines. L'affirmation de la suprématie de la règle internationale à la règle interne est le premier pas de la reconnaissance de l'effet direct de la CIDE. Si avant, le statut ambigu des conventions internationales dans la Constitution était un obstacle à la manœuvre du juge, désormais ce dernier n'a plus d'excuse pour ne pas les appliquer. Cependant, jusqu'à aujourd'hui, aucune jurisprudence n'affirme son applicabilité ni d'une manière explicite ni d'une manière implicite. D'ailleurs, la

⁷²⁶ Mohammed Amine BENABDALLAH, « Les traités en droit marocain », *REMALD*, n° 94, septembre-octobre 2010, p. 13

suprématie du traité international ne peut se concrétiser que si le juge arrive à interpréter la disposition conventionnelle, c'est-à-dire déterminer son effet direct. Dans le cas contraire, on ne peut pas parler de suprématie du texte international. En conséquence, tout dépend du juge et de son audace à invoquer la Convention et faire un contrôle de conventionalité⁷²⁷.

2. L'indépendance du juge réaffirmée par la Constitution et le projet de la réforme de la justice⁷²⁸

⁷²⁷ Pourtant, il existe des décisions qui dénie toute compétence de la Cour suprême (désormais la Cour de cassation) et de la Cour constitutionnelle à contrôler la conventionalité d'une loi nationale. Il s'agit d'une décision en 1962 dont le juge de l'excès de pouvoir avait considéré « qu'il n'appartient pas à la Cour suprême, statuant comme juge de l'excès de pouvoir, de contrôler la conformité d'un acte législatif avec les dispositions d'un traité international » C.S.A., 19 mars 1962, Société huilrière annexe, Recueil des Arrêts de la Cour suprême, 1961-1965, p. 42. Dans une autre décision en 1963, la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, ancêtre du Conseil constitutionnel, s'était déclarée incompétente pour contrôler la conformité des traités internationaux à la Constitution en justifiant que cette dernière lui attribuait une compétence d'attribution n'englobant pas le contrôle des traités internationaux, Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, décision n° 1 du 31 décembre 1963 relative au règlement intérieur de la Chambre des représentants, voir le considérant 19, Bull. Off., n° 2672 du 10 janvier 1964, p. 52.

⁷²⁸ Le lancement de cette réforme a été la concrétisation du discours royal adressé à la Nation en 2009 à l'occasion du 56ème anniversaire de la Révolution du Roi et du Peuple où le Souverain a évoqué une réforme « globale et profonde » de la justice : « Depuis que Nous est échu la charge d'assurer la conduite de la Nation, Nous avons placé au cœur de Nos préoccupations, la réforme de la justice, une réforme qui procède d'une vision innovante, en rupture avec les accumulations négatives issues des approches unilatérales et partielles ». Ainsi, pour y procéder, le Souverain a pris en charge l'installation de la Haute instance du dialogue national sur la réforme de ce secteur. Il s'agit, comme l'avait souligné SM le Roi, d'un cadre institutionnel de réflexion et d'échange de savoir-faire, sur les questions ayant trait à la justice. Pour la conduite de ce processus, le Roi avait alors défini une « feuille de route » claire à même de parvenir à une réforme qui respecte les engagements internationaux du Maroc ainsi que ses constantes, en premier lieu la Commanderie des croyants qui fait du Souverain le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Les thèmes qui seront traités et discutés par cette instance sont les suivants : en ce qui concerne la moralisation du système de la justice et appui à sa contribution dans la lutte contre la corruption : Appui à la transparence et diffusion de l'information judiciaire et juridique ; Développement et promotion des sections des crimes financiers ; Développement de la législation en vue d'une plus grande moralisation des métiers judiciaires ; Développement et promotion des moyens de prévention et de répression de la corruption Développement et promotion des codes déontologiques dans tout le système de la justice . Dans l'objectif du Rehaussement du système de la justice pénale Réformes du code pénal : réformes du code de procédure pénale ; Modes alternatifs à la peine de prison et droits des détenus ; Droits des victimes de crimes ; Justice des mineurs ; Réforme de la justice militaire. Pour la Facilitation de l'accès à la justice, renforcement de l'efficacité de la justice et de la qualité des jugements : Réforme de la carte judiciaire conformément aux orientations de la régionalisation, rationalisation des investissements et facilitation de l'accès à la justice. On trouve aussi l'objectif de l'augmentation du nombre de magistrats, rationalisation du fonctionnement des ressources humaines et répartition des charges avec objectivité et responsabilité : Restructuration du greffe ; Facilitation des procédures ; Renforcement des mécanismes d'exécution des jugements et accélération des procédures d'exécution Assistance judiciaire et juridique Promotion de la justice de proximité ; Encouragement des modes alternatifs de résolution des conflits ; Elargissement de l'utilisation de l'informatique. S'agissant de la mise à niveau des ressources humaines : Formation Motivation, amélioration de la situation matérielle et des conditions de travail ; Apprentissage de l'informatique et la bonne gestion ; Développement de la loi et des prestations de la Fondation Mohammedia des magistrats et des fonctionnaires de la justice. Outre, l'objectif d'une mise à niveau et modernisation du système de la justice : Développement du cadre juridique et des structures administratives du Ministère de la Justice et des Libertés ; Modernisation des lois et des procédures notamment dans le domaine de l'investissement, des affaires, des libertés générales (y compris la liberté d'expression) ; Elargissement de l'utilisation de l'informatique ; Modernisation des lois régissant les métiers judiciaires.

Finalement, en ce qui est de l'indépendance de la justice et le statut des magistrats : Concept de la loi réglementant le pouvoir judiciaire ; Concept du statut des magistrats ; Concept de l'inspection judiciaire ; Le parquet général et sa relation avec les autres institutions : accès web au site du gouvernement du Royaume du Maroc.

432. Le principe de l'indépendance de la justice est un principe constitutionnel. Il a été réaffirmé par la Constitution de 2011 dans les articles 107, 108 et 109⁷²⁹. Il s'agit, d'abord, de la séparation des pouvoirs : une séparation de la justice et du juge du pouvoir politique que ce soit dans sa composante exécutive ou législative. En effet, l'intervention du politique ne peut se faire que par la fixation des normes au respect desquelles le juge aura ensuite la charge de veiller. Ensuite, l'indépendance des juges est assurée par les conditions de recrutement, de la formation, et dans le déroulement de leur carrière. A ce sujet, le Maroc a réalisé plusieurs réformes concernant l'amélioration du statut du juge en adoptant le décret relatif à la révision de la situation matérielle des Magistrats et Fonctionnaires ainsi que la révision de l'article 4 du Statut Général de la Fonction Publique. Ainsi, l'amélioration de la situation sociale des magistrats constitue l'un des facteurs essentiels qui contribuent à leur indépendance.

C'est pourquoi les réalisations à ce niveau ont inclus la mise en place d'un projet de loi portant création et organisation de la Fondation *Mohammédia* des Œuvres Sociales des Magistrats et des Fonctionnaires du Ministère de la Justice ; la signature de 2 conventions d'une enveloppe de 23 millions de dirhams, au profit de 24000 adhérents, relatives respectivement à la couverture médicale complémentaire et à la mise en place d'un système d'assistance et de transfert médicaux ; L'élaboration de projets de conventions visant à promouvoir l'habitat à des prix préférentiels et des taux relativement bas au profit des magistrats et des fonctionnaires de la Justice ; l'exécution de plusieurs programmes en vue de rehausser la qualité des services des centres d'estivage dépendant de l'Association, ainsi que l'augmentation des opportunités de bénéficier de colonies de vacances d'été au profit des enfants du personnel judiciaire ; l'octroi de Bourses de mérite scolaire au profit des enfants du personnel judiciaire⁷³⁰. D'ailleurs, il est important de souligner que ce qui est réellement

⁷²⁹ Article 107 : « Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Le Roi est le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire ».

Article 108 : « Les magistrats du siège sont inamovibles ».

Article 109 : « Est proscrite toute intervention dans les affaires soumises à la justice. Dans sa fonction judiciaire, le juge ne saurait recevoir d'injonction ou instruction, ni être soumis à une quelconque pression. Chaque fois qu'il estime que son indépendance est menacée, le juge doit en saisir le Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire.

Tout manquement de la part du juge à ses devoirs d'indépendance et d'impartialité, constitue une faute professionnelle grave, sans préjudice des conséquences judiciaires éventuelles.

La loi sanctionne toute personne qui tente d'influencer le juge de manière illicite ».

⁷³⁰ Ministère de la justice, Réalisation au titre de processus de la réforme globale et profonde du système de la justice : Bilan concis des domaines à priorité, août 2011, p.4

important est l'indépendance des juges et non de la justice puisque cette dernière « ne peut être indépendante si ceux qui la rendent ne le sont pas⁷³¹ ».

433. Une autre expression de l'indépendance des juges réside dans la réalisation de leur mission de « dire le droit ». Dans cette fonction, le juge est libre, « libre de qualifier, libre d'interpréter, finalement libre de statuer⁷³² ». Cette liberté bien que limitée par la loi, est acquise pour le juge. C'est pourquoi, dans la question d'interprétation de la norme internationale, le juge ne peut pas s'excuser du fait qu'il n'a pas la compétence ou la liberté d'y procéder⁷³³. De plus, sa mission l'oblige à « avoir épuisé les ressources de la connaissance (...) avant de recourir à celles de la volonté, qui n'est ici qu'un pseudonyme de son propre libre arbitre⁷³⁴ ». C'est à ce niveau qu'intervient son invocation de la norme internationale et son devoir de revenir à des Conventions internationales. Sa connaissance de l'existence de Conventions internationales est désormais renforcée par la diffusion de celles-ci dans le Bulletin officiel et dans le cadre de leur formation initiale et continue.

3. La formation continue des juges

434. L'application directe de la CIDE par le juge marocain est conditionnée, d'abord, par sa connaissance du texte international, de ses dispositions, de ses travaux préparatoires ainsi que ses interprétations, notamment celles qui proviennent de son Comité de contrôle, le Comité des droits de l'enfant. Ainsi, les connaissances du juge sur la Convention sont indispensables malgré le constat d'un grand déficit au niveau de la formation initiale et continue du juge marocain⁷³⁵. Néanmoins, les efforts entrepris par l'Institut Supérieur de la Magistrature (ISM) font en sorte de contenir dans les programmes de la formation des juges des connaissances du droit international, notamment le droit international des droits de

⁷³¹ Guy CARCASSONNE, « Rapport introductif » in *L'indépendance de la justice*, Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Dakar 2007, p.36

⁷³² Guy CARCASSONNE, *op. cit.*, p.38

⁷³³ « (...) Passons aux conventions internationales dont l'Etat du juge fait partie. Là aussi, il existe deux sortes de contenance : règle d'ordre public dans les conventions internationales et le juge se trouve face à l'obligation d'exécuter d'office les conventions internationales » ; « Le juge n'attend pas que les parties demandent l'application d'une convention internationale. Il doit l'exécuter d'office, sans que ce soit demandé par les parties. » : Driss DAHAK, « le juge de Cassation et l'application et l'application de normes supranationales protectrices des droits fondamentaux » in *Le juge de cassation à l'aube du 21ème siècle*, Colloque AHJUCAF, 2004, p. 106

⁷³⁴ *Idem*, p.40

⁷³⁵ Mustapha TERRAB, « Le dispositif juridique marocain et sa relation avec la qualification et la formation des magistrats » in *Être juge au Maroc et en Espagne*, Cidob, p.47- 49 ; Ayoub NAÏM « Les magistrats mal formés et peu spécialisés », *L'économiste*, édition n° 3807 du 2012/06/18, « L'expertise est la plus grande lacune des juges » Entretien avec Mohamed Saïd Bennani, directeur de l'ISM, *L'économiste*, édition n° 3817 du 2012/07/02

l'Homme : « cette tendance est appelée à s'intensifier en raison de la nouvelle orientation du cursus de formation des magistrats, qui s'est renforcé par l'introduction de modules portant sur les droits de l'Homme et la diffusion du contenu des conventions internationales⁷³⁶ ».

4. La diffusion et le commentaire de la jurisprudence

435. Il ne faut pas nier que la situation de la jurisprudence au Maroc, en général, ne permet pas d'unifier les décisions et les avis sur l'application de la CIDE. Si l'exemple français nous a démontré l'absence de dialogue entre les juges de fond et la Haute juridiction concernant l'application directe de la CIDE avant le revirement de 2005, au Maroc ni les juridictions de fond ni la cour suprême n'en sont arrivées à invoquer le traité international.

Bien qu'elle soit l'une des principales sources du droit marocain, la jurisprudence n'est pas autorisée à influencer le législateur. D'ailleurs, « la Constitution consacre que la magistrature ne dispose pas de pouvoirs pour amender la législation⁷³⁷ ». En conséquence, la jurisprudence au Maroc n'est pas effective et les ordonnances rendues par la Cour de cassation s'imposent de facto et uniquement aux juridictions de rang inférieur.

De cette façon, toute la jurisprudence concernant l'enfant s'articule entre le droit de garde, la *Kafala* et les droits alimentaires. Elle est réglée essentiellement par le Code de la famille et d'autres textes internes. En cas d'absence de règle juridique nationale, le juge s'inspire essentiellement, aujourd'hui encore, du droit musulman. La référence aux conventions internationales, notamment la CIDE, est certes affirmée par le Code de la famille de 2004, mais sa mise en œuvre n'est pas effective. Par ailleurs, les décisions rendues sur ces affaires sont rarement diffusées et commentées par la doctrine. Malgré l'existence d'un journal biannuel qui répertorie les principales ordonnances de la Cour suprême, sa circulation est très restreinte. En effet, le grand problème de la jurisprudence au Maroc concerne d'abord sa diffusion. Conscient de ce problème, le Ministère de la justice a essayé d'estomper ces lacunes en créant un accès internet à la jurisprudence des Cours ordinaires et de la Cour de cassation ainsi que la publication de la jurisprudence dans des revues périodiques (Revue de la Justice et du Droit, Revue des tribunaux administratifs, CD-Rom de jurisprudence). L'Institut Supérieur de la Magistrature et les associations des barreaux d'avocats ainsi que les facultés de droit publient en outre d'autres parutions. Cependant, les visites sur le terrain ne donnent

⁷³⁶ Ministère de la justice, Rapport National pour l'Examen Périodique Universel (E.P.U), p.5

⁷³⁷ Legal Vice Presidency The World Bank, Maroc Évaluation du Système Juridique et Judiciaire, 2003, p. 14

pas l'impression que cette diffusion de la jurisprudence est systématique et permanente⁷³⁸. Ainsi, la diffusion généralisée et systématique de la jurisprudence permettra à la doctrine de rendre ses commentaires et ses avis qui constituent une grande source d'inspiration pour le juge.

5. Les coopérations en matière de justice

436. Le ministère de la justice a renforcé ces dernières années sa coopération en matière de justice, que ce soit avec l'Union européenne ou avec les pays arabes. Ces coopérations constituent un vecteur favorable à l'application des conventions internationales devant le juge marocain. D'ailleurs, la coopération euro-marocaine dans le cadre de la politique de voisinage de l'Union européenne insiste sur la nécessité de lever les réserves sur les conventions internationales signées par le Maroc⁷³⁹. Ainsi, les coopérations dans le domaine de la justice touchent divers domaines : appui aux sections de la Famille pour la mise en œuvre du Code de la Famille (avril 2007- mars 2010) en partenariat avec le Fonds de Développement des Nations Unies pour la Femme (UNIFEM), le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), le Fonds des Nations unies pour l'Enfance (UNICEF) et l'ambassade des Pays Bas ; les thématiques des jeunes, des droits des femmes...dans le Programme de Coopération Dano-Marocaine (2007-2009) (2010- 2012)⁷⁴⁰. Le Maroc a également signé un Programme de coopération technique franco-marocain (2010)⁷⁴¹ et un Projet de renforcement et de modernisation de l'administration judiciaire au Maroc (Juillet 2005-octobre 2009) en partenariat avec le Ministère de la Justice espagnol, l'Agence

⁷³⁸ Idem

⁷³⁹ Le 19 octobre 2006, le Gouvernement marocain a notifié au Secrétaire Général des Nations Unies sa décision de « retirer sa réserve concernant les dispositions de l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant et la remplacer 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'Etat qui garantit à tous le libre exercice des cultes.

L'article 54 de la loi 70-03 portant code de la famille qui stipule dans son paragraphe 6 que les parents doivent à leurs enfants le droit à l'orientation religieuse et l'éducation fondée sur la bonne conduite ».

Le Maroc maintient sa position telle qu'elle est exprimée dans cette déclaration.

⁷⁴⁰ Voir le site du Ministère des affaires étrangères au Danemark : <http://marokko.um.dk>

⁷⁴¹ Dans les Domaines prioritaires suivants : Administration et organisation de la Justice, Qualité de la Justice, Lutte contre la criminalité transnationale organisée, la délinquance économique et financière et le terrorisme, Droit de la famille , Droit civil, commercial et administratif, Administration pénitentiaire. Les activités réalisées étaient sous la forme de séminaires et de visites.

Espagnole de Coopération Internationale, le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire d'Espagne et le Parquet Général de l'Etat...

Bien que ces coopérations ne touchent pas directement le fond de la justice marocaine, elles ne peuvent qu'être bénéfiques à la conception et à la fonction du juge dans un Etat de droit, notamment dans la réalisation des droits de l'Homme et spécialement les droits de l'enfant.

Cela dit, d'autres facteurs extérieurs peuvent contribuer à l'application de la CIDE par le juge. Il s'agit du rôle des instances en relation directe avec l'enfant telles que les Unités de Protection de l'Enfance (UPE) chargées de protéger les enfants en danger.

B. L'expérience fructueuse des UPE dans l'application de la CIDE

437. Les unités de protection de l'enfance (UPE) ont été créées dans le cadre du Plan d'Action National pour l'Enfance (PANE) sous l'égide du Ministère du Développement Social, de la Famille et de la Solidarité (MDSFS) dans l'année 2007. En tant que nouveau mécanisme, l'UPE devait être créée par un décret spécifiant ses missions et son organisation. Cependant, il est encore au stade d'un projet⁷⁴². Ainsi, la situation urgente des enfants en danger a précipité la mise en place des premières UPE⁷⁴³ avec un statut provisoire d'association, en attendant la promulgation du décret.

Leur mission est de veiller et de suivre la situation de l'enfant victime de violence et en situation difficile⁷⁴⁴, en collectant et en traitant toutes les informations reçues sur les violences à l'égard des enfants, afin d'en tirer un rapport annuel. Les UPE assurent un accueil et une écoute permanents aux enfants victimes de violence, les orientent avec leur tuteur vers des intervenants spécifiques (médecins, juges, etc.), leur offrent une assistance médicale, psychologique, juridique et sociale et les assistent dans toutes leurs démarches avec un suivi permanent. Les UPE peuvent aussi intervenir dans la médiation ou la résolution des sources de conflit. En général, « l'UPE a été conçu en tant que mécanisme de coordination entre les différents acteurs locaux, œuvrant pour la protection des enfants contre la violence⁷⁴⁵ ».

⁷⁴² Il s'agit du projet de décret n° 2-07-242 relatif à la création des Unités de protection de l'enfance « UPE » en attente depuis 6 ans.

⁷⁴³ Une première Unité de Protection des Enfants pilote a été lancée le 27 juillet 2007 à Marrakech. Une autre a vu le jour peu après à Casablanca, suivie de 2 autres à Tanger en 2009 et à Meknès en 2010, dans le cadre d'un vaste projet qui prévoit la création de structures d'assistance dans les 16 régions du Royaume.

⁷⁴⁴ Voir annexe : UPE, Guide à l'usage des professionnelles (Qu'est-ce que l'UPE ?)

⁷⁴⁵ Aïcha KHIDANI, « Les unités de protection de l'enfance au Maroc, Défis et perspectives » in *Quelles perspectives pour les unités de protection de l'enfance au Maroc ?* Colloque, Tanger 14 janvier 2011, p.4 (accès web : www.initiativesenprotectiondelenfance.org 2012)

438. Ce qui caractérise l'UPE est l'approche sur laquelle repose son action : « notre approche est une approche de droits, respectant l'intérêt supérieur de l'enfant ⁷⁴⁶ ». En effet, le fondement de la Charte Ethique⁷⁴⁷ de l'UPE s'inspire directement des Conventions sur les droits de l'Homme, plus précisément de la Convention relative au droit de l'enfant. Ainsi, l'UPE constitue l'une des institutions au service de l'enfance précurseur dans l'affirmation de ce rattachement explicite à la CIDE et à l'intérêt supérieur de l'enfant. D'ailleurs, l'engagement de leur personnel se fonde sur des principes clefs de la CIDE comme la non-discrimination, le respect de l'enfant en tant qu'individu, la protection physique, psychologique et sociale de l'enfant en besoin et la favorisation de la parole et de la participation de l'enfant...

La formation des UPE prend sa source directement dans la CIDE. Connaître les principes fondamentaux de la Convention et son contenu constitue un élément indispensable dans la formation de ces unités⁷⁴⁸. Par exemple, lors d'une des formations des UPE section de la ville de Tanger organisée le 21 et le 22 avril 2010, l'ordre du jour a comporté des présentations consacrées spécialement au droit international des droits de l'Homme, à son évolution ainsi qu'une présentation en détail de la CIDE⁷⁴⁹. D'ailleurs, pour que ces formations ne soient pas uniquement des informations théoriques mal cernées par les acteurs des UPE, des travaux pratiques et des simulations font partie du programme de la formation⁷⁵⁰. Il s'agit, dans cet exemple, d'un exercice pratique qui consiste à analyser les remarques émises par le Comité des droits de l'enfant aux différents Etats parties.

439. La référence principale des UPE à la Convention relative aux droits de l'enfant nous pousse à nous interroger sur l'effectivité de ce rattachement : est-ce que les principes de la CIDE sont véritablement appliqués par les acteurs des UPE ? Leur intervention auprès des enfants est-elle cadrée par les quatre principes fondamentaux de la CIDE : la non-discrimination, l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit de l'enfant de vivre, de survivre et de se développer et le respect des opinions de l'enfant ?

⁷⁴⁶ Ministère du Développement social de la Famille et de la Solidarité, UPE : Guide à l'usage des professionnelles, p. 12

⁷⁴⁷ Voir annexe : Charte Ethique de l'UPE

⁷⁴⁸ Voir annexe : formation « Accompagner l'enfant victime de violence », Formateur Amal ALAMI

⁷⁴⁹ Voir annexe (en arabe) : Programme du séminaire de Tanger 21 et 22 avril 2010

⁷⁵⁰ Voir annexe (en arabe) : Exercices pratiques sur les différentes remarques du Comité des droits de l'enfant

La réponse à ces questions ne peut être apportée qu'en s'approchant au plus près des acteurs de l'UPE. Lors d'un entretien avec le délégué de la liberté surveillée⁷⁵¹ de l'UPE Tanger⁷⁵² sur l'application de la CIDE pendant leurs interventions auprès des enfants en danger, celui-ci a mis en évidence la connaissance des acteurs de la CIDE et de ses principes fondamentaux, notamment celui de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette facilité à parler de la Convention, à l'intégrer dans son discours et à emprunter les mêmes expressions que la CIDE pour parler de « l'enfant en conflit avec la loi⁷⁵³ » démontre le souci de la mise en œuvre effective de la CIDE dans les UPE. D'ailleurs, c'est ce qu'il a témoigné en affirmant que les UPE avaient « une grande marge pour appliquer la Convention ». Il a ajouté que « par cette démarche, on met le juge dans l'embarras » puisque ce dernier n'arrive pas à l'appliquer directement.

En parlant de sa fonction, il insiste sur le fait que son rôle « est de protéger l'enfant quel que soit son degré de conflit avec la loi », « c'est le juge qui a la vocation de juger, moi je suis aux côtés de l'enfant ». Pendant le déroulement de cet entretien, plusieurs enfants seuls, parents ou enfants accompagnés de leurs parents se présentent au bureau du délégué de la liberté surveillée pour faire le suivi de leur situation social, éducative et aussi physique et psychologique de l'enfant en question⁷⁵⁴. La mission du délégué de la liberté surveillé est de rappeler à l'enfant ainsi qu'à ses parents leur obligation de suivre ses recommandations afin d'éviter tout récidive. Par ailleurs, son attitude consiste à mettre l'enfant en confiance, à l'écouter et surtout à se comporter envers lui en tant qu'individu. Malgré le bon déroulement de ces rencontres, le délégué de la liberté surveillée n'a pas hésité à invoquer les limites de sa mission dans la protection des enfants ainsi que dans l'application de la CIDE. En effet, « malgré l'attachement affirmé à la CIDE et les diverses formations sur la question, sa mise en œuvre et sa concrétisation en pratique par les acteurs de l'UPE restent « une question de personnes », notre fonction demande surtout « du bon sens » envers l'enfant et non pas

⁷⁵¹ La mise en liberté surveillée, qui est l'une des deux mesures de protection prévues par l'article 514 du Code de Procédure Pénale. La Liberté Surveillée consiste en la mise en œuvre d'une action éducative et de surveillance imposée judiciairement sur un enfant dont la liberté n'est pas autrement atteinte. Cette mesure s'exerce, sous le contrôle du juge des mineurs qui l'a prescrite, par un délégué (délégué permanent ou bénévole) de la Liberté Surveillée. Cf. « Population infantile au Maroc: caractéristiques sociodémographiques et protection de l'enfance. Chapitre 3: La protection juridique et sociale de l'enfance », Publications du Haut-Commissariat au Plan, pp. 196-199

⁷⁵² Cet entretien a été effectué le 01/08/2012 dans le bureau de la liberté surveillée à la Maison des jeunes Hassnouna à Tanger avec le délégué de la liberté surveillée Mr Ibrahim Agourar. Cf. aussi « Tanger: Nouzha Skalli met en route son plan », L'économiste, édition n° 3076 du 27/07/2009.

⁷⁵³ Lors de cet entretien, Mr Ibrahim Agourar n'a pas mentionné une seule fois l'expression « enfant délinquant »

⁷⁵⁴ La mesure de la liberté surveillée consiste à garder l'enfant dans son milieu habituel chez ses parents, son tuteur ou son gardien, mais il est surveillé par le délégué de la liberté surveillée qui doit s'assurer qu'il suive bien ses recommandations qui consistent dans la plupart des cas à suivre régulièrement ses cours à l'école, ses traitements médicaux, son maintien auprès de ses parents, la non fréquentation de certains endroits...toutes ces démarches l'aident à ne pas récidiver .

simplement une application superficielle de la convention ». En ce qui concerne les limites dans la protection de l'enfant, il les lie directement à la situation générale des droits de l'enfant au niveau national. Il réplique que le problème est « plus complexe et relève en général des besoins fondamentaux de tous les enfants et non pas simplement d'enfants qualifiés juridiquement en danger ».

Ainsi, à la fin de cet entretien, le délégué de la liberté surveillée a tiré la conclusion suivante : « En général, en analysant en profondeur les divers cas accueillis à l'UPE , on se rend très vite compte qu'il s'agit le plus souvent d'enfants délaissés, négligés, des enfants qui vivent souvent dans des familles, elles-mêmes en situation d'exclusion et de difficulté ; chômage et insécurité d'emploi, habitat inadapté et insalubre, quartier en mal de développement, santé précaire et accès limité aux soins...plus que victimes de violence ou de mauvais traitements physiques⁷⁵⁵ ».

⁷⁵⁵ Cf. aussi, Aïcha KHIDANI, *op.cit.*, pp. 5 et s.

Chapitre II : La mise en œuvre de la CIDE en matière familiale en France et au Maroc

440. La mise en œuvre de la CIDE par les Etats parties consiste à revoir leur législation interne relative à l'enfant et à l'adapter aux nouveaux dispositifs de la Convention. Elle consiste également à voter des nouvelles lois et à mener des actions en faveur des droits de l'enfant. En France comme au Maroc des réformes ont été menées, de nouvelles lois ont été décrétées et diverses actions ont été mises en place afin de rendre plus effective la ratification de la CIDE. Dans le domaine de la famille et dans tous les autres domaines concernant l'enfant, la mise en œuvre de la CIDE se dessine progressivement (Section 1). Cependant, cette progression stagne dans d'autres points essentiels concernant l'enfant (Section 2).

Section1 : Une mise en œuvre progressive de la CIDE

441. Les droits de l'enfant, comme nouvelle donne en droit de la famille français et marocain ont été le résultat normal et évident de la ratification de la CIDE par les deux Etats. L'intégration des dispositions de la CIDE en droit interne français et marocain concerne en premier lieu le droit de la famille. Néanmoins, cette intégration n'est pas similaire dans les deux systèmes juridiques.

Si en France l'évolution des droits de l'enfant s'inscrit, à partir des années 1970, dans une réforme générale du droit de la famille marquée par l'individualisation des relations sociales, au Maroc, le droit de la famille, à l'époque, n'a été que l'œuvre conforme à une jurisprudence musulmane stagnante, c'est-à-dire un droit de la famille fondé encore sur une vision patriarcale de la famille.

Par ailleurs, en France, l'émergence de nouveaux modèles familiaux renforce également l'attention portée à l'individualité de l'enfant. Cette dynamique a été succédée dans les années 1980 par la diffusion de travaux scientifiques menés par Françoise Dolto qui souligne l'idée selon laquelle « l'enfant est une personne ».

Ainsi, cette période va opérer une évolution considérable relativement aux disciplines liées à l'enfance telles que la pédopsychiatrie et les sciences de l'éducation. Dans le cas du Maroc, le contexte social avant la ratification de la CIDE, conserve encore un modèle familial unique qui est la famille légitime unie et dans laquelle l'enfant occupe une place subsidiaire.

En conséquence, le contexte français en particulier et le contexte occidental en générale ont été propices à une affirmation universelle des droits de l'enfant, ce qui est difficile à prouver pour ce qui est de l'exemple marocain.

442. Dans le but d'intégrer les dispositions de la CIDE en droit interne, la France comme le Maroc ont commencé par changer leur législation notamment celle relative à la famille : autorité parentale, filiation, coparentalité, adoption et *Kafala* ... Tous ces sujets vont être revus du point de vue de l'enfant en tant qu'individu.

Cependant, si l'individualisation de l'enfant, en droit français, se trouve face à une famille fragilisée et bouleversée (paragraphe 1), en droit marocain, l'affirmation de l'enfant en tant qu'individu se fait progressivement avec la mutation de la famille marocaine, sans pour autant en diminuer le poids dans la société (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le nouveau statut de l'enfant face à la fragilité de la famille en droit français

443. Les engagements internationaux de la France, dont ceux relatifs à la Convention internationale des droits de l'enfant, ont accéléré lors des dernières décennies la construction d'un nouveau statut juridique de l'enfant, qui est celui de l'enfant individu. Ce nouveau statut a d'abord affecté en profondeur les relations familiales.

En droit français, l'enfant est au centre des liens familiaux, dans les faits et désormais en droit : « son berceau devient le centre de la maison⁷⁵⁶ ». Mais, bien que l'expression « l'enfant fait la famille » doive être prise avec prudence, la réalité sociologique et juridique françaises nous montre que c'est l'enfant, en tant qu'individu aujourd'hui, qui définit la famille. L'évolution de la place de l'enfant en tant qu'individu s'est manifestée fortement en matière de l'autorité parentale et en droit de la filiation. Ainsi la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a marqué le changement vis-à-vis du nouveau statut de l'enfant en instaurant la coparentalité comme nouveau droit de l'enfant, conditionnée toutefois par l'intérêt de l'enfant (A). Le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale pour les couples unis ou séparés n'est pas une prérogative parentale. Elle est en revanche une mesure établie dans l'intérêt de l'enfant.

444. Suite à la loi du 4 mars 2002, l'ordonnance du 4 juillet 2005 constitue une avancée dans la mise en œuvre des droits de l'enfant en matière de filiation. La loi initiale comportait encore des discriminations à l'égard des enfants nés hors mariage ainsi que des incohérences dans les actions judiciaires mettant en danger la filiation de ces enfants.

En revanche, le thème de la filiation suscite toujours des problématiques sociétales parce qu'il ne s'agit pas seulement d'une question d'établissement de la filiation entre l'enfant et ses parents. La filiation est aussi le lien qui lie l'enfant à la société. Elle « est en effet une structure de la société⁷⁵⁷ ». C'est pourquoi parler des droits de l'enfant dans ce domaine ainsi que de son intérêt supérieur n'est pas aussi évident. Désormais, la place donnée à la filiation comme fondatrice du lien familial suscite des questionnements sur la place de l'intérêt de l'enfant dans tout cela. Le fait de considérer que c'est l'enfant qui fait la famille aujourd'hui

⁷⁵⁶ Louis ROUSSEL, L'enfant dans la famille incertaine, *in Les droits de l'enfant : quelle protection demain ?* : Actes du colloque organisé par la Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence les 8 et 9 novembre 90 à Lyon, JACOB Annette (dir.), Lierre et Coudrier, Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence, 1991, Paris, Lyon, p. 233

⁷⁵⁷ 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. Sur le site du Sénat.

est-il une valorisation de la place de l'enfant ou au contraire une réalité amère de ce que l'enfant subit, contre son gré de la société moderne ? (B).

445. L'incapacité de l'enfant à faire part de sa parole et de ses opinions a été la raison principale pour laquelle la CIDE a consacré le droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant⁷⁵⁸. Ainsi, les parents sont les premiers à devoir concrétiser cela en « associant l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité⁷⁵⁹ ». Ensuite, il s'agit de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans les procédures judiciaires qui le concernent sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil modifié par loi du 5 mars 2007⁷⁶⁰. En effet, cette dernière a consacré le droit fondamental de l'enfant de s'exprimer devant la justice avant de garantir son effectivité par le décret du 20 mai 2009 organisant les modalités de son application (C).

A. Une coparentalité conditionnée par l'intérêt de l'enfant

446. La mise en œuvre de la CIDE par le législateur français a fait ses preuves très tôt dans les textes concernant l'enfant. Ainsi, l'autorité parentale est la première matière à subir des modifications profondes. Bien qu'elle soit « un ensemble de droits et de devoirs » consacrés aux parents, elle doit toujours avoir comme finalité, celle de « l'intérêt de l'enfant⁷⁶¹ ».

En effet, la mise en œuvre de la CIDE impose de partir toujours du point de vue de l'enfant. C'est pourquoi, les nouveaux textes de l'autorité parentale « veulent tenir compte de l'existence de droits de l'enfant tout en maintenant une autorité nécessaire de la part des parents »⁷⁶².

447. La mise en place de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 constitue un bon exemple sur comment l'autorité parentale est devenue non pas une prérogative des parents mais, plutôt, un outil d'éducation ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

⁷⁵⁸ Article 12-1 de la CIDE

⁷⁵⁹ Article 371-1 alinéa 3 « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

⁷⁶⁰ « 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 (...) ».

⁷⁶¹ Article 371-1 du Code Civil

⁷⁶² Raymond GUY, « L'autorité parentale sous contrôle ? », *Enfances & Psy*, 2003/2 n° 22, p. 26

Ainsi, la coparentalité est un aménagement du phénomène du pluralisme familial avec l'évolution de la place de l'enfant et de son statut en tant qu'individu. Puisque l'autorité parentale ne rime plus avec le couple conjugal⁷⁶³, elle ne doit pas être affectée par les aléas de la vie en couple (séparation, divorce)⁷⁶⁴. Et par conséquent, les enfants doivent aussi être épargnés.

Le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale insiste sur le fait que « tout individu qui reconnaît un enfant comme le sien s'engage à assurer le lien de parentalité quels que soient les aléas du couple, et à respecter ce même lien chez l'autre parent ». Ainsi, en cas de séparation ou de divorce, l'enfant a le droit de garder non pas seulement des liens personnels avec ses deux parents mais aussi des contacts directs⁷⁶⁵. Pour ce faire, chacun des parents doit respecter le droit de l'autre d'exercer l'autorité parentale (1) en plus d'un partage égalitaire du temps de l'enfant passé avec les deux parents et un maintien réel de leurs liens grâce à l'instauration de la résidence alternée (2). Ces deux principes consacrés par la loi du 4 mars 2002 restent conditionnés par l'intérêt de l'enfant (3).

1. Le principe du respect des droits de l'autre parent

448. En instaurant la coparentalité comme principe, le législateur a imposé aux parents notamment ceux qui sont séparés de garder des liens personnels avec leur enfant. Ainsi, « le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents constitue une obligation pour chacun des parents⁷⁶⁶ ». La loi du 4 mars 2002 en prescrivant la coparentalité a voulu assurer son effectivité en la rendant systématique et en la concrétisant par des dispositions concrètes⁷⁶⁷. Et cela en renforçant la responsabilité des parents l'un envers l'autre et aussi envers l'enfant. D'abord, chacun des père et mère doit respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent, ensuite en cas de changement de résidence de l'un des parents l'autre parent doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile.

⁷⁶³ Article 372 du Code Civil énonce en son premier alinéa « Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ».

⁷⁶⁴ Cf. Adeline GOUTTENOIRE, « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ Famille* 2010 p. 12

⁷⁶⁵ On trouve ce principe parmi les dispositions de la CIDE. Il s'agit de l'article 9-3 qui prévoit que « les États 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 ».

⁷⁶⁶ Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, chapitre 232, autorité parentale, 2010

⁷⁶⁷ Cf. Hugues FULCHIRON, *L'autorité parentale rénovée*, *Defrénois* 2002, p. 959 ; Adeline GOUTTENOIRE « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 » : *Droit de la famille*, 2002, n°11, 85 chron. n° 24, pp. 4-6.

449. Ainsi, le juge peut prendre des mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents lorsque la résidence a été fixée chez l'un d'eux. Au point que l'existence de conflit sévère entre les deux parents ne mettrait pas en péril le principe de la coparentalité. Ainsi, la cour d'appel de Paris a rappelé dans un arrêt du 10 janvier 2008⁷⁶⁸, « que l'autorité parentale est déléguée par la loi aux parents, pour protéger les enfants dans leur santé, leur sécurité, leur moralité et les conditions de leur éducation ; qu'en l'espèce, l'existence d'un conflit aigu entre les parents n'interdit pas l'exercice en commun de l'autorité parentale qui permet au contraire que tous deux restent concernés par le devenir de chacun des enfants ».

450. Étant donné que la coparentalité est, désormais, le principe de l'exercice de l'autorité parentale, chacun des parents doit veiller à qu'elle soit effectivement appliquée. C'est pourquoi, le juge n'hésite pas à sanctionner le parent qui fait obstacle au maintien de lien de l'enfant avec l'autre parent soit en rappelant « à la mère que la résidence habituelle fixée chez elle n'est pas un avantage qui lui est concédé mais une mesure prise dans le seul intérêt de l'enfant, intérêt qui s'apprécie notamment par référence à la capacité qu'elle a de maintenir des bonnes relations entre le père et l'enfant, si bien que le refus persistant et non motivé de respecter le droit de visite judiciairement fixé est de nature à entraîner le changement du lieu de résidence⁷⁶⁹ », soit en procédant à un changement de résidence de l'enfant chez l'autre parent. Il s'agit, en l'espèce, de la décision de la cour d'appel de Bordeaux du 2 septembre 2008⁷⁷⁰ de transférer la résidence des trois enfants chez leur père du fait que la mère, en partant s'installer dans la Vienne, a fait perdre aux enfants leurs repères et leur milieu de vie habituels. Constatant en outre que « les deux aînés, entendus séparément, ont affirmé de manière convergente vouloir absolument revenir vivre chez leur père à partir de la rentrée scolaire de septembre 2008, en précisant que leur père leur manque beaucoup, qu'à leur avis leur mère ne leur manquera pas de la même façon, qu'ils parlent plus facilement avec leur père, et que celui-ci devrait faciliter davantage leur liens avec leur mère que l'inverse ».

Le pouvoir du juge de sanctionner le parent fautif arrive jusqu'à priver celui-ci de l'exercice de l'autorité parentale et lui conférer, uniquement, un droit de visite et d'hébergement « d'usage » parce qu'il n'a pas respecté le droit de visite de la mère. La Cour d'appel de Lyon

⁷⁶⁸ CA Paris, 10 janvier 2008, RG n° 06/11349.

⁷⁶⁹ CA Bordeaux, 3 octobre 2006, Juris-Data n° 315794

⁷⁷⁰ CA Bordeaux, 2 septembre 2008, RG n° 08/01199.

a statué dans cette affaire du 2 avril 2009⁷⁷¹ qu' « Attendu, sur l'autorité parentale, que depuis la séparation des parents, M... X... ne s'est jamais conformé aux décisions qui réservaient un droit de visite et d'hébergement à la mère, ce malgré plusieurs poursuites devant le tribunal correctionnel de Lyon pour non-représentation d'enfants, percevant manifestement la clémence dont il a bénéficié comme une faiblesse lui permettant d'agir à sa guise ; qu'il a ainsi montré son incapacité foncière à respecter la place et le rôle de la mère, nuisant gravement à la formation de la personnalité de ses filles qu'il a, consciemment ou non, exclues de la vie de l'intimée ; Attendu que dans ces conditions, l'intérêt bien compris de l'enfant C... exige que l'autorité parentale soit exercée par la mère seule, son partage ne pouvant conduire qu'à la perpétuation et à l'exacerbation du conflit parental ».

451. Le parent qui n'a pas respecté le principe de la coparentalité peut être aussi sanctionné par le versement d'une somme d'argent à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral causé à l'autre parent. Il s'agit de l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 20 juin 2012 qui « constitue une illustration particulièrement intéressante de l'effectivité de la coparentalité⁷⁷² ». Bien que la mère ait accepté que son enfant reçoive une éducation religieuse, la cour d'appel constate que « cet accord ne concernait que la participation à une éducation religieuse non nécessairement suivie d'un engagement suffisamment important et sérieux pour entraîner la conversion à cette religion ». D'ailleurs, rien n'empêchait le père, étant en Israël, de demander l'avis de la mère sachant qu'ils s'échangeaient des mails pendant ce voyage. Adeline Gouttenoire commente cette décision « comme conférant une portée réelle au principe de coparentalité » et « une avancée pour les droits de l'enfant », elle ajoute que « la coparentalité étant, sans aucun doute, une garantie du droit pour ce dernier de maintenir des liens avec ses deux parents et de ne pas se trouver pris dans un conflit de loyauté difficile à vivre pour lui »⁷⁷³.

En effet, la Cour de cassation a approuvé ce genre de décision, en l'occurrence, dans un arrêt du 27 mars 2008⁷⁷⁴ lorsqu'elle a jugé que la cour d'appel a souverainement estimé qu'il était de l'intérêt de l'enfant de fixer sa résidence chez son père, qui apparaissait le plus apte à respecter les droits de l'autre parent. Elle a également cassé l'arrêt d'appel qui avait fixé la résidence des enfants chez une mère qui avait emmené les enfants en secret et sans concertation avec le père, en lui reprochant de ne pas avoir recherché si le comportement de

⁷⁷¹ CA Lyon, 2 avril 2009, RG n° 07/00552

⁷⁷² Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, Droit des mineurs, *Recueil Dalloz* 2012, p. 2267

⁷⁷³ *Idem*

⁷⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2008, n° 07-14.301

celle-ci ne traduisait pas son refus de respecter le droit des enfants à entretenir des relations régulières avec leur père⁷⁷⁵.

2. Le principe du partage de la résidence de l'enfant

452. Dans le cadre de l'effectivité de la coparentalité, le législateur a fait un revirement radical en consacrant la résidence alternée. Puisque depuis 1987, l'enfant après une séparation, était confié à l'un des parents pour des raisons, soulevées à l'époque, comme la construction psychologique de l'enfant. Depuis la thèse de Françoise Dolto qui refusait le principe de l'alternance, il y a eu d'autres études contemporaines qui démontrent le contraire⁷⁷⁶. La loi du 4 mars 2002 prévoit que les parents peuvent demander une résidence alternée dans leur convention ou c'est le juge qui en décide même si les parents ne sont pas d'accord.

Dans ce cas-là, il l'a déterminé pour une durée définie ; « il s'agit en quelque sorte d'une « résidence alternée à l'essai ». Au terme de la période d'essai, le juge fait le bilan et statue définitivement sur la résidence de l'enfant. Il peut alors soit fixer la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents, soit la fixer au domicile de l'un d'eux si la résidence alternée prononcée à titre provisoire a été un échec »⁷⁷⁷.

453. Il est important de préciser que l'un des facteurs de réussite de la résidence alternée est l'accord des parents. D'ailleurs, la jurisprudence qui a considéré que ce mode de résidence suppose un accord préalable des parents témoigne de la sensibilité de cette mesure. Certains magistrats posent cet accord comme condition de fait de la résidence alternée⁷⁷⁸. Il s'agit de trois décisions de la cour d'appel d'Agen⁷⁷⁹, de la cour d'appel de Paris⁷⁸⁰ et de la cour d'appel de Versailles⁷⁸¹. La première a affirmé que « ce mode de résidence suppose une entente entre les parents, une attitude que la seule teneur des conclusions du père exclut. Le fait, qu'alors même que la procédure d'appel était engagée, il ait cru bon de déposer une main courante à la gendarmerie est la démonstration de l'incapacité absolue pour l'instant de Monsieur X... à entamer une relation apaisée avec la mère de sa fille ». L'exigence d'une

⁷⁷⁵ Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, chapitre 232, autorité parentale, 2010

⁷⁷⁶ Cf. Gérard NEYRAND, *L'enfant face à la séparation des parents : Une solution, la résidence alternée*, édition la découverte, paris 2004.

⁷⁷⁷ Delphine AUTEM, « Parentalité et politiques publiques », www.irev.fr/upload/F_30.doc

⁷⁷⁸ Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*,

⁷⁷⁹ CA Agen, 11 septembre. 2008, RG n° 08/00034.

⁷⁸⁰ CA Paris, 11 juillet 2008, RG n° 07/15819

⁷⁸¹ CA Versailles, 4 mars 2008, RG n° 07/2580

attitude neutre et surtout dénuée de tout dénigrement ou dévalorisation de l'autre parent constitue une condition à partir de laquelle les juges ordonnent une résidence alternée.

De même, la Cour de cassation en statuant dans un arrêt du 3 mars 2009 approuve le raisonnement de la cour d'appel selon lequel « Attendu qu'ayant relevé, d'abord, que C... avait toujours vécu auprès de sa mère qui présentait les aptitudes nécessaires pour l'élever et qu'en raison de graves dissensions entre les parents, le régime d'une résidence alternée n'apparaissait pas compatible avec les besoins d'épanouissement et d'équilibre de l'enfant, puis qu'il y avait lieu d'organiser les contacts de C... avec son père suivant une périodicité appropriée à la résorption des tensions familiales, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a, par une décision motivée, fixé souverainement les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant ». Néanmoins, l'accord des parents n'est pas la seule considération pour fixer la résidence alternée de l'enfant⁷⁸².

454. Le juge aux affaires familiales peut, par contre, ordonner la résidence alternée conformément à la demande conjointe des parents, dans l'hypothèse de leur désaccord, imposée à titre provisoire pour une durée déterminée⁷⁸³ ou parce qu'elle assure à l'enfant plus de stabilité qu'un droit de visite élargi⁷⁸⁴.

L'organisation de la résidence alternée peut être confiée aux parents en cas de leur accord⁷⁸⁵ comme elle peut être laissée à l'appréciation du juge. Ainsi, celui-ci n'est pas tenu d'organiser une période d'essai préalable limitée dans le temps⁷⁸⁶ ni d'exiger nécessairement à ce que « le temps passé par l'enfant auprès de son père et de sa mère soit de même durée⁷⁸⁷ », l'essentiel est que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération.

Cela dit, les deux principes consacrés par la loi de 2002 : la coparentalité et sa mise en œuvre effective par l'établissement de la résidence alternée ne sont pas absolues. Ces deux principes sont conditionnés par l'intérêt de l'enfant.

3. L'écartement des deux principes par l'intérêt de l'enfant

⁷⁸² Cf. Pierre MURAT, « L'homologation des accords parentaux à propos de la résidence de l'enfant : le fond et la forme », obs. CA Douai, 29 janv. 2004, *Droit de la famille* 2005, comm. 210.

⁷⁸³ JAF Aix-en-Provence 23 janvier 2003; Pierre MURAT, *Droit de la famille*, 2003, Comm. 60

⁷⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, pourvoi n° 07-12.116, Pierre MURAT, *Droit de la famille*, 2007, Comm. 203

⁷⁸⁵ CA Toulouse, 15 mai 2007, Juris-Data n° 2007-341320 - CA Aix-en-Provence, 13 avr. 2006, Juris-Data n° 316445.

⁷⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, pourvoi n° 05-13.202 : H. BOSSE-PLATIERE, *JCP* 2006. I. 199, n°13, F. EUDIER, *RJPF* 2006-6/27

⁷⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-16.886 : Pierre MURAT, *Droit de la famille*, 2007, Comm. 143

455. Que ce soit pour le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale ou pour la résidence alternée, aucun motif ne peut les écarter sauf le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, il n'y a aucune restriction qui limitera l'exercice en commun de l'autorité parentale dès lors que le lien de parenté est établi. Cependant, lorsque la filiation est établie par le second parent après l'âge d'un an ou lorsque la filiation de l'enfant à l'égard de l'un des parents est judiciairement déclarée, le second parent ne mérite plus automatiquement d'exercer l'autorité parentale. Même dans ce cas-là, l'exercice conjoint n'est pas définitivement écarté. Il suffit que le père et la mère fassent une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales pour pouvoir en bénéficier⁷⁸⁸.

En outre, l'accord des parents ne constitue pas une raison pour écarter l'exercice en commun de l'autorité parentale. Ainsi, la cour d'appel de Paris⁷⁸⁹ et la cour d'appel de Metz⁷⁹⁰ ont refusé d'attribuer l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à la mère conformément à l'accord des parents en estimant que cet accord ne suffit pas pour instaurer un exercice unilatéral si ce dernier ne correspond pas à l'intérêt supérieur de l'enfant (3.1). De même pour la résidence alternée, le motif, par exemple, de l'orientation religieuse du parent ne peut constituer un obstacle à la fixation de la résidence chez celui-ci⁷⁹¹. Le juge doit apprécier si l'orientation religieuse du parent porte concrètement atteinte à l'intérêt de l'enfant⁷⁹² (3.2).

3.1. L'exception de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale

456. Respecter le droit de l'autre parent, notamment celui qui n'a pas la garde, d'entretenir des relations avec l'enfant ne signifie pas forcément la systématisation de la coparentalité. Elle est certes un principe mais conditionné par l'intérêt de l'enfant. Il ne faut pas oublier que « le point de départ est donc l'enfant, et ses droits, notamment celui

⁷⁸⁸ D'ailleurs, une modification apportée par l'article 21 de la loi du 13 décembre 2011 facilite et simplifie l'exercice en commun de l'autorité parentale. Désormais, la comparution personnelle des deux parents n'est pas nécessaire. Il suffit d'adresser la déclaration conjointe au greffe du tribunal de grande instance qui est compétent en la matière sans que les parents soient parents personnellement, d'autant que la compétence du greffier en chef chargé de recevoir la déclaration est limitée à un enregistrement de cette dernière à l'exclusion de tout pouvoir d'appréciation.

⁷⁸⁹ CA Paris, 10 novembre 2004, *Droit de la famille* 2005, comm. 101, obs. MURAT

⁷⁹⁰ CA Metz, 11 janvier 2005, *Droit de la famille* 2005, comm. 101, obs. MURAT

⁷⁹¹ CEDH, 16 décembre 2003, requête n° 64927/01, Palau-Martinez c/ France, JCP 2004, II, 10122, note GOUTTENOIRE ; GACEDH 2007, p. 520.

⁷⁹² Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, chapitre 232, autorité parentale, 2010

d'entretenir des relations avec ses deux parents, et de profiter d'une éducation définie en commun⁷⁹³ ».

La considération de l'intérêt de l'enfant dans l'exercice en commun de l'autorité parentale atteste que les parents ne peuvent en aucun cas abuser de cet outil que ce soit envers l'enfant ou envers l'autre parent qui n'a pas la garde. Ainsi, être éduqué par les deux parents et garder des liens personnels avec l'enfant ne constituent pas des droits parentaux mais des possibilités commandées par l'intérêt de l'enfant. De ce point de vue, l'intérêt de l'enfant peut être la cause d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Néanmoins, la Cour de cassation impose aux juges de fond de bien motiver leurs décisions sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant même d'une façon « systématique et formelle⁷⁹⁴ ». D'ailleurs, la Cour de cassation ne s'attarde pas sur les formules, intérêt supérieur de l'enfant ou tout simplement intérêt de l'enfant « l'essentiel est que la décision soit fondée sur l'intérêt de l'enfant et que cette considération l'emporte sur toutes les autres, sans que la formulation du raisonnement n'ait beaucoup d'importance⁷⁹⁵ ».

Dans un arrêt la Cour de cassation du 8 novembre 2005, celle-ci a reproché à une cour d'appel d'avoir, au nom de l'effectivité de la coparentalité, imposé à une mère de scolariser ses enfants dans une école francophone pour qu'ils maîtrisent la langue de leur père ; les Hauts magistrats considèrent que la motivation des juges du fond est fondée sur l'intérêt du père et non sur celui des enfants. Et pourtant, le fait de connaître la langue de ses parents est un moyen pour l'enfant de garder le lien avec eux notamment avec le parent éloigné. « A cet égard, la décision de la cour d'appel de ne pas placer une barrière linguistique entre les enfants et leur père, en sus de la distance qui les séparait, paraissait tout à fait conforme à l'intérêt de l'enfant, critère que la référence à la coparentalité paraît sous-entendre dès lors que le maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents est présumé aller dans son intérêt⁷⁹⁶ ».

457. Le pouvoir du juge d'imposer l'exercice unilatéral de l'autorité parentale se fonde concrètement sur des motifs graves portant atteinte à l'intérêt de l'enfant. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 février 2009⁷⁹⁷ a considéré que « les motifs graves, tenant à

⁷⁹³ Véronique ROUYE, « Coparentalité : un mythe pour quelles réalités ? », *Empan*, 2008/4 n° 72, p. 99-105. DOI : 10.3917/empa.072.0099, p. 99

⁷⁹⁴ Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*,

⁷⁹⁵ *Idem*

⁷⁹⁶ *Idem*

⁷⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2009, n° 08-11.337, NP

l'intérêt des enfants, qui commandaient l'exercice, par la mère seule, de l'autorité parentale et qui justifiaient la limitation du droit de visite et d'hébergement du père à l'égard de ses filles, étaient caractérisés dès lors que le père, animé par la volonté constante de reprendre la vie commune avec la mère, envahissait la sphère intime de ses enfants de ses problèmes personnels et que son mode de relation harcelant mettait en danger leur équilibre psychique ». En outre, manifester un désintérêt total à l'égard des enfants de la part de l'un des parents justifie aussi l'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Pourtant il n'est pas prouvé que l'intérêt des enfants exige que la mère exerce seule l'autorité parentale. C'est en ce sens que s'est prononcée la cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt du 6 octobre 2009⁷⁹⁸ au motif que « le père se désintéresse totalement du sort de ses enfants, n'exerçant aucun droit de visite et d'hébergement, ne prenant jamais de leurs nouvelles et ne versant pas un euro à titre de contribution à leur entretien et à leur éducation et qu'il est de l'intérêt des enfants que la mère puisse prendre toutes les décisions, y compris les plus importantes les concernant, sans risquer de se voir opposer la nécessité de l'accord du père en raison de l'exercice conjoint de l'autorité parentale alors qu'elle est dans l'incapacité, du fait de la carence de ce dernier dans son rôle de père, de pouvoir le joindre ».

3.2. Le refus et le changement de la résidence alternée

458. La consécration du législateur de la résidence alternée n'a pas pour objectif de reconforter les parents⁷⁹⁹, elle est avant tout fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁰⁰. C'est pourquoi, elle peut être refusée au regard du relatif désintérêt du père et de ses méthodes éducatives autoritaires⁸⁰¹, en raison du contexte très conflictuel existant entre les parents⁸⁰², à cause de l'âge de l'enfant⁸⁰³ et sur d'autres motifs liés à l'intérêt supérieur l'enfant.

La résidence alternée n'est pas définitive, elle peut être temporairement suspendue en attendant les résultats d'une enquête⁸⁰⁴ ou arrêtée définitivement lorsqu'apparaissent les

⁷⁹⁸ CA Montpellier, 6 oct. 2009, RG n° 08/04014.

⁷⁹⁹ M. LASBATS, « Résidence alternée et besoins de l'enfant : l'opinion des psychologues », *AJ famille*, 2005, p. 140

⁸⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 06-17.869, Bull. civ. I, n°103; RTD civ. 2007. 330, comm. HAUSER.

⁸⁰¹ CA Nîmes, 3 juillet 2002, *AJ famille*, 2003, p. 339

⁸⁰² CA Lyon, 6 juin 2006, *Juris-Data* n° 317910.

⁸⁰³ CA Toulouse, 14 novembre 2006, *Juris-Data* n° 2006-330021; CA Toulouse, 1er juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-340465

⁸⁰⁴ CA Agen, 9 juillet 2008, RG n° 08/010311

premiers signes de dysfonctionnement⁸⁰⁵. Ainsi, le juge a mis fin à la résidence alternée d'un enfant âgé de quinze ans à cause d'une baisse dans ses résultats scolaires et qui a indiqué à l'enquêteur social qu'il trouvait ce système trop lourd⁸⁰⁶. A ce sujet, la volonté de l'enfant joue un rôle essentiel dans la détermination ou le refus de la résidence alternée non pas pour laisser aux enfants le pouvoir de décider, mais dans le but de faire coïncider leur volonté et leur intérêt supérieur. Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 17 décembre 2008⁸⁰⁷ a approuvé la cour d'appel qui, « après avoir procédé à l'audition des enfants, se référant, sans le dénaturer, au contenu de l'enquête sociale, et relevant d'abord que les enfants avaient clairement manifesté le désir de vivre avec leur mère et que l'évolution de leurs sentiments apparaissait conforme à leur intérêt, ensuite que la mère, en congé parental, était disponible, enfin qu'elle pouvait offrir aux enfants un excellent environnement matériel ainsi que des possibilités de scolarisation, a estimé, par ces constatations souveraines, qu'il était de l'intérêt des enfants de transférer leur résidence au domicile de leur mère à compter de la rentrée scolaire 2008 ».

Le changement de la résidence alternée n'est, cependant, pas systématique. Le juge veille à procurer à l'enfant une certaine stabilité. C'est pourquoi, le transfert de résidence chez l'autre parent « suppose qu'un élément nouveau soit apparu et que l'intérêt de l'enfant commande de bouleverser ses habitudes de vie ainsi acquises⁸⁰⁸ ». Dans un arrêt du 6 février 2008⁸⁰⁹, la Cour de cassation approuve le raisonnement d'une cour d'appel qui, « dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments versés aux débats et des résultats de l'enquête sociale contradictoirement débattus et après avoir relevé la stabilité de la situation du père, l'équilibre actuel de l'enfant auprès de celui-ci et la nécessité de ne pas modifier une nouvelle fois ses conditions de vie, fixe la résidence de l'enfant chez son père ».

Cela dit, la recherche de l'intérêt de l'enfant est le but qui dirige, désormais, la coparentalité et la fixation de la résidence alternée. Dès que le juge ressent que cet intérêt n'a pas été pris en compte, la décision manque de base légale et risque d'être cassée. Cette évolution rapide de la jurisprudence fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant est un résultat naturel de l'applicabilité directe de la CIDE depuis 2005. En revanche, la référence « exagérée » à l'intérêt supérieur

⁸⁰⁵ CA Lyon, 23 mai 2006, Juris-Data n°317920, qui supprime la résidence alternée en raison de la baisse des résultats scolaires et des problèmes de comportements à l'école de la préadolescente de douze ans qui a besoin de stabilité et de repères, lesquels ne lui sont pas offerts par son père.

⁸⁰⁶ CA Dijon, 30 avril 2003, Juris-Data n° 224187

⁸⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, n° 08-13.985

⁸⁰⁸ CA Douai, 6 juin 2008, préc. ss n° 232.258.

⁸⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n° 06-17.006

de l'enfant constitue aussi une autre conséquence, mais cette fois « risquée », de l'applicabilité de la CIDE.

B. La filiation à l'aune des droits de l'enfant

459. La question des droits de l'enfant dans le domaine de la filiation nous pousse à traiter la question du rapport entre l'enfant et la place fondatrice de la filiation aujourd'hui.

En effet, la dynamique individualiste démocratique, en affaiblissant le mariage institution a fait de l'arrivée de l'enfant un événement constitutif du fait familial. Le lien à l'enfant prend, donc, un nouvel aspect qui est celui de fondateur de l'institution familiale sans tenir compte des modes de conjugalités choisis par les individus (1).

En revanche, les droits de l'enfant jouent dans le domaine de la filiation un rôle très différent de celui qu'il joue dans le cadre de l'autorité parentale. En effet, la filiation n'est pas simplement un lien juridique entre l'enfant et ses parents mais surtout une structure de la société. Elle est « une technique juridique dépendant d'une idéologie⁸¹⁰ ». C'est pourquoi, les réformes de la filiation sont abordées prudemment et longuement. Depuis la loi de 1972, le législateur avait le souci d'ériger le principe de l'égalité en introduisant pour la première fois la notion de « famille naturelle » (ancien art. 334 al. 2, c. civ.). La mise en œuvre de ce principe initié par la loi de 1972 a conduit à une révision en profondeur des modes d'établissement de la filiation grâce à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 ratifiée et modifiée par la loi du 16 janvier 2009. Ayant pour objectif de parachever l'égalité des filiations et plus particulièrement de les sécuriser, il est pertinent de se demander si ces réformes prennent en considération l'intérêt supérieur de l'enfant (2). Si c'est le cas, il est aussi indispensable de chercher si le choix de la filiation comme le noyau dur de l'institution familiale a suffisamment pris en compte l'intérêt de l'enfant (3).

1. La place fondatrice de la filiation

460. La filiation s'inscrit fortement dans le principe juridique : le droit crée « sa propre vérité »⁸¹¹, parce que la seule vérité ayant force de norme obligatoire est « celle que le droit imposera »⁸¹². D'ailleurs, « La règle de droit exprime une vérité symbolique qui, même

⁸¹⁰ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil. La famille*, Cujas, 1987, p. 252.

⁸¹¹ Henriette INCOLLINCO-MONA, « La normativité et le droit de la famille », 2000, p. 62.

⁸¹² Idem

contraire à la vérité des expertises sanguines, est la vérité »⁸¹³. En droit français, la filiation n'est pas le résultat systématique d'une relation charnelle entre un homme et une femme, ni d'une procréation pure et simple. C'est exactement une création du droit et c'est lui qui détermine qui peut prétendre à un lien de filiation et par quels moyens. Ainsi, Pierre Legendre écrit : « avant d'être enfants de nos parents de chair ou adoptif, nous sommes les enfants du Texte »⁸¹⁴.

Ce qui est évident dans la filiation est qu'elle est une question d'attachement. L'attachement à l'autre qui peut être de nature biologique, affectif, sociologique...etc. Cependant, ce qui donne une vie « légitime » à cet attachement c'est le droit : « Lien du cœur et lien du sang ne sont que des situations de fait tant que le droit ne leur a pas assigné le statut de lien de parenté »⁸¹⁵. La base de tous ces attachements est la filiation par engendrement : le lien qui relie le « procréateur » au « procréé »⁸¹⁶. L'absence de ce lien génétique n'affecte en rien l'existence de la filiation et cela dans le cas d'une filiation adoptive ou lorsqu'il y a un consentement du père lors d'une assistance médicale avec don du sperme.

461. La valeur de la filiation consiste dans le fait qu'elle est source d'identité et de statut⁸¹⁷. Et d'ailleurs, malgré la diversité de la nature de l'attachement, la filiation inscrit l'individu à « une place unique et non interchangeable au sein d'un ordre généalogique culturellement construit »⁸¹⁸. La filiation (ou à vrai dire les filiations) permet à l'individu de « se reconnaître parmi les siens et d'être reconnu par eux et parmi les autres »⁸¹⁹, d'être inscrit dans le passé et le présent et dans un lignage. Son rôle est « d'instituer des individus dans un ordre social »⁸²⁰ sans se soucier de la fiabilité de la reproduction humaine. De ce point de vue, la filiation est une question plutôt de l'ordre social public qu'une affaire purement privée.

⁸¹³ Claire NEIRINCK, « Désaveu et contestation de paternité », Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation (dir. L. KHAÏAT), coll. *IRCID-CNRS*, 9-11 fév. 1995, Erès, 1995, coll. Actes, p. 191.

⁸¹⁴ Pierre LEGENDRE, *L'ineffable objet de la transmission : Etude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985, p. 10

⁸¹⁵ Frédérique DREIFUSS-NETTER, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », D., 1998, chron. p. 100.

⁸¹⁶ Nadège COUDOING, « Les distinctions dans le droit de la filiation », thèse sous la direction du Professeur Elisabeth PAILLET, Faculté de droit Uni. DU Sud Toulon Var, 2007, p. 6

⁸¹⁷ Idem

⁸¹⁸ Fanny VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme*, L'Harmattan, 2000, coll. Logiques Juridiques, p. 420

⁸¹⁹ Mathilde MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit : 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant/LGDJ, 1999, p. 156.

⁸²⁰ Pierre MURAT, « Filiation et vie familiale », Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH (dir. Frédérique. SUDRE), coll. Institut du droit européen des droits de l'Homme, Fac. de droit Univ. Montpellier I, 22-23 mars 2002, Némésis/Bruylant, 2002, coll. « Droit et justice » : n°38, p. 161.

La filiation est une donnée complexe⁸²¹ qui est reliée à trois composantes : la composante généalogique⁸²² basée sur les mentions de l'état civil, la composante domestique⁸²³ vécue quotidiennement et basée sur le comportement des parents et de l'enfant face à la société et la composante biologique⁸²⁴ qui est celle du parent et géniteur en même temps. Dans la plupart des cas, les trois composantes œuvrent mutuellement dans l'établissement d'une filiation sûre et intangible. Toutefois, la complexité et les problèmes relatifs à la filiation résident dans le déliement de ces trois composantes. D'ailleurs, avec les mouvements que connaît la vie familiale aujourd'hui entre séparation et recompositions, les trois composantes sont mises l'une contre l'autre par les personnes en conflits.

462. Si le titre légal et la possession d'état ont été jusqu'à maintenant les composantes les plus marquantes au niveau social, la dimension biologique commence à prendre une place prépondérante notamment avec l'évolution des expertises biologiques⁸²⁵. Désormais « l'incorporation de la biologie dans la désignation des filiations est aussi une donnée d'ordre culturel et historique, donc social »⁸²⁶. En revanche, le recours à l'expertise biologique dans le droit de la filiation ne doit pas devenir le principe. Elle est une composante parmi d'autres qui doit se combiner avec les autres et non les écarter systématiquement.

Pour que la filiation soit vraiment une source d'identité et de statut, elle ne peut être une vérité pure que pour l'enfant. En effet, comme la filiation est un droit dont l'objet principal est l'enfant, l'objectif recherché doit être surtout l'intérêt de celui-ci. C'est pour cette raison qu'il ne faut écarter aucune des composantes appréhendées soit de manière isolée, cumulée, ou au contraire opposée.

2. L'enfant au centre du droit de la filiation :

⁸²¹ Françoise DEKEUXER 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, ministère de la justice, la documentation française, septembre 1999, p. 11

⁸²² Irène THERY, « 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, ministère de la justice, édition Odile Jacob, la documentation française, juin 1998, pp. 169, 170

⁸²³ Idem

⁸²⁴ Idem

⁸²⁵ Depuis le [28 mars 2000 \(pourvoi : 98-12806\)](#) la première Chambre de la Cour de cassation avait décidé que « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ». Cette solution a été affirmée par le nouvel [article 327 du Code civil](#) issu de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation : Dans ce nouveau texte, l'exigence d'administratives préalables disparaît clairement.

⁸²⁶ Françoise DEKEUXER DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 12

463. Faire de la filiation le seul fondement de la famille exige que l'enfant soit engagé, d'office, dans la complexité de cette question. Autrement dit, si la filiation est désormais au centre de la famille, est-ce que l'enfant constitue également le centre du droit de la filiation ?

La réforme de la filiation intervenue en 2005 ratifiée par la suite par la loi 16 janvier 2009 a ouvert le débat sur la place de l'enfant dans le droit de la filiation notamment dans la prise en considération de son intérêt supérieur. D'ailleurs, cette réforme a été la réponse à l'engagement de la France devant le Comité des droits de l'enfant⁸²⁷ concernant la consécration de l'égalité entre enfants (1.1) et la sécurisation des filiations (1.2) sous le guide de l'intérêt de l'enfant⁸²⁸.

1.1. L'égalité des filiations : la concrétisation du principe de non-discrimination de la CIDE

464. La réforme du 4 juillet 2005 a achevé la mise en œuvre du principe de l'égalité sur lequel est fondé le droit de la filiation en France. Ce principe signifie que tous les enfants quelles que soient leurs filiations ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs pères et mères. Consacrée, auparavant, par la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation, l'égalité des filiations va de pair avec la vérité des filiations. Deux principes directeurs qui ont guidé le législateur de 1972 à faire une loi « à la fois harmonieuse et futuriste⁸²⁹ ». Cette loi a réussi à faire de l'enfant issu d'un mariage et l'enfant issu d'une relation hors mariage des sujets égaux en droit et aussi devant la société puisque celle-ci a accepté cette équivalence de statut sans aucun problème. De plus, le mariage n'est plus la seule union légitime dont les enfants naissent et trouvent de la stabilité et de la sécurité. La réalité sociologique démontre que les familles hors mariage ont aussi une vie qui s'inscrit dans la durée et des comportements identiques à ceux qui vivent maritalement.

⁸²⁷ « Comme il s'y était engagé, le Gouvernement a fait disparaître les dernières discriminations que le droit français de la filiation comportait (...)L'ordonnance précitée du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, prise sur le fondement de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit et entrée en vigueur le 1er juillet 2006, a parachevé cette évolution en tirant les conséquences de la consécration par le législateur de l'égalité parfaite entre les enfants quelles que soient les conditions de leur naissance. L'ordonnance réorganise le titre VII du livre premier du code civil qui cesse d'être bâti autour de la distinction des filiations légitimes et naturelles. L'abandon de ces notions traduit ainsi une nouvelle conception du droit de la filiation qui distingue désormais entre l'établissement non contentieux de la filiation et les actions judiciaires. Cette ordonnance a, par ailleurs, harmonisé les modes d'établissement de la filiation, simplifié le régime des actions judiciaires et sécurisé le lien de filiation en ramenant à dix ans la prescription de droit commun, fixée auparavant à trente ans » : CRC/C/FRA/4 p.32

⁸²⁸ « L'ordonnance précitée du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation est quant à elle guidée par l'intérêt de l'enfant, puisqu'elle réaffirme le principe de l'égalité des filiations en supprimant la distinction entre les filiations naturelles et légitimes et sécurise le lien de filiation en simplifiant et harmonisant ce droit » : CRC/C/FRA/4 p.34

⁸²⁹ Françoise DEKEUWER DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 13

465. Ainsi, tout enfant peut en principe voir sa filiation légalement établie tant qu'il n'est pas rattaché à une autre personne. La règle qui écarte l'enfant adultérin d'établir sa filiation n'est plus à jour. Toutefois, le processus vers l'égalité des filiations n'a pas été achevé parce que d'une part, ce principe a connu une exception en ce qui concerne les droits successoraux de l'enfant adultérin qui restent inférieurs à ceux des autres enfants⁸³⁰ ; d'autre part, les règles d'établissement et de contestation ont été très différentes selon que l'enfant est né en ou hors mariage.

466. S'agissant du second principe, le législateur a voulu renforcer le titre légal et la possession d'état par la vérité biologique. En effet, il a admis les examens sanguins comme mode de preuve judiciaire⁸³¹ et « toute autre méthode médicale certaine »⁸³². Néanmoins la vérité biologique demeure un principe « à double tranchant » : Elle peut être considérée comme une composante parmi d'autres à côté de la vérité sociale et juridique. Dans ce cas, elle constitue le remède des filiations dites fictives que le droit antérieur à 1972 avait excessivement accumulé des filiations juridiques ; ainsi les personnes peuvent se libérer de rattachements juridiques qui ne correspondent pour eux à rien et éventuellement être reliés à leur véritable auteur biologique⁸³³ ou être considérées comme vérité supérieure aux deux autres et dans ce cas, elle peut être source de désordre et d'instabilité dans plusieurs familles. La position du législateur a été renforcée par la jurisprudence notamment par celle de la Cour de cassation⁸³⁴ qui a eu tendance à interpréter les textes en donnant une large place à la vérité

⁸³⁰ Dans ce cas la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme le 1^{er} février 2000 dans l'affaire *Mazureck*, au regard de la différence de traitements entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels.

⁸³¹ 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

⁸³² Article 340-1 du Code civil, 1^o et 3^o.

⁸³³ Françoise DEKEUWER DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 13

⁸³⁴ Arrêt du 30 mai 2000 en matière de contestation de reconnaissance (JCP 2000, II, 10410, note T. Garé ; Droit de la famille, juillet-août 2003, p. 17, n^o 23, note C. Jourdain-Fortier), arrêt du 17 septembre 2003 (pourvoi n^o 01-03.408), il s'agissait de la demande d'annulation d'une reconnaissance et de la légitimation par mariage subséquente ; arrêt du 17 février 2004 (pourvoi n^o 02-10.245), dans le cas d'une reconnaissance souscrite par le père le jour de la naissance de l'enfant conjointement avec la mère et contestée 8 ans et demi après ; enfin, le 12 mai 2004 (pourvoi n^o 02-16.849), dans une hypothèse proche de la précédente.

Arrêt du 29 mai 2000 sur l'action, rarement exercée, qui permet, sur le fondement de l'article 313-2 du Code civil, de rétablir la présomption de paternité légitime à l'égard d'un enfant issu d'une femme mariée mais inscrit à l'état civil sans indication du nom du mari, si une réunion de fait a eu lieu entre les époux durant la période légale de conception (Pierre MURAT, « Le refus de se prêter à une expertise biologique et la preuve de la réunion de fait », *Droit de la famille*, mars 2004 p 20 ; *RTD Civ* 2004, p.494)

Arrêt du 9 décembre 2003 sur l'action en désaveu de paternité légitime (Pierre MURAT, La portée de l'expertise biologique de droit, *Droit de la famille*, juin 2004, p. 25)

Arrêt du 8 janvier 2002 le droit à une expertise biologique est nettement affirmé et pour la première fois concernant une action en recherche de paternité.

biologique. Cela après le fameux principe fixé par la première chambre civile de la Cour de Cassation : « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas l'ordonner »⁸³⁵.

467. La loi antérieure à celle de 2005 a réussi à faire de ces deux principes (égalité et vérité des filiations) des valeurs sociétales. Il fallait, toutefois, achever le processus commencé par cette loi concernant l'égalité et revoir le principe de la vérité biologique avec plus de prudence afin de stabiliser les filiations. Comme le dit très bien Françoise Dekeuwer-Défossez : « Si la loi doit aujourd'hui être revue, c'est sans doute parce que ces deux principes ont d'ailleurs été tellement admis par la société qu'ils méritent de trouver une place quelque peu renouvelée dans l'ordonnement légal : l'un pour être achevé, l'autre pour être freiné »⁸³⁶. Elle ajoute : « la filiation doit être garantie à chacun quel que soit le lien de ses géniteurs et quelles que soient les circonstances qui entourent sa conception comme sa naissance. Elle doit l'être sans discrimination, d'une façon qui prête le moins possible à contestation. Elle doit donner à l'enfant la stabilité, la continuité et la sécurité qui sont liées à ce que la filiation représente »⁸³⁷

Sur les deux principes de l'égalité et de la sécurité que la réforme du 9 décembre 2004 s'est basée⁸³⁸ instaurant les objectifs suivants :

- Tirer les conséquences de l'égalité de statut entre enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance ;
- unifier les conditions de l'établissement de la filiation maternelle ;
- préciser les conditions de la constatation de la possession d'état ;

Arrêt du 12 mai 2004 en matière d'action en recherche de paternité qui n'exigeant plus d'admicicules (présomptions ou indices graves) pour rapporter la preuve de la paternité et en permettant la preuve directe par l'expertise (Cf. T.Garé, L'expertise biologique peut servir à démontrer la recevabilité d'une action en recherche de paternité naturelle, *Revue juridique personnes et famille*, 2004, p. 23).

⁸³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. n° 103 ; *Defrénois*, 2000-06-30, 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-SAINTE-MIEU

⁸³⁶ Françoise DEKEUWER DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 13

⁸³⁷ *Idem*, p. 18

⁸³⁸ L. n°2004-1343 du 9 déc. 2004, *JO*, 10 déc. 2004, p. 20857. D'ailleurs, Pour la première fois dans l'histoire des réformes de la filiation, la méthode choisie pour établir cela est une réforme par ordonnance. Présentée en Conseil des ministres par le ministre de la justice Pascal Clément et signée par le Président de la République le 4 juillet 2005, elle a été ratifiée par la loi du 16 janvier 2009. Le législateur a emprunté la voie de l'article 38 de la Constitution pour habiliter le Gouvernement à réformer le Titre septième du Livre premier du Code civil consacré à la filiation. Le choix de cette voie n'est pas anodin : l'objectif au niveau de la forme a été de trouver, tout d'abord, une efficacité technique et d'éviter, ensuite, une perte de temps selon l'argument de la Chancellerie. Critiquer par les uns et applaudies par les autres, cette méthode a été objet de désaccord. Ainsi, pendant les discussions sur l'article 4, un auteur s'est prononcé en affirmant « Le droit civil, le beau et vrai droit civil, de tous les temps, de tous les régimes, fut le droit de la Chancellerie non du Parlement ». Bernard BEIGNIER, « Le législateur », *Droit de la famille*, mars 2005, repère, p. 3.

- harmoniser le régime procédural de l'établissement judiciaire de la filiation ;
- sécuriser le lien de filiation ;
- préserver les enfants des conflits de filiations par la généralisation du principe chronologique;
- simplifier et harmoniser le régime des actions en contestation, dans un souci d'égalité et de stabilité de la filiation.

468. Les transformations les plus visibles sont d'une part, la suppression des expressions « enfant légitime », « enfant naturel » et « filiation légitime », « filiation naturelle ». En supprimant la hiérarchie des filiations connue dans l'ancien code comme telle : « dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle », « de la filiation légitime », « de la filiation naturelle », le nouveau code ne distingue que la filiation maternelle et la filiation paternelle. Avec cette nouvelle loi, le principe de l'égalité prend sa vraie forme. D'ailleurs « pourquoi maintenir le mot, comme une enveloppe vide. Cette disparition n'est qu'une des ultimes conséquences d'une évolution depuis longtemps entrevue : la légitimité prenait sa source dans la naissance en mariage, parce que les rapports sexuels n'avaient de reconnaissance sociale que dans le mariage. Mais une fois affaiblie ou dissipée la réprobation attachée aux relations hors mariage et une fois dissociées les questions des rapports des adultes des questions du statut de l'enfant, ce dernier n'ayant plus à supporter les conséquences du comportement jadis réputé illégitime de ses parents, les effets de la légitimité s'estompent jusqu'à ce que la notion elle-même, vidée de son sens, disparaisse »⁸³⁹. Cette suppression a été étendue dans tous les articles du code civil, du code pénal, du code de la sécurité sociale, du code des pensions, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, où ils figuraient.

D'autre part, la suppression de la légitimation. Cette démarche qui a trouvé tout son intérêt lorsque les naissances hors mariage ont été encore un phénomène nouveau et peu accepté par la société. Désormais et après trente ans de ce qui a été écrit par Gérard Cornu en 1975⁸⁴⁰, la légitimation perd toute sa valeur symbolique et aussi pécuniaire.

⁸³⁹ Pierre MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *op.cit.*, note 94, p. 9.

⁸⁴⁰ « Tant que la condition sociale de l'enfant naturel restera marquée, dans les esprits, dans l'opinion, d'une certaine infériorité, par l'effet non pas d'une véritable réprobation mais d'une simple réserve, tant que ce phénomène existera, l'accès à la légitimité – même par la petite porte – restera utile en pratique et demeurera, après tout, un hommage symbolique à la filiation légitime » (*Archives de philosophie du droit*, p. 44).

469. En ce qui concerne l'établissement de la filiation, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a tracé l'objectif de conserver une cohérence dans cette démarche. D'abord, pour la filiation maternelle, l'ordonnance a unifié les modes de son établissement quelle que soit la situation conjugale de la mère. Mariée ou pas, « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant », selon le nouvel article 311-25.

Les nouvelles dispositions fondent l'établissement de la filiation maternelle sur la simple désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant⁸⁴¹. Néanmoins, la femme qui accouche doit exprimer sa volonté d'être inscrite comme mère dans le registre des naissances puisque la loi française permet de conserver l'anonymat de son identité (l'accouchement sous X). En conséquence, l'acte de naissance devient le moyen de preuve usuel de la maternité comme dans quasiment tous les États européens⁸⁴². En outre, l'ordonnance a maintenu la reconnaissance maternelle parmi les modes d'établissement de la filiation maternelle. A défaut de titre et de possession d'état, la filiation peut être déclarée en justice. En effet, la recherche en maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326, c'est-à-dire à condition que la mère n'ait pas demandé le secret de son admission et de son accouchement⁸⁴³.

Par ailleurs pour la filiation paternelle, l'ordonnance a conservé la règle de la présomption de paternité « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari » (article 312). Le nouveau texte ajoute « ou né », ce qui constitue une simplification dans la recherche de la preuve. Alors qu'il faut une déclaration de volonté exprimée dans un acte de reconnaissance authentique pour établir la paternité hors mariage (article 316).

Si le nom du mari n'est pas indiqué, la présomption de paternité peut être écartée (article 314). Toutefois, celle-ci est rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard de chacun des époux et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers (article 313). Elle peut aussi être réclamée en justice par chacun des époux pendant la minorité de l'enfant, et par l'enfant lui-même pendant les dix années qui suivent sa majorité (article 329).

⁸⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, n° 09-16.968 : « Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'Albertine X... était désignée en qualité de mère dans l'acte de naissance de M. Paul X... ce dont il résultait que sa filiation maternelle à l'égard de celle-ci était établie, la cour d'appel a violé les textes susvisés... », *D.* 2011, p. 161; *ibid.* 1585, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ famille* 2011, p. 107, obs. I. ARDEFF; *RTD civ.* 2011. 114, obs. Jean HAUSER

⁸⁴² Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, « « La filiation par ordonnance: présentation générale de la réforme », *Recherches familiales*, 2010/1 n° 7, p. 7-16.

⁸⁴³ La loi n° 2009-61 du 16 janv. 2009 a supprimé la fin de non-recevoir à une action en recherche de maternité en ce qui concerne l'accouchement sous X.

Enfin, la loi de 2009 a prévu également la possibilité pour le mari de reconnaître l'enfant si la présomption a été écartée sur le fondement de l'article 313 (article 315).

Pour la recherche en paternité, elle est ouverte l'enfant, jusqu'à l'âge de 28 ans dans un délai de dix ans. Le parent, même mineur, a qualité pour exercer la recherche en maternité ou en paternité au nom de l'enfant pendant la minorité de celui-ci (article 328).

1.2. La sécurisation de la filiation : la concrétisation du droit de l'enfant à l'identité

470. Nous avons évoqué, précédemment, que l'ordonnance de 2005 s'est basée sur deux principes : l'égalité et la sécurité. En effet, « la sécurisation de la filiation, autrement dit la protection de la filiation établie contre toute remise en cause, traduit l'impératif de stabilité de l'état des personnes. Celui-ci touche à l'identité, et même, s'agissant de la filiation, à la construction de l'identité personnelle⁸⁴⁴ ». Ce deuxième principe constitue la nouveauté de cette ordonnance. Pour remédier à cela, la réforme a limité les actions en contestation de la filiation. Désormais, deux actions sont prévues lorsque l'objet de la contestation porte sur la vérité biologique :

- La contestation de la maternité en apportant la preuve que la mère n'a pas accouchée de l'enfant (articles 332 à 337),
- La contestation de la paternité en apportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père.

471. On distingue deux raisonnements quand la maternité ou la paternité est établie par un titre confirmé par la possession d'état ou par un titre seulement. Dans le premier cas, la protection est renforcée : le nombre de personnes titulaires des actions en contestation est limité ; le délai de la prescription est plus court (5 ans). De plus, la jurisprudence a décidé que si l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, elle ne l'est pas en matière de contestation de possession d'état. Dans une décision du 6 décembre 2005, la Cour a jugé « 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 droit⁸⁴⁵ ». D'une façon plus ferme, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 16 juin 2011⁸⁴⁶ qu'« en matière de possession d'état il ne peut y avoir

⁸⁴⁴ Amélie DIONISI-PEVRUSSE, « La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 », *Recueil Dalloz* 2006 p. 612

⁸⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2005, n° 03-15.588, D. 2006, IR p. 99 ; Juris-Data, n° 031133 ; *Droit de la famille* 2006, comm. n° 26, note Pierre MURAT

⁸⁴⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 08-20.475, D. 2011. 1757, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *AJ famille* 2011. 376, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2011. 524, obs. J. HAUSER

lieu à prescription d'une expertise biologique ». Par contre, le demandeur doit démontrer par tous moyens les faits constitutifs de la possession d'état alléguée⁸⁴⁷.

Dans le second cas, si la maternité ou la paternité est établie par un titre nu, elle peut être contestée par tout intéressé et dans le délai de prescription de 10 ans du droit commun.

Ces deux actions sont communes à l'enfant né dans le mariage et à l'enfant né hors mariage.

Une troisième action est consacrée lorsque l'objet de la contestation porte sur la possession d'état constatée dans un acte de notoriété. Cette action est limitée dans un délai de 10 ans à compter de la délivrance de l'acte de notoriété qui constate la possession d'état⁸⁴⁸. Dans toutes les actions en contestation de la filiation, l'expertise biologique est de droit sauf dans une action en constatation de la possession d'état.

472. L'une des innovations les plus marquantes est la suppression de la règle invoquant l'irréfragabilité de la présomption de paternité du mari dans le cas d'un titre légal confirmé par la possession d'état d'un enfant légitime⁸⁴⁹.

Cela dit, bien que la réforme de 2005 et la loi de 2009 n'affirment pas explicitement la référence à l'intérêt de l'enfant dans la question de la filiation, certaines décisions jurisprudentielles témoignent de l'évolution de ce critère dans les questions de la filiation⁸⁵⁰. C'est l'objet de la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Lyon le 5 juillet 2007 qui « constitue, de ce point de vue, une manifestation remarquable de la mise en œuvre des droits de l'enfant dans le domaine de la filiation, dans lequel ils sont généralement fort peu exercés⁸⁵¹ ».

⁸⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 05-19.673, Juris-Data, n° 035922: cité par Frederique GRANET-LAMBRECHTS, Droit de la filiation, *Recueil Dalloz* 2007 p. 1460

⁸⁴⁸ Cette action est fréquemment exercée en cas de décès du parent prétendu, par ses héritiers ou dans des circonstances plus singulières : Montpellier 16 févr. 2010, à propos de la filiation paternelle d'un enfant, établie par un acte de notoriété délivré après le décès du père - contestée par les grands-parents paternels.

⁸⁴⁹ Sauf désaveu dans un très bref délai ou contestation de sa paternité par la mère aux fins de légitimation par remariage avec le véritable père.

⁸⁵⁰ Le Professeur FULCHIRON propose pour que l'intérêt de l'enfant soit pris en compte en matière de filiation de permettre à celui-ci à l'âge de la majorité de contester sa filiation. Il écrit : « En fait, la solution la plus raisonnable pourrait être de ré-ouvrir l'action en contestation à la majorité de l'enfant, lorsque du moins la possession d'état a cessé. Réservée à l'enfant, l'action pourrait être exercée dans un délai de cinq ans. A lui d'apprécier son intérêt et d'exercer en quelque sorte un droit à ne plus être juridiquement rattaché à un homme auquel ne l'unissent plus ni les liens du sang, ni les liens de l'affection. Pas de vérité biologique, plus de vérité sociologique, une volonté contraire de l'intéressé = plus de lien juridique. On retrouve l'équation posée par la Cour européenne des droits de l'homme » : Hugues FULCHIRON, « Toute vérité est-elle bonne à dire ? Note à verser au dossier de ratification de l'ordonnance du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation », *Dalloz*, 2008, p. 3035

⁸⁵¹ Adeline GOUTTENOIRE, « Touche pas à ma filiation ! », *Recueil Dalloz* 2007 p. 3052

Dans cette affaire, le Tribunal de grande instance de Lyon devait trancher entre la recherche d'une vérité biologique et la vérité affective corroborée par le désir de l'enfant de sauvegarder sa filiation. Le Tribunal, refusant le recours à l'expertise biologique demandée par la mère biologique et de son mari, a motivé sa décision par le fait que « l'intérêt supérieur de l'enfant peut constituer un motif légitime de refus de la mesure [d'expertise génétique] sollicitée ». Ainsi, la prise en considération de l'intérêt de l'enfant subjectif⁸⁵² a permis au tribunal de protéger la filiation du mineur contre la contestation maternelle. En outre, par cette décision le TGI de Lyon concrétise davantage le droit de l'enfant doué de discernement de faire part de sa volonté et de sa parole en justice et, en l'occurrence, la participation de l'enfant à l'exercice de ses droits. Ce qui qualifie cette décision « d'audacieuse » puisque « elle permet de recentrer le débat de la filiation sur le principal intéressé, c'est-à-dire l'enfant lui-même, et de soustraire celui-ci aux velléités égoïstes de certains adultes ⁸⁵³».

473. En outre, une autre affaire témoigne de cette prise en considération progressive de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la question de la filiation. En l'espèce, il s'agit de savoir si un enfant mineur pouvait conserver le nom de l'auteur d'une reconnaissance annulée pour défaut de véracité. C'est dans un arrêt du 17 mars 2010⁸⁵⁴ que la Cour de cassation a considéré que « la cour d'appel, qui a pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et n'a pas refusé de le faire prévaloir, a souverainement estimé qu'en l'espèce, cet intérêt ne justifiait pas le maintien du nom de l'auteur de la reconnaissance annulée ». Ainsi, « la Cour de cassation affirme très clairement que le principe de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être appliqué dans les actions relatives à la filiation, mais elle approuve la cour d'appel qui a estimé qu'en l'espèce la règle mise en œuvre n'était pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁵⁵ ».

Dans le même sujet, « le tribunal peut même, dans des situations particulières, fixer la résidence de l'enfant chez le parent dont la filiation a été annulée, si l'intérêt du mineur l'exige⁸⁵⁶ ». C'est à l'occasion d'une décision de la Cour d'appel de Paris du 3 novembre 2011

⁸⁵² « Peut en revanche apparaître plus subtile comme visant en définitive l'intérêt de l'enfant en tant que considération supérieure un motif résultant des effets psychologiques que pourrait produire, si elle était ordonnée, une mesure d'expertise sur un jeune âgé alors de quinze ans et reconnu dès sa naissance par un homme qui l'a ensuite toujours élevé auprès de son épouse, alors que la mère en vient à contester cette paternité dans la perspective de « reprendre » son fils » : Frédérique Granet-Lambrechts, *Recueil Dalloz* 2008, p. 1371

⁸⁵³ Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 3052

⁸⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.619, D. 2010. 892, et 1442, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS; *AJ famille* 2010, p. 239, obs. S. MILLEVILLE Document InterRevue

⁸⁵⁵ Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, *Droits de l'enfant*, *Recueil Dalloz* 2010 p. 1904

⁸⁵⁶ Valérie Georget, *Contestation de paternité*, *AJ Famille* 2012 p. 21

que le juge a apprécié qu'« il y a lieu de fixer les modalités des relations entre [l'enfant né en 2005] et Monsieur X. qui a pris part à son éducation depuis sa naissance et s'en est toujours régulièrement occupé en prenant en compte la présence de Monsieur Y. dans l'organisation d'un droit de visite et d'hébergement, étant observé que celui-ci a reconnu l'enfant le 12 septembre 2011 ».

474. La jurisprudence relative à l'intérêt de l'enfant en matière de filiation n'est pas abondante puisque le traitement de ce critère ne se fait pas au cas par cas. Comme l'affirme Françoise Dekeuwer-Défossez : « en droit de la filiation, il ne s'agit jamais de l'intérêt concret d'un enfant précis, ce que l'on appelle en droit l'appréciation *in concreto*. Le fait qu'un enfant ait intérêt à avoir un père plutôt qu'un autre n'est absolument pas une question pertinente en droit de la filiation. L'intérêt de l'enfant est alors utilisé *in abstracto*, c'est-à-dire « en général ». En général, est-il préférable pour un enfant d'être rattaché à son père biologique ou, passé un certain temps, de ne pas voir sa filiation menacée par des possibilités de déstabilisation ? Cette question se pose pour tous les enfants de la même manière⁸⁵⁷ ». Cependant, est ce qu'on a posé la question de l'intérêt de l'enfant dans le nouveau rôle de la filiation ?

3. La place fondatrice de la filiation et l'intérêt de l'enfant

475. La fondation de la famille sur le seul lien de la filiation peut être, en revanche, contraire à l'intérêt de l'enfant. En effet, le fameux constat de « l'enfant fait la famille » occulte une « hypocrisie » vis-à-vis de l'enfant. On prétend faire de lui le centre de tout en lui faisant subir une responsabilité que les adultes n'ont pas pu supporter. « L'enfant ne peut pas être le pôle de solidité de la famille⁸⁵⁸ », bien au contraire celui-ci se structure sur la base du lien conjugal établi antérieurement par le couple.

476. Toutes les réformes de la filiation notamment celle de 2005 vise une seule finalité, celle « de préserver des intérêts individuels⁸⁵⁹ ». Or, est-ce qu'elle a pensé à l'intérêt de l'enfant tout court, à celui « que le nouveau concubin de la mère a reconnu à l'âge de deux ans (...), élevé par cet homme jusqu'à l'âge de huit ans ? Puis l'homme abandonne la mère et rompt tout lien avec l'enfant⁸⁶⁰ ». Dans ce cas de figure, une action est impossible puisque

⁸⁵⁷ 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. Sur le site du Sénat.

⁸⁵⁸ Xavier LACROIX, « Qu'est ce qui fait la famille aujourd'hui ? », Les conférences d'ouverture du 60ème anniversaire de l'UNAF sur le thème "Qu'est-ce qui fait Familles aujourd'hui" ? 2005, p. 2

⁸⁵⁹ Hugues FULCHIRON, *op.cit.*, Dalloz, 2008, p. 3035

⁸⁶⁰ Idem

l'enfant dispose d'un titre et d'une possession d'état conforme ayant duré plus de cinq ans (article 333 du code civil). Résultat, « L'enfant est enfermé dans une filiation fictive qui n'est plus qu'une filiation morte. Et il est dans l'impossibilité d'établir éventuellement sa véritable filiation⁸⁶¹ ».

477. D'ailleurs, malgré l'avancement de ces réformes, elles ne sont pas arrivées jusqu'au bout des principes qu'elles ont tracés (égalité et sécurité). Diverses questions sont restées en suspens telles que le sujet sensible de la filiation des enfants nés sous X. Cette réforme, attendue par plusieurs mouvements sociaux, qui a pu mettre fin à une « discrimination intolérable pour les enfants privés de leur identité, et qui par l'absence de vérité, se trouvent aussi privés d'égalité de chances face à la santé par la méconnaissance de leurs antécédents biologiques. Ce serait en même temps, une avancée du principe de responsabilité »⁸⁶². Par ailleurs, les filiations incestueuses et la filiation des couples homosexuels sont des thèmes peu abordables jusqu'à maintenant puisque les esprits ne sont pas complètement prêts⁸⁶³.

478. Malgré l'inachèvement des questions relatives à la filiation dans le droit positif, la place de la filiation est centrale dans les questionnements sociétaux. D'ailleurs, le législateur en consacrant le « démariage », a conforté en même temps l'institution de la filiation⁸⁶⁴ puisque « le déplacement de son centre de gravité de la conjugalité [...] vers la filiation⁸⁶⁵ » est plutôt une nécessité qu'une volonté et cela pour le comblement d'un vide.

Dans toutes les réformes de la filiation, il y a eu une seule finalité : c'est de valoriser la filiation comme institution, c'est-à-dire « un ensemble de règles de droit essentiellement impératives, dont le but est de donner aux relations entre parents et enfants une organisation sociale et morale correspondant à la fois aux aspirations du moment et à la nature permanente de l'homme, comme aussi aux directives fournies en tout domaine par la notion de droit »⁸⁶⁶.

⁸⁶¹ Idem

⁸⁶² Pierre VERDIER, « Le nouveau droit de la filiation » in *Journal des droits des jeunes*, n° 247, septembre 2005, pp. 25-30

⁸⁶³ Idem

⁸⁶⁴ Marine BOISSON, Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine enquête de sens commun, *Informations sociales* 2006/3, N° 131, p. 102-111.

⁸⁶⁵ Pierre LAMBERT, La définition de la vie familiale, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (UMR. CNRS. 5415), Faculté de droit de l'Université Montpellier I, SUDRE Frédéric (dir.), Némésis, Bruylant, Coll. Droit et Justice, 2002, Bruxelles, p. 59*

⁸⁶⁶ Idem

Parce ce que le « mariage-institution » ne répond plus aux aspirations du moment, le droit doit s'adapter aux choix et aux nouvelles mœurs de la société. Autrefois, l'ordre générationnel suivait un mouvement « descendant » parce que l'enfant est « le fils de ». Actuellement, nous assistons à une sorte d'inversion du sens de la filiation : « Ce sont les enfants adultes qui façonnent les grands-parents, de même que les nouveau-nés "fabriquent" les mères⁸⁶⁷ ».

Désormais, « le droit français, à l'instar d'autres droits européens, ne connaît plus que des parents dont le lien personnel devient presque indifférent »⁸⁶⁸. Le droit a choisi la filiation comme substitut du mariage. Convaincus par l'indissolubilité et l'inaliénabilité du lien de la filiation, le législateur a voulu garantir la stabilité et l'unité de la famille.

479. En effet, la filiation a évolué historiquement avec la promotion des droits de l'enfant. C'est le rapport à l'enfant qui a bouleversé la filiation : « la reconnaissance de l'enfance comme un âge doté de besoins spécifiques et de l'enfant comme une personne, une personne en devenir certes, mais une personne à part entière. En se personnalisant et en s'affectivant, le lien de filiation s'est affirmé comme un lien de plus en plus inconditionnel »⁸⁶⁹. Ce qui a fait de la filiation la nouvelle donnée impérative dans la vie familiale est son caractère inconditionnel puisqu'elle conçoit l'enfant comme il est « ce que l'on doit désormais à son enfant, c'est de l'aimer et le soutenir quoi qu'il arrive, de rester son parent quoi qu'il arrive, que l'enfant soit beau ou pas, intelligent ou pas, handicapé ou pas, et je dirais même d'une certaine façon, délinquant ou pas. Nos ancêtres étaient loin d'une telle inconditionnalité, c'est ce qui a fait dire au juriste anglais, John Eekelaar, que le principe d'indissolubilité s'était déplacé de la conjugalité vers la filiation⁸⁷⁰ ».

480. Si la filiation, aujourd'hui, fait la famille c'est parce qu'elle est indifférente au mode de conjugalité choisi par les parents. Le couple conjugal n'a pas d'importance tant que le couple parental est là. Cela signifie que la place du couple dans la filiation est en train de changer soit en abrogation ou en déplacement⁸⁷¹. Le lien qui relie le père et la mère ne remet pas en cause les effets de la filiation. Dès lors que la filiation paternelle et maternelle est établie dans la même année par une reconnaissance volontaire, l'autorité parentale est

⁸⁶⁷ Claudine ATTIAS-DONFUT, Martine SEGALIN, *Grands-parents : la famille à travers les générations*, Odile Jacob, Paris, 1998, p. 100

⁸⁶⁸ Catherine LABRUSSE-RIOU, « Couple et filiation : un lien chaotique » Un déplacement du droit, *Informations sociales*, 2006/3 n° 131, p. 64-69.

⁸⁶⁹ Irène THERY, Audition de la Commission des lois du Sénat : rapport d'information n° 110 sur les droits de l'enfant par M. Jacques LARCHE, Sénat, session ordinaire 1996-1997 : http://www.senat.fr/rap/r97-481/r97-481_mono.html#toc2

⁸⁷⁰ Idem

⁸⁷¹ Catherine LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 65

attribuée à ses deux parents. En outre, lorsque le couple se sépare ou divorce, l'autorité reste conjointe car il ne faut pas que le couple parental se défasse.

Autrement dit, la filiation reste stable malgré les changements que peut subir un couple. D'ailleurs, le droit a fait en sorte que la mère et le père restent toujours des parents aux yeux des enfants mais pas obligatoirement un couple.

481. Si l'idée de « l'enfant fait la famille » fait quasiment consensus, elle n'en demeure pas moins qu'elle est relative. L'institution de la filiation est fragilisée⁸⁷² par « un désordre qui provient d'interprétations du principe d'égalité civile qui ne sait pas inclure la différenciation pourtant évidente des couples et des sexes⁸⁷³ ». Certes, les effets de la filiation sont protégés et stables relativement dans le temps. Néanmoins, la finalité de l'établissement de la filiation a changé catégoriquement. Il ne faut pas confondre de simples rapports affectifs ou éducatifs à la filiation. Même si ces deux éléments rentrent dans la détermination de celle-ci.

La filiation doit se fonder sur la clarté des liens qui relient les générations entre elles. D'ailleurs, la véracité est le noyau de la filiation. Sans cet élément, la filiation perd tout son sens et risque d'être réduit à de simples rapports sociaux. De ce point de vue, la filiation ne doit être ni pure vérité biologique ni pure fait social.

Il ne faut pas oublier que la filiation marque l'identité de la personne, « elle est l'a-partenance : la marque de l'être à part, unique, et le moyen de tenir, de résister à la destruction, grâce à un lien privilégié avec d'autres humains »⁸⁷⁴. L'essentiel dans la filiation est que la personne peut nommer ses parents : d'abord ceux qui l'ont procréé (e) et ensuite (ou en même temps) ceux qui l'ont pris (e) en charge. Dans la plupart des cas ces deux éléments sont réunis mais le contraire devrait être l'exception.

Ce lien intime qui est la filiation a pour finalité la transmission. Outre, l'autorité parentale, le nom, le choix du prénom, la nationalité, le lien alimentaire, ou encore la succession qui sont tous des éléments matériels à transmettre, la filiation transmet un patrimoine génétique, matériel et surtout symbolique.

Nous avons précédemment souligné que la « filiation institution » est censée redonner sens à l'institution familiale. Toutefois, cette fonction dont dépend la filiation ou plutôt à l'enfant

⁸⁷² Cf. Olivier ABEL « La fragilité conjugale », *Dialogue* 4/2006 (n° 174), p. 85-94.

⁸⁷³ Idem

⁸⁷⁴ Lucette KHAÏAT, « Filiation : l'inscription essentielle », Association française des psychiatres d'exercice privé, *Psychiatries A.* 2001, n° 135-36, pp. 25-32

n'est pas si simple que ça. Comment peut-on donner à l'enfant cette lourde responsabilité si ce n'est pour déresponsabiliser les adultes ? L'enfant quand il vient au monde ce n'est pas pour réorganiser ou stabiliser des liens qui sont déjà incertains. L'enfant doit être accueilli dans la stabilité et la clarté, « fruit d'une maternité - et d'une paternité libres et responsables⁸⁷⁵ ».

C. La place de la parole de l'enfant

482. Tant en matière d'autorité parentale qu'en matière de filiation, la parole de l'enfant commence à s'imposer progressivement. D'ailleurs, c'est cette parole qui concrétise le plus le statut de l'enfant en tant qu'individu puisque avant cela, il était « celui qui ne parle pas ». Par ailleurs, la CIDE a consacré le droit d'expression de l'enfant dans son article 12-2, mise en œuvre en droit interne par des dispositions concrètes.

Le droit d'expression de l'enfant est une notion générale qui regroupe les différentes formes de la participation de l'enfant dans les décisions qui le concernent. Autrement dit, les manifestations de ce droit se révèlent diversifiées dans leurs sources comme dans leurs modalités. Le Professeur Adeline Gouttenoire les a exposées dans un ordre croissant en fonction de l'intensité de cette participation à la procédure qu'elles permettent⁸⁷⁶.

483. En premier lieu, elle cite l'audition du mineur comme la forme minimaliste de la participation de l'enfant à la procédure qui le concerne. L'audition de l'enfant n'est pas une collecte d'informations, ni un témoignage objectif, mais surtout une occasion pour l'enfant de donner son avis et d'exprimer ses sentiments. C'est pour cette raison que l'audition de l'enfant en justice n'est pas une obligation et elle n'a été rendue systématique par aucun texte. Cependant, lorsque l'enfant la sollicite, le juge ne peut la lui refuser que s'il motive sa décision⁸⁷⁷. Si le droit français s'est adapté aux dispositions de la Convention sur ce point-là, reste que les exigences de la Convention internationale en matière d'audition de l'enfant sont plus grandes. En effet, l'article 12-2 de la CIDE impose aux États de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure le concernant, selon des modalités prévues par

⁸⁷⁵ Idem

⁸⁷⁶ Adeline GOUTTENOIRE, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *CRDF* 5, 2006, pp. 60 et s

⁸⁷⁷ La Cour de cassation avait déjà affirmé dans l'arrêt du 18 mai 2005 (Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, n° 891 FS-P+B+R+I : Juris-Data n° 2005-028424 ; *Droit de la famille* 2005, comm. 156, obs. Adeline GOUTTENOIRE ; François BOULANGER, Applicabilité directe de la Convention de New York et intérêt supérieur de l'enfant : *D.* 2006, p. 554), que la demande d'audition de l'enfant ne doit pas rester sans réponse

la législation nationale. Seulement, dans le cadre d'une assistance éducative, le juge doit entendre le mineur avant de l'émanciper (l'article 477 du Code civil).

484. Ainsi, l'applicabilité directe de la CIDE par la Cour de cassation a donné « un grand coup de pouce » à l'audition de l'enfant en justice puisque l'article 12-2 a été considéré, aussitôt, d'effet direct dans l'arrêt du 18 mai 2005. Ensuite, la réforme du 5 mars 2007 a pris en considération l'insuffisance des textes et a modifié radicalement l'article 388-1 du Code civil⁸⁷⁸. Finalement, le décret du 20 mai 2009 est venu fixer les modalités pratiques de ce droit de l'enfant en s'alignant sur des décisions jurisprudentielles de la Cour de cassation. Ce décret guide les praticiens minutieusement « afin que le respect de l'intérêt de l'enfant, pris en compte lors de la demande d'audition et dans la fixation des modalités de celui-ci, n'altère pas le respect du contradictoire nécessaire à tout procès⁸⁷⁹ ».

485. Le décret insiste sur le principe du discernement du mineur comme condition indispensable à son audition (Article 338-1 du code de la procédure civile). L'existence de cette capacité ou l'absence de la maturité de l'enfant sont appréciées par les juges du fond. Sur ce point, la Cour de cassation affirme dans un arrêt du 12 avril 2012⁸⁸⁰ que l'appréciation du discernement de l'enfant susceptible d'être entendu relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Ainsi, le refus de l'audition est fondé sur l'incapacité de l'enfant à cause de son jeune âge⁸⁸¹, mais aussi à cause d'une incapacité liée à un handicap neurologique et psychomoteur très lourd de l'enfant⁸⁸². L'enfant, pour bénéficier de ce droit, il doit d'abord être informé. Le décret de 2009 organise cette démarche en la confiant aux personnes qui s'occupent de l'enfant : les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur, la personne ou le service à qui il a été confié. Confier cette mission en premier lieu aux titulaires de l'autorité parentale,

⁸⁷⁸ Article 388-1 du code civil : « 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. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat ».

⁸⁷⁹ Méлина DOUCHY-LOUDOT, « L'audition de l'enfant en justice », Procédures, *Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasser*, août et septembre 2009, p.6

⁸⁸⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 avril 2012, n° 11-20.357

⁸⁸¹ CA Montpellier, 24 juin 2008, n°07/06728 affirmant qu'il « résulte des conclusions des parents que l'enfant mineure Sabrina Z... n'est pas capable de discernement au sens de l'article 388-1 du code civil en ce qu'elle est âgée de quatre ans et demi comme étant née le 5 novembre 2003 » ; Dans l'arrêt du 25 février 2009, la Cour de cassation excluait également l'audition d'enfants de 5 et 6 ans.

⁸⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, n° de pourvoi 05-13.627

est dans le but « d'inciter les parents à assumer pleinement leurs devoirs parentaux » a estimé le ministre de la Justice⁸⁸³. D'ailleurs, les parents assument toute la responsabilité de vérifier si l'enfant a été bien informé et non pas le juge. C'est dans ce sens-là que la première chambre civile, dans un arrêt du 28 septembre 2011⁸⁸⁴ a considéré que les parents qui ont la mission d'informer l'enfant sur son droit à l'audition n'ont pas à reprocher au juge de ne pas vérifier la concrétisation de cette information. Dans une autre affaire concernant également l'information du mineur de son droit d'être entendu, la Cour de cassation a considéré que le fait d'aller voir un avocat implique que les enfants ont été informés de leur droit d'être entendus⁸⁸⁵.

486. Cependant, dans l'information de ce droit, « le droit français n'a pas fait le choix d'une information systématique et personnelle du mineur - par l'envoi par exemple d'une lettre informant le mineur de l'existence de la procédure et de sa possibilité d'être entendu⁸⁸⁶ ». Le droit de l'enfant d'être entendu par la justice est applicable à toutes les procédures concernant la personne de l'enfant ou ses biens⁸⁸⁷ rappelé dès l'introduction de l'instance.

Néanmoins, la demande d'être auditionné par le juge ne peut être formulée que par l'enfant lui-même ou les parties à la procédure sans aucune formalité particulière (article 338-2). Aucune demande par l'intermédiaire d'un tiers n'est acceptée⁸⁸⁸. Selon l'article 338-2 du code de la procédure civile, la demande de l'audition est recevable à n'importe quelle étape de la procédure même en cours de délibéré⁸⁸⁹.

⁸⁸³ Rép. min. n° 36623, JO 30 juin 2009, p. 6646

⁸⁸⁴ « Mme A. n'est pas recevable à reprocher à la cour d'appel d'avoir omis de rechercher si C. avait été informée de son droit à être assistée d'un avocat dès lors que la charge d'une telle information lui incombait », la Cour de cassation tire de l'obligation pour les parents d'informer l'enfant entendu de ses droits, l'impossibilité pour eux de contester l'effectivité de cette information, réduisant du même coup le rôle du juge en la matière. Sans le verbaliser, la Cour de cassation se fonde sur l'article 338-1 du code de procédure civile qui dispose que « le mineur capable de discernement est informé par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit d'être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant » : Cass. civ. 1^{er}, 28 septembre 2011, n° 10-23.502, D. 2012, p. 1033, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *AJ famille* 2011, p. 546, obs. L. BRIAND; *RTD civ.* 2011. 757, obs. J. HAUSER

⁸⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010

⁸⁸⁶ Adeline GOUTTENOIRE, *Mineurs, Répertoire de procédure civile*, juin 2010

⁸⁸⁷ La circulaire du 3 juillet 2009 établit une liste de procédures dans lesquelles l'enfant doit être informé qu'il peut être entendu : les procédures relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale entre les parents, les procédures relatives à l'autorité parentale faisant intervenir un tiers (droit de visite et d'hébergement et délégation de l'autorité parentale), la procédure de retrait de l'autorité parentale, la procédure de changement de prénom de l'enfant, les procédures relatives à la filiation de l'enfant et à son adoption, le changement de régime matrimonial des parents de l'enfant mineur. En ce sens, la cour d'appel de Montpellier a affirmé, dans une décision du 10 juin 2008 (RG n° 07/05560), que « les aspects strictement financiers des relations parentales n'entrent pas dans les prévisions de l'article 388-1 du code civil ».

⁸⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, n° de pourvoi 06-18379 : Pierre MURAT, *Droit de la famille*, 2007, Comm. 192.

⁸⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, (arrêt précité)

487. Le décret du 20 mai 2009 est venu consacrer la qualification de l'audition du mineur « de droit » lorsque celui-ci en fait la demande. C'est pourquoi, le refus du juge d'une audition n'est accepté que si les conditions de celui-ci ne sont pas satisfaites. L'article 338-4 du code de la procédure civile précise que « lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas ». Il est certain que désormais, l'enfant a un véritable droit à être entendu par le juge, mais est-ce le bon choix ? Enlever au juge tout pouvoir d'appréciation pour décider de l'opportunité de l'audition constitue un choix radical de la part du législateur.

Dans l'autre extrême, aucun recours n'est possible d'après l'article 338-5 du code de la procédure civile qui précise que « la décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours ». Cette règle signifie d'une part que le refus fondé du juge à la demande d'audition de l'enfant ne peut être contesté. Et d'autre part que la contestation des parents à l'audition de l'enfant n'est pas plus acceptée.

Restreindre le pouvoir du juge à refuser une audition de l'enfant sous le seul fondement d'absence de capacité ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas n'a pas empêché les juges du fond de refuser cette démarche en se fondant sur un autre motif. Il s'agit d'un refus de l'audition du mineur au motif que ce dernier a déjà été entendu une fois au cours du procès devant les premiers juges. La cour d'appel de Lyon, dans une décision du 2 avril 2009⁸⁹⁰, a jugé que si l'article 388-1 du code civil accorde au mineur le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant lorsqu'il en fait la demande, « il ne lui confère cependant pas la possibilité d'exiger une telle audition à chaque stade de l'instance ; qu'en l'espèce, l'enfant Cindy a déjà été entendue au cours de l'enquête sociale ordonnée, avant dire droit, par la juridiction du premier degré et qu'il n'y a donc pas lieu d'ordonner une nouvelle audition ».

En revanche, en tout état de cause, le juge est tenu de répondre à la demande de l'audition du mineur avant de rendre sa décision. Cette solution a fait l'objet de l'arrêt de principe du 18 mai 2005 et dans un arrêt du 15 avril 2010⁸⁹¹ dont la première chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence au motif que « la cour d'appel a statué sans entendre l'enfant et sans se prononcer sur sa demande d'audition ». Celle-ci avait refusé d'entendre l'enfant dans une procédure relative à l'autorité parentale alors qu'elle avait effectué deux demandes à ce sujet en se fondant sur l'article 388-1 du code civil.

⁸⁹⁰ CA Lyon, 2 avril 2009, n° 07/00552 ; voir aussi l'arrêt la cour d'appel de Rennes, dans une décision du 25 mars 2008 n° 06/06345.

⁸⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 2010, n° de pourvoi 09-14.939

Une autre possibilité pour le juge de refuser l'audition du mineur est lorsque la demande est formée par les parties à la procédure (article 338-4, al.2 du code de la procédure civile), en général les parents de l'enfant. Cette règle veut empêcher, sans doute, d'impliquer l'enfant, intentionnellement, dans des conflits familiaux lourds à supporter. En effet, l'arrêt d'Agen du 21 février 2008⁸⁹² décide qu'« attendu que l'audition de cette enfant, en raison du conflit familial, ne ferait qu'envenimer la tension existante, et lui ferait supporter une responsabilité qu'elle ne doit pas endosser ; qu'elle n'apparaît donc pas nécessaire ».

488. La convocation de l'enfant en vue de son audition est simplifiée par le décret de 2009 puisque il a supprimé l'emploi de la lettre recommandée. Selon la circulaire du 3 juillet 2009, la formalité de la lettre recommandée prévue par les anciens textes constituait une « précaution inutilement coûteuse, le mineur n'ayant pas la capacité juridique de signer lui-même un avis de réception »⁸⁹³. Selon l'article 338-6 du code de la procédure civile, les parties à la procédure sont également informées des modalités de l'audition, mais sans aucune autre précision. Le décret de 2009 a supprimé, néanmoins, l'éventualité d'une audition « sur-le-champ ». Même si, selon la circulaire du 3 juillet 2009, le décret n'interdit pas que l'audition ait lieu immédiatement avant l'audience des débats, « l'intérêt de l'enfant justifie de distinguer clairement le temps de l'audience de celui de l'audition, afin d'éviter qu'il subisse la tension pouvant exister entre les deux parties, en particulier en matière familiale. Cette dissociation entre la mesure d'audition et l'audience des débats peut également permettre de relativiser l'importance de cette mesure, en ne donnant pas au mineur le sentiment d'être au cœur du processus décisionnel »⁸⁹⁴.

L'audition du mineur est réalisée en principe par le juge seul, par les juges d'une formation collégiale ou par l'un d'eux. L'enfant peut également être auditionné par un tiers si son intérêt le commande selon l'article 338-9 du code de la procédure civile. Cette personne ne doit pas entretenir des liens avec l'enfant ni avec les parties à la procédure et doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique.

489. A la fin de l'audition, un compte rendu doit être soumis au principe du contradictoire en laissant au juge le choix des modalités de la transmission aux parties du contenu de celle-ci. L'innovation du décret de 2009 dont le nouvel article 338-12 du code de procédure civile « mérite d'être salué comme mettant fin à de nombreuses incertitudes sur la

⁸⁹² CA d'Agen, 21 février 2008, n° 07 / 00713

⁸⁹³ Adeline GOUTTENOIRE, *Mineurs, Répertoire de procédure civile*, juin 2010

⁸⁹⁴ Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*

transmission de la parole de l'enfant aux parties. Il convient de se féliciter de l'affirmation selon laquelle l'audition et le compte rendu dont elle fait l'objet n'échappent pas au principe du contradictoire⁸⁹⁵ ».

490. Finalement en ce qui concerne l'influence de la parole de l'enfant sur la décision du juge, il n'est pas certain qu'elle soit aussi décisive que les autres éléments du débat judiciaire. D'ailleurs, elle n'échappe pas, elle aussi, à l'appréciation du juge. Ainsi, le juge n'est-il pas tenu de répondre positivement à la volonté de l'enfant exprimée lors de son audition. Il s'agit par exemple de l'appréciation d'un droit de visite et d'hébergement de l'un des parents, lorsque des adolescents manifestent leur refus de tisser des liens avec l'autre parent ou de lui rendre visite.⁸⁹⁶ Dans un autre arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 2012, la Haute juridiction « répond par l'affirmative à la question de savoir si le fait pour le juge de rendre compte oralement, lors de l'audience, de l'audition du mineur, à laquelle il a généralement lui-même procédé, permet de satisfaire aux exigences du contradictoire tel que visé par l'article 338-12 du code de procédure civile⁸⁹⁷ ». D'ailleurs, la loi n'impose pas au juge un procès-verbal de l'audition d'autant plus que celle-ci n'est pas de nature à influencer, systématiquement, la décision du juge.

Toutefois, cette appréciation doit être fondée sur le critère de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, selon Adeline Gouttenoire « l'audition constitue, sans nul doute, un moyen d'apprécier cet intérêt. Il n'empêche que l'opinion de l'enfant peut, selon le juge, ne pas correspondre à son intérêt. Dans cette hypothèse, le magistrat doit faire prévaloir l'intérêt de l'enfant sur sa volonté ».

491. Cela dit, la deuxième forme du droit d'expression de l'enfant est le droit de veto qui signifie que, sans l'accord de l'enfant, la décision ne peut être prise. Elle peut en revanche être rendue si l'enfant acquiesce ou n'exprime rien. D'ailleurs, la Convention de la Haye du 25 octobre 1980, relative aux enlèvements internationaux d'enfant, accorde à l'enfant un véritable droit de veto en permettant à l'autorité administrative ou judiciaire compétente de ne pas prendre la décision de son retour dans son pays d'origine lorsque l'enfant le refuse. De même, le droit de veto est également accordé à l'enfant en droit français dans le cadre d'un prélèvement de moelle osseuse⁸⁹⁸. Néanmoins, dans le cadre médical le consentement de l'enfant doit être recherché mais pas exigé.

⁸⁹⁵ Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*

⁸⁹⁶ CA Paris, 28 févr. 2008, RG n° 07/01394 ; CA Montpellier, 5 février 2008, RG n° 03/747; CA Rion, 12 novembre 2008, RG n° 08/00291

⁸⁹⁷ Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, *Droit des mineurs, Recueil Dalloz* 2012 p. 2267

⁸⁹⁸ Article 1231-3, al. 5 du Code de la Santé publique : « Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement ».

492. Le consentement de l'enfant implique l'enfant directement dans les décisions qui le concernent. Dans ce cas-là il est l'acteur à part entière de la procédure parce que sans son accord la décision ne peut pas être prise. C'est dans des hypothèses ponctuelles que le consentement de l'enfant est exigé :

- Dans le cas d'une adoption simple ou plénière, il faut obligatoirement l'accord du principal intéressé pour que l'adoption puisse être prononcée. Sans cet accord, l'enfant pourra peut-être rester dans cette famille, mais pas devenir son enfant (l'article 360 Code civil.). En outre, s'agissant d'une adoption simple, il faut l'accord de l'enfant pour consentir à la substitution du nom de l'adoptant à son patronyme d'origine.

- A 13 ans, le mineur doit donner son consentement pour prendre le nom de son père naturel (l'article 334-2 du Code civil).

- L'enfant doit donner son consentement pour une recherche biomédicale envisagée sur lui (l'article L. 209-9 du Code de la santé publique).

493. Le quatrième cas de figure du droit d'expression de l'enfant est son droit de bénéficier d'un administrateur *ad hoc* qui est en principe chargé de le représenter dans les procédures dans lesquelles celui-ci est partie, mais sans avoir la capacité d'agir lui-même. A titre d'exemple, c'est le cas lorsque les intérêts de l'enfant sont en opposition avec ceux de ses représentants légaux dans le cadre d'une procédure civile et dans le cadre de la procédure pénale lorsque la protection de l'enfant que doivent assurer ses parents est insuffisante.

De son côté, la jurisprudence a admis que l'administrateur *ad hoc* puisse intervenir pour représenter l'enfant concerné par une procédure relative à l'autorité parentale⁸⁹⁹, même si ce dernier n'est pas partie à cette procédure. Il intervient également de manière systématique aux côtés de l'enfant étranger isolé⁹⁰⁰.

494. La dernière forme du droit d'expression de l'enfant est la possibilité d'agir lui-même en justice. Cela exige qu'il ait l'intérêt, la qualité et la capacité pour agir.

C'est le cas de l'enfant en danger. La loi prévoit expressément que le mineur a la capacité pour agir seul et ne fixe aucun seuil d'âge pour qu'il puisse agir. Il peut également être assisté par un avocat.

⁸⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1999, n° 97-15.098, et 97-20.514 : *Bull. civ.* 1999, I, n° 66 ; *Droit de la famille* 1999, comm. 146, obs Adeline GOUTTENOIRE -CORNU. Pour une procédure de délégation de l'autorité parentale ; dans le même sens, CA Nîmes, 10 août 1993 : *Juris-Data* 1993-030583.

⁹⁰⁰ Cf. Adeline GOUTTENOIRE, « La protection de l'enfant par la loi du 4 mars 2002 » : *Droit de la famille* 2002, chronique 27.

Le mineur délinquant est en effet partie et capable dans les procédures pénales engagées contre lui, sous réserve d'être doué de discernement. En revanche, le droit français garde encore l'incapacité du mineur victime ; une contradiction flagrante d'après le Professeur Adeline Gouttenoire qui se demande « si l'incapacité persistante du mineur victime même discernant n'est pas incongrue face à la capacité du mineur délinquant...L'incapacité protectrice du mineur a-t-elle encore lieu d'être lorsque le danger s'est réalisé, alors qu'elle est écartée, lorsque la menace d'un danger fonde l'ouverture d'une procédure d'assistance éducative ? Il paraît en outre difficile d'expliquer au mineur victime qu'il ne peut accéder au juge que par l'intermédiaire d'un représentant alors que le mineur délinquant a un accès direct au même juge »⁹⁰¹.

Cela dit, la mise en œuvre des dispositions de la CIDE dans le droit interne n'est pas si simple. Il faut essayer de concilier les principes fondamentaux du droit avec les aspirations de toutes les Conventions internationales, qui restent des aspirations assez générales et indéfinies, parfois, et difficiles à réaliser. Le droit de l'enfant de participer aux décisions qui le concernent est « un droit intermédiaire entre la capacité et l'incapacité, entre l'autonomie et la soumission à l'autorité parentale »⁹⁰².

Paragraphe 2 : L'individualisation de l'enfant face aux mutations de la famille en droit marocain

495. Le nouveau statut de l'enfant consacré notamment par la CIDE change profondément le droit de la famille en France ainsi qu'au Maroc. L'institution de la filiation et l'autorité parentale en droit français ont été très affectés par l'individualisation de l'enfant. En effet, l'enfant en tant qu'individu est désormais le centre des liens familiaux et l'espoir de rétablir la famille fragilisée.

Toutefois, cette approche ne peut être l'objet du système juridique marocain. Bien que la famille marocaine connaisse de véritables mutations, l'enfant ne constitue en aucun cas le centre des liens familiaux puisque le couple conjugal continue à être le centre de gravité de la vie familiale.

Ainsi pour s'adapter à ces mutations, le Maroc a adopté un nouveau Code de la famille et de nouvelles réformes législatives inspirées des Conventions internationales, qui procurent une

⁹⁰¹ Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.63

⁹⁰² Idem

place essentielle à l'enfant et prennent en considération son statut en tant qu'individu. Ces réformes concernent le nouveau statut de l'enfant au sein de sa famille (A), les droits de l'enfant abandonné (B) et la reconnaissance administrative de l'enfant naturel (C).

A : Le nouveau statut de l'enfant au sein de sa famille

496. Le code de la famille adopté par le Parlement le 3 février 2004 constitue le premier texte législatif à s'intéresser directement à l'enfant. Plus de soixante-dix articles font référence aux enfants sous diverses appellations. Essayant de s'aligner sur les dispositions de la CIDE et sur les recommandations du Comité de droits de l'enfant⁹⁰³, les innovations en la matière concernent : la redéfinition de l'enfant (1), la filiation (2), la « coparentalité » (3), le rôle de la famille dans la sauvegarde des droits de l'enfant (4) et les droits de l'enfant en cas de dissolution de la vie conjugale (5). Ainsi, nous allons développer ces thèmes en analysant l'opportunité, les progrès et les limites de ces réformes.

1. La redéfinition de l'enfant :

497. Dans le code de la famille de 2004 la fin de l'enfance est fixée à l'âge de 18 ans contrairement à l'ancienne *moudawana* qui l'avait fixée à 21 ans. Le choix du premier est défini, à l'instar de la Convention des droits de l'enfant qui stipule qu'un enfant est tout être humain âgé de moins de dix-huit ans. Pourtant la majorité à vingt et un ans ne se réfère à aucune source de nature religieuse bien que la *moudawana* se dise de référence exclusive du droit musulman. Ce dernier, en revanche, fixe la majorité à la période de puberté. Nous pouvons dire que la majorité à l'âge de 21 ans est plutôt un héritage colonial⁹⁰⁴.

Par ailleurs, ce qui est nouveau dans le code de la famille de 2004 à ce sujet est la redéfinition de l'âge matrimonial. Dans le souci de répondre aux recommandations internationales, le Maroc a unifié l'âge matrimonial pour les filles et les garçons en le fixant à 18 ans.

⁹⁰³ Le Maroc a présenté jusqu'à maintenant 2 rapports qui ont été examinés par le Comité des droits de l'enfant :

- Le rapport initial (CRC/C/28/Add.4) a été examiné les 24 et 25 septembre 1996 ;

- Le 2ème rapport périodique (CRC/C/93/Add.3) a été examiné le 2 juin 2003 ;

- Les commentaires et observations du Maroc sur les conclusions du Comité lors de l'examen du 2ème rapport du Maroc (CRC/C/RESP/Add.211) du 11 avril 2004.

⁹⁰⁴ Jusqu'à la loi du 5 juillet 1974, l'âge de majorité en France était de 21 ans

D'ailleurs « la moyenne d'âge au mariage au Maroc a reculé de façon significative durant les dernières décennies, surtout pour les filles »⁹⁰⁵.

Indicateurs	1987	1994	2004	2007
<u>Ensemble</u>				
Hommes	27,9	30,0	31,2	31,8
Femmes	23,4	25,8	26,3	27,2
<u>Urbain</u>				
Hommes	29,7	31,2	32,2	32,9
Femmes	25,4	26,9	27,1	27,9
<u>Rural</u>				
Hommes	26,1	28,3	29,5	30,2
Femmes	21,5	24,2	25,5	26,3

AGE MOYEN AU PREMIER MARIAGE

Sources : ENDPR-1986/88, RGPH-1994 et 2004, ENE 2007, Haut-Commissariat au Plan.

498. Selon l'étude effectuée par Amina Lemrini sur "Les droits de l'enfant à travers la réforme du code de la famille " en 2005 « la nouvelle réforme répond à une triple interpellation :

- D'abord, bannir la discrimination garçon/fille dans l'âge au mariage ;
- Ensuite, protéger des fillettes, quel que soit leur nombre, contre le mariage précoce et augmenter ainsi les chances de leur scolarisation ;

⁹⁰⁵ Amina LEMRINI, « Les droits de l'enfant à travers la réforme du code de la famille », étude et recherches, UNICEF Maroc, 2005(www.unicef.org/morocco/french/Code_de_la_famille2005.pdf)

- Enfin, adapter la loi avec les mutations sociales ».

L'un des premiers soucis de cette réforme est de mettre sur un pied d'égalité les garçons et les filles s'ils veulent contracter mariage. Pourtant dans les faits, rare sont les garçons qui contractent mariage à partir de l'âge de dix-huit ans (voir le tableau) tandis qu'il existe un petit nombre de filles qui commencent à fonder une famille à cet âge-là. Si nous partons de ce constat, nous ne pouvons pas parler de discrimination puisque la distinction n'est pas vraiment légale, et ne constitue pas qu'un fait réel dû aux circonstances de la vie dans une société où les jeunes font leur entrée au monde du travail très tard. De ce point de vue, l'âge matrimonial ne constitue pas le vrai facteur discriminatoire entre filles et garçon. En outre, ce n'est pas parce que l'âge matrimonial s'est fixé à l'âge de 15 ans pour les filles, à une certaine époque, qu'elles ont été victimes de mariage précoce, mais ce phénomène dérive d'un grand nombre de vecteurs d'ordre anthropologiques.

499. Autrement dit, l'augmentation de l'âge de mariage à 18 ans pour les filles est une donnée importante, mais moins effective parce que ni le problème de discrimination ni celui du mariage précoce ne sont dus à un problème de texte. La question du mariage précoce est un large et profond sujet qui ne peut être réglé avec une question d'âge ou de texte législatif⁹⁰⁶. Cela est d'autant plus vrai que bien que l'âge de 18 ans constitue la règle, l'article 20 prévoit que le juge peut exceptionnellement « autoriser le mariage du garçon et de la fille avant l'âge de la capacité par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage...et après recours à l'expertise médicale ou à une enquête sociale ». De plus, « Une enquête réalisée par la Ligue Démocratique des Droits des Femmes auprès de 8 tribunaux confirme la tendance. De février 2004 à la fin décembre de la même année, 3730 demandes ont été présentées : 3603 femmes ont été autorisées à se marier avant l'âge légal. Le rejet n'a concerné que 127 demandes c'est-à-dire, 3,4 %. Les prétextes présentés par les magistrats puisaient essentiellement dans « les conditions socioéconomiques de la mineure, les traditions, la capacité physique de supporter les obligations du mariage... ». D'autres justificatifs tels que « la concernée a fait le jeûne du ramadan pendant deux années » ou d'une « maturité biologique » évidente au simple regard indiquent la teneur des arguments qui justifient les jugements rendus.

⁹⁰⁶ D'ailleurs, dans les régions rurales du Maroc la plupart des mariages sont fondées exclusivement sur un acte informel qui est la lecture d'une Sourate de Coran (*Al Fatiha*) et l'assistance de deux témoins. Alors, ni les mariages ne sont enregistrés ni les enfants issus de ces unions n'ont un état civil. Faute de service public de proximité et d'une sensibilisation à ce sujet là, ce problème persiste depuis l'indépendance. Après l'adoption du code de la famille de 2004, le Maroc s'est fixé février 2009 la date limite d'enregistrement officiel des hommes et des femmes mariés.

Par ailleurs, les quelques décisions qui ont généré des refus d'autorisation du mariage avant 18 ans se sont basées sur l'intention de la fille de poursuivre ses études »⁹⁰⁷.

Cela dit, le texte qui ne pose pas les vraies questions et ne répond pas aux vraies interpellations et n'est pas pris en considération par la jurisprudence demeure un outil inactif.

2. La filiation :

500. Le droit d'avoir une filiation est primordiale pour le développement d'un enfant. Le code de la famille de 2004 a enregistré une avancée par rapport à ce sujet. Il s'agit d'un élargissement du champ de la reconnaissance juridique de l'enfant dans une période très répandue au Maroc celle des « fiançailles » précédant le mariage : « Si les fiançailles ont eu lieu et qu'il y a eu offre et acceptation, 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 suivant des conditions stipulées par l'article 156. Si le fiancé nie, le Code prévoit un élargissement du champ des preuves légales à présenter au juge, y compris le recours au test ADN ».

501. Bien que cette nouvelle disposition ait été qualifiée par la plupart comme étant la reconnaissance de l'enfant né hors mariage, la lecture approfondie du texte nous montre que finalement, il s'agit juste d'un mariage informel. L'existence du consentement des parties (l'offre et l'acceptation) ainsi que les témoins (les deux familles) constituent les conditions « piliers » d'un contrat de mariage. De plus, le texte ajoute la condition « d'une force majeure » qui empêche la conclusion de cette union.

Avec tout cela, il ne faut pas nier la pertinence de cette nouvelle disposition notamment à cette époque où la nature des fiançailles au Maroc a changé. Nous sommes passés d'une promesse de mariage d'une durée déterminée suivie d'une concrétisation de l'union par un acte officiel à un engagement durant une longue période où la réalisation de l'acte de mariage demeure incertaine. De ce fait, les naissances issues de cette période se multiplient. C'est pour cette raison qu'il fallait trouver un remède à ce problème touchant directement les enfants.

3. La coresponsabilité des parents :

502. Pour établir la « coparentalité » dans le sens du partage des droits et des responsabilités auprès des enfants au sein de la famille, le nouveau code de la famille a réglé

⁹⁰⁷ Idem

d'abord un point important qui affecte directement la relation parents-enfant : il s'agit du statut de la femme dans sa famille et devant son conjoint. Trois articles traitent ce sujet et font la différence avec l'ancienne loi :

- L'abolition de la tutelle matrimoniale⁹⁰⁸ : la femme, au même titre que l'homme, obtient dès sa majorité la capacité juridique de contracter son mariage ;
- La responsabilité des époux est réciproque. Parmi les 6 domaines de cette responsabilité partagée, le législateur affirme « la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants » et la « concertation dans les décisions relatives à la famille aux enfants et au planning familial » (l'article 51).
- L'un des objectifs du mariage est la fondation d'une famille sous « la direction des deux époux » (l'article 4).

En établissant ses fondements de la vie en couple la « coparentalité » peut être réalisable.

Il faut rappeler que la mise à l'écart de la femme, et forcément de la mère des espaces de décision constitue le premier facteur de la déchéance d'une société. C'est le cas de la femme et de la mère dans la plupart des pays arabes souffrant de systèmes politiques archaïques, autoritaires et patriarcaux. La famille étant un cadre déterminant dans l'édification de la personnalité, nous comprenons que la relation de l'enfant avec ses parents doit être bien entretenue. La famille a besoin de ses deux piliers dont la mère est responsable autant que le père. L'enfant a besoin pour son développement d'une mère qui a elle aussi « son mot à dire », comme le père.

503. L'article 51 en prévoyant la responsabilité mutuelle de la femme et de l'homme envers leur enfant a présenté le cas de figure le plus simple qui est l'existence d'une vie conjugale sous un même toit. En cas de divorce ou de séparation le législateur n'a pas pris en compte cette mesure.

De plus, bien que la mère soit désormais responsable envers ses enfants, elle ne peut être le représentant légal de ses enfants mineurs qu'à défaut du père ou suite à la perte de la capacité de ce dernier.

504. Il est incontestable que le nouveau texte sur la coresponsabilité marque un « changement radical dans la structure de la famille »⁹⁰⁹. Cependant, ce principe ne peut être

⁹⁰⁸ L'article 24 : « La tutelle matrimoniale (wilaya) est un droit qui appartient à la femme. La femme majeure exerce ce droit selon son choix et son intérêt ». L'article 25 : « La femme majeure peut contracter elle-même son mariage ou déléguer à cet effet son père ou l'un de ses proches ».

véritablement adopté par les familles comme mode de vie qu'en réalisant un travail, en parallèle de la loi, au niveau des mentalités. D'ailleurs, la question de la gestion mutuelle du foyer implique l'homme et la femme, sachant que dans une partie de foyers marocains l'homme est complètement démissionnaire et c'est la femme qui prend en charge, toute seule, la responsabilité de sa famille. La coresponsabilité doit être « un art de vivre » au sein du couple plus qu'une obligation juridique.

4. Le rôle de la famille dans la sauvegarde des droits de l'enfant

505. Le code de la famille a consacré un article à part entière pour définir les droits des enfants vis-à-vis de leurs parents. Amina Lemrini⁹¹⁰ les a classés dans une étude en fonction des grandes catégories de droits selon la CIDE.

<p>Droits de survie</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Protection de leur vie et de leur santé par la prévention et les soins, allaitement au sein par la mère, si possible ; • Préservation de leur identité, notamment en ce qui concerne le nom et le prénom, la nationalité et l'inscription à l'Etat civil; • Filiation, garde et pension alimentaire
<p>Droits de développement</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Orientation religieuse ; • Education fondée sur la bonne conduite et les valeurs d'honnêteté ; • Enseignement et formation les habilitant à accéder à la vie active et être membre utile de la société, et pour ce faire, préparation des conditions adaptées à la poursuite des études compte tenu de leurs facultés mentales et physiques.
	<ul style="list-style-type: none"> • Prise de toutes les mesures nécessaires à la croissance normale des

⁹⁰⁹ Rahma BOURQUIA, Les aspects sociologiques dans le Code de la famille , in Code de la famille : nouveautés et dimensions, Actes du colloque organisé par l'Université Moulay Ismail, Mekkès, publications de l'UMI, Série : Tribune de l'Université n° 5-2004.

⁹¹⁰ Amina LEMRINI, *op. cit.* , p.20

Droits de protection	<p>enfants en préservant leur intégrité physique et psychologique;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prévention de la violence entraînant des dommages corporels et moraux ; • Prévention de toute forme d'exploitation préjudiciable aux intérêts de l'enfant ; • Protection spécifique des enfants handicapés compte tenu de leur état.
-----------------------------	---

Pour la première fois, le législateur insiste sur des détails en énumérant les responsabilités des parents envers leurs enfants. L'article 54 prend en bloc les droits-protections cités dans la CIDE (les articles 5, 6, 19, 23, 27, 28 et 29) et les définit comme des devoirs pour les parents.

En prévoyant un article sur les devoirs des parents, le législateur n'a pas bien explicité son intention. S'il s'agit d'une inspiration directe de la CIDE qui insiste dans son préambule sur la famille comme étant « l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants »⁹¹¹, le législateur marocain, en revanche, n'a pas souligné la suite du texte qui prévoit que la famille « doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté »⁹¹².

Certes, les parents sont les premiers à être responsables vis-à-vis de leurs enfants. Néanmoins ces derniers doivent être soutenus par l'Etat. L'article 54 cite un rôle de l'Etat dans « la prise des mesures nécessaires en vue d'assurer la protection des enfants, de garantir et préserver leurs droits conformément à la loi » et celui du ministère public « de veiller au contrôle de l'exécution des dispositions précitées ». Ici, le rôle de l'Etat est moins déterminé : il est davantage global et dénué de mentions indiquant une certaine assistance ou aide de la part des services publics. D'ailleurs, l'article 18 de la CIDE est très clair en l'occurrence : « Les Etats parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants ».

506. Cela dit, une telle rédaction de l'article 54 peut servir comme trame à suivre pour les parents dans la prise en charge de leurs enfants.

⁹¹¹ Préambule de la CIDE

⁹¹² Idem

Il ne faut pas oublier de signaler que dans les sociétés où la famille est perçue comme le premier cadre de solidarité et de chaleur humaine, la valeur de l'enfant est très estimée, surtout par les jeunes parents d'aujourd'hui. Si jadis, particulièrement dans le milieu rural, on attribuait à l'enfant une valeur économique et utilitaire, actuellement dans le milieu urbain la valeur psychologique de l'enfant a augmenté, incitant ainsi les parents à prendre en compte les besoins de leurs progénitures. D'ailleurs, cette prise en charge de l'enfant persiste à un âge tardif du fait de la montée du chômage des jeunes. Même si les jeunes réussissent leur insertion socioprofessionnelle, « l'interdépendance affective et émotionnelle »⁹¹³ réciproque entre les parents et les enfants n'est pas affectée par les effets des transformations économiques et sociales : « Chaque fois qu'il est possible, les parents accordent à leurs jeunes enfants le soutien moral et matériel dont ils ont besoin, et ceux-ci se montrent, de leur côté, souvent disponibles à renforcer le budget de leurs parents et à s'occuper d'eux en temps de vieillesse »⁹¹⁴.

Il est évident que la famille détient le rôle principal de veiller à ce que les droits de l'enfant soient respectés, mais elle ne doit pas être la seule. Si, depuis toujours, la famille marocaine assume, toute seule, l'entretien de ses enfants, aujourd'hui avec l'augmentation du coût de la vie, la tâche devient difficile et l'implication des services publics devient chaque jour plus urgente.

5. Les droits de l'enfant en cas de dissolution de la vie conjugale

507. Le code de la famille de 2004 a marqué des changements, surtout en cas de dissolution des liens du mariage par le divorce. Bien qu'il n'existe pas de statistiques récentes sur la question, le taux de divorce au Maroc a considérablement augmenté (44,2%).

Année	2005	2006	2007
Cas de divorce	9983	14791	21328

Pourtant, le législateur a voulu garder l'aspect exceptionnel du divorce dans son article 70 : « Le recours à la dissolution du mariage, par divorce sous contrôle judiciaire ou par divorce judiciaire, ne devrait avoir lieu qu'exceptionnellement et en prenant en considération

⁹¹³ Mokhtar EL HARRAS, « Les mutations de la famille au Maroc » in : *50 ans de développement humain au Maroc*, Alakhawayn University, 2005, p. 116

⁹¹⁴ Mokhtar EL HARRAS, *op. cit.*, p.119

la règle du moindre mal, du fait que cette dissolution entraîne la dislocation de la famille et porte préjudice aux enfants ». Dans l'intention de faire baisser le taux du divorce et alléger ses dégâts, le code a mis des gardes-fous relatifs à cette démarche. Désormais, le divorce est soumis au contrôle du tribunal et nul ne peut prétendre dissoudre le lien du mariage tout seul et à sa façon.

Afin de protéger les enfants lors de la séparation de leurs parents, le législateur en a prévu des mécanismes, notamment en matière de garde (1), de la pension alimentaire (2) et du logement de l'enfant (3).

5.1 La garde de l'enfant (Al Hadana)

508. A propos de la garde, le code de la famille de 2004 ne change pas beaucoup par rapport à son précédent. La mère est en premier lieu la plus susceptible d'obtenir la garde de ses enfants, puis le père, ensuite la grand-mère maternelle et, en cas d'empêchement, le juge décide de la confier au plus apte parmi les proches de l'enfant à assumer cette responsabilité, en prenant en considération l'intérêt de celui-ci (l'article 171). Ce qui est nouveau en cette matière est la suppression de la règle qui disposait que le garçon à l'âge de 12 ans et la fille à l'âge de 15 ans peuvent choisir le parent avec qui il ou elle désire vivre. L'âge de 15 ans est généralisé sans distinction de sexe. A défaut du père et de la mère, l'enfant peut choisir l'un de ses proches parents sous réserve que ce choix ne s'oppose pas à ses intérêts et que son représentant légal donne son accord. En l'occurrence, le juge intervient pour statuer dans l'affaire en prenant en considération l'intérêt de l'enfant.

La personne à qui a été confié l'enfant doit faire preuve de capacité et d'intégrité. En vertu de l'article 172, le tribunal peut faire appel aux services d'une assistante sociale pour élaborer un rapport sur le logement de la personne gardienne et les conditions dans lesquelles l'enfant gardé va vivre.

Si le remariage ainsi que le déménagement de la mère ont été longtemps considérés comme des empêchements pour la dévolution de la garde, désormais ils ne le sont plus sauf en considérant l'intérêt de l'enfant. Le Code a énuméré les cas où le remariage n'entraîne pas la déchéance du droit de la garde de la mère :

- Si l'enfant n'a pas dépassé l'âge de 7 ans ou si la séparation de sa mère lui cause préjudice ;
- Si l'enfant soumis à la garde est atteint d'une maladie ou d'un handicap rendant sa garde difficile à assumer par une personne autre que sa mère ;

- Si elle est la représentante légale de l'enfant.

Quant au changement de la résidence de l'enfant gardé par la mère, l'article 178 a prévu aussi des conditions :

- En cas de motifs avérés pour le tribunal compte tenu de l'intérêt de l'enfant ;

- En cas de conditions particulières du père ou du représentant légal ;

- En prenant en considération la distance séparant l'enfant de son représentant légal.

509. En outre, l'évolution de la jurisprudence en la matière a bien été notée puisque avant le Code de la famille de 2004, la garde de l'enfant était considérée comme un droit du gardien et non pas une mesure prise sur le critère de l'intérêt de l'enfant. Désormais, la majorité des décisions prend en considération l'intérêt de celui-ci en l'exprimant explicitement. Ainsi, dans une décision de la Cour d'Appel de Wejda du 22 mars 2006⁹¹⁵, le mariage de la mère d'un enfant dont elle a la garde, avec un homme qui n'est pas de nationalité marocaine n'a pas entraîné sa déchéance. La Cour d'Appel a considéré que « l'âge de l'enfant (moins de 5 ans) ne permettait pas de le séparer de sa mère et que les déplacements de celle-ci à l'étranger ne constituaient pas une raison pour lui retirer la garde de l'enfant tant que l'intérêt de celui-ci n'était pas affecté ». Cependant, le changement de résidence de la mère, notamment à l'étranger constitue un motif, aux yeux des juges, pour retirer la garde à la mère en prenant en considération l'intérêt de l'enfant. Dans deux arrêts de la Cour d'Appel de Tanger du 28 septembre 2006⁹¹⁶ et de la Cour d'appel de Tétouan du 7 mars 2006⁹¹⁷, la résidence permanente de deux mères en Espagne a été une cause de retrait de la garde de leur enfant sur le fondement de l'article 178 du Code de la famille.

Dans la majorité des décisions relatives à la garde d'enfants, « les juges se conforment strictement aux dispositions du code. De fait, même lorsqu'il arrive que les juges de première instance ne se conforment pas aux dispositions du code, les juges du second degré n'hésitent pas à censurer leurs décisions⁹¹⁸ ». Ainsi, le droit de la mère d'avoir en premier lieu la garde de son enfant est strictement appliqué par les juges même si c'est elle qui a introduit une demande en divorce judiciaire pour raison de discorde (Chiqaq). Dans un arrêt de la Cour

⁹¹⁵ CA de Wejda, 22 mars 2006, arrêt n°239, dossier 05-52. Cependant quand l'âge de l'enfant dépasse 7 ans, l'article 178 ne peut pas être appliqué : CA d'Al Jadida du 30 mai 2005, arrêt n°06-362, dossier n° 15-48-20065

⁹¹⁶ CA de Tanger, 28 septembre 2006, arrêt n° 06-682, dossier n° 06-297

⁹¹⁷ CA de Tétouan, 7 mars 2006, arrêt n° 06-63, dossier n° 05-145

⁹¹⁸ Malika BENRABI, Houria ALAMIM'CHICHI Abdellah OUNNIR, Mohamed MOUQIT, Fatima zohraBENKAISSI, Rabha ZEIDGUY, « Le Code de la famille : perception et pratiques judiciaires », Friedrich-Ebert, 2007, p. 256

d'Appel de Fès du 21 décembre 2006⁹¹⁹, les juges ont accordé à la mère le droit de garde de ses enfants sur le fondement de l'article 171 qui prévoit que la mère est en premier lieu concernée. Ils ajoutent que « la mère, en l'espèce, possède toutes les conditions pour exercer ce droit, d'autant plus que les femmes sont plus aptes, plus tendres et connaissent bien les intérêts de l'enfant ».

Les juges ont également rappelé que l'article 186 prévoit que l'intérêt de l'enfant doit être une considération qui prime en matière de garde et compte tenu de l'espèce de cette affaire, les juges ont considéré que l'intérêt de ces enfants était de vivre avec leur mère.

Dans le même sens que l'arrêt précédent, une mère, en faisant la demande du divorce pour discorde demande également au tribunal d'ordonner à son mari de lui remettre les enfants qu'il a enlevés, pour qu'elle puisse exercer son droit de garde. Le tribunal prononce le divorce et donne raison à la femme à sa demande de lui remettre ses enfants. Les juges ont ordonné à la mère de permettre au père d'exercer son droit de visite tous les dimanches de 10 heures à 18 heures⁹²⁰.

En effet, en ce qui concerne le droit de visite du parent qui n'a pas la garde, le code organise les modalités dans les articles 182 et 186 qui sont bien explicites à cet égard. D'ailleurs, les rédacteurs du code ont été guidés par deux principes concernant le droit de visite : éviter les manœuvres frauduleuses dans l'exercice de ce droit et dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Wejda du 22 mars 2003⁹²¹, le tribunal a accordé le droit de visite aux grands-parents d'un nouveau-né tout en prenant en considération l'intérêt de l'enfant qui prime en la matière selon l'article 180 du code de la famille. C'est pourquoi, le tribunal leur a ordonné de lui rendre visite au domicile de sa gardienne une fois chaque semaine pour ne pas compromettre sa santé en le déplaçant d'un endroit à l'autre.

5.2 La pension alimentaire (A'nafaqua)

510. Pour ce qui est de la pension alimentaire, elle est due pour remplir les besoins de l'enfant tels que l'alimentation, l'habillement, les soins médicaux, l'instruction des enfants et tout ce qui est considéré comme indispensable. L'évaluation de la pension s'effectue en tenant compte des revenus de la personne astreinte à la pension alimentaire, de la situation de celle qui y a droit, du cours des prix et des us et coutumes dans le milieu social dans lequel elle est

⁹¹⁹ CA de Fès, 21 décembre 2006, arrêt n° 06-1082, dossier n° 05-258

⁹²⁰ Jugement de Tribunal de première instance de Rabat

⁹²¹ CA de Wejda, 22 mars 2003, arrêt n° 244, dossier n° 05-507

due (l'article 189). Cependant, dans l'objectif de préserver les droits de l'enfant, l'article 85 prévoit que « les droits à la pension alimentaire dus aux enfants sont fixés conformément aux articles 168 et 190 ci-dessous, en tenant compte de leurs conditions de vie et de leur situation scolaire avant le divorce ». Ainsi, le législateur a fait en sorte que les enfants ne subissent pas au minimum les préjudices matériels du divorce.

La durée de la pension alimentaire n'est pas prise en compte par le propos de la discrimination garçon fille puisque cette dernière peut continuer à percevoir sa pension à la différence du garçon⁹²². Néanmoins, dès que les enfants disposent de leur propres ressources ou interrompent leurs études, le juge peut mettre fin à la pension alimentaire des enfants versée par le père⁹²³.

Le code de la famille de 2004 a opéré un changement par rapport au délai pour statuer sur la pension : il est d'un mois maximum. Dans le cas où le père s'abstient de verser la pension alimentaire due à ses enfants sans motif majeur, les procédures de poursuite sont immédiates, alors que dans l'ancien Code le père se désengage pendant des années en toute impunité.

Ainsi, dans le cas où les époux sont encore liés par le mariage, les jugements relatifs à la pension alimentaire en cas d'impayé du père se déroulent tous selon le même scénario⁹²⁴.

L'épouse intente contre le père une action en justice pour le contraindre à exécuter son obligation d'entretien pour elle et pour ses enfants. Deux cas de figure peuvent alors se présenter. Si l'épouse a quitté le domicile conjugal de son plein gré, le tribunal la condamne à réintégrer celui-ci, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 50 et suivant du code, notamment sur l'obligation de cohabitation légale visée par l'article 51 qui fixe les droits et devoirs des époux. En cas de refus, l'épouse perd son droit à la pension alimentaire, conformément aux dispositions de l'article 195. Soit qu'elle a été chassée du domicile conjugal, auquel ce cas, le mari contre-attaque en disant que c'est elle qui a quitté ledit domicile sans son accord. Dans les deux situations, le tribunal demande au mari, dans la plupart des espèces répertoriées, de prêter serment pour attester qu'il ne s'est jamais soustrait à son obligation d'entretien. S'il s'exécute, l'épouse n'a droit à rien. S'il se rétracte, elle

⁹²² Article 198 du code de la famille prévoit que « le père doit subvenir aux besoins de ses enfants jusqu'à la majorité ou jusqu'à vingt cinq ans révolus en ce qui concerne les enfants poursuivant leurs études.

Dans tous les cas, la fille ne perd pas son droit à la pension alimentaire que si elle dispose de ses propres ressources ou lorsque son entretien incombe à son mari ».

⁹²³ Tribunal de première instance de Kenitra, 30 décembre 2005, dossier n°3352-2005

⁹²⁴ Tribunal de première instance de Kenitra, 30 décembre 2005, jugement n°3968, dossier n° 3026-05 ; Tribunal de première instance de Kenitra, 14 décembre 2005, jugement n°3608, dossier n° 2669-05 ; CA de Tétouan, 4 novembre 2004, arrêt n° 2104-2004, dossier n° 200-2003

bénéficie de sa pension et, le cas échéant, de celle de ses enfants pour la période considérée, à condition qu'elle accepte d'appuyer ses dires par serment⁹²⁵.

La pratique du juge, qui consiste à dépendre le versement de la pension alimentaire à un serment prêté par le père remet en cause l'exécution effective du droit de l'épouse et de l'enfant à la pension alimentaire. D'ailleurs, ces pratiques qui mettent en épreuve la conscience et le degré de moralité et de sincérité des personnes en question ne sont plus à jour⁹²⁶.

Néanmoins il y a une contradiction entre l'article 190 qui fixe un délai de 30 jours pour arrêter le montant de la pension, alors que l'envoi des convocations et les modalités d'accusé de réception sont régis par les procédures actuelles qui donnent des délais supérieurs⁹²⁷.

511. Il est important de signaler que l'un des effets les plus dévastateurs du divorce au Maroc est la condition de vie matérielle des enfants. Dans la plupart des cas de divorce, la femme et les enfants souffrent d'abord d'une baisse de niveau de vie, ensuite d'une pension alimentaire généralement dérisoire. Ainsi, dans une décision de la Cour d'appel de Tanger du 25 mai 2005⁹²⁸, l'attribution de la pension alimentaire à la mère de l'enfant a été de 150 dirhams par mois (15 euros) alors que le père travaille à l'étranger. Bien que le code a tracé l'objectif de préserver les droits de l'enfant à la pension alimentaire en cas de dissolution de mariage, le divorce par compensation *Khol'* accordée à la femme sous l'accord de l'époux peut remettre en cause la pension alimentaire de l'enfant. Ainsi, l'épouse donne en compensation pour avoir son divorce « tout ce qui peut légalement faire l'objet d'une obligation(...) sans toutefois que cela puisse constituer un abus ou une exagération⁹²⁹ ». De cette façon, la mère peut inévitablement renoncer à la pension alimentaire de son enfant sans aucune interdiction de la loi. En effet, le code ne se prononce pas explicitement sur la question. Il affirme simplement, dans une forme négative, que « si la mère est insolvable, elle ne peut donner en contrepartie pour obtenir le divorce moyennant compensation toute chose qui se rapporte aux droits des enfants ou leur pension alimentaire. Si la mère divorcée, qui a donné en compensation la pension alimentaire de ses enfants, devient insolvable, la pension

⁹²⁵ Malika BENRABI, Houria ALAMIM'CHICHI Abdellah OUNNIR, Mohamed MOUQIT, Fatima zohra BENKAISSI, Rabha ZEIDGUY, *op cit.*, p. 257

⁹²⁶ L'effectivité de prêter serment se reposait sur un rattachement des gens à des notions de caractère religieux comme la crainte de Dieu, la droiture et l'interdiction du mensonge. Le dilatement de ces principes fait que ce genre de pratique n'a aucun sens, désormais.

⁹²⁷ Amina LEMRINI, *op. cit.*, p. 36

⁹²⁸ CA de Tanger, 25 mai 2005, arrêt n° 06-432, dossier n° 7-05-147

⁹²⁹ Article 118 du code de la famille

redevient à la charge du père, sous réserve toutefois de son droit de réclamer la restitution de ce qu'il a versé à la mère ⁹³⁰».

Outre la position mitigée du code, le juge à son tour ne participe pas à faire prévaloir ce droit à l'enfant puisqu'il applique strictement les dispositions précitées. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Setat du 1^{er} novembre 2006⁹³¹, l'épouse enceinte a renoncé à tous ses droits en contrepartie de son divorce ajoutant que c'est son père qui prendra en charge la grossesse de sa fille et l'enfant après la naissance et jusqu'à ce qu'il le remet à son père. Ce qui veut dire que ce dernier n'aura pas à verser une pension alimentaire à son fils. Dans un autre arrêt de la Cour d'appel de Wejda du 14 décembre 2005⁹³², le juge a considéré que « la mère qui a renoncé à ses droits dans un divorce pour compensation dont la pension alimentaire de ses enfants ne peut pas les proclamer à nouveau sauf s'il devient insolvable selon l'article 119 du code de la famille. Ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire puisque la mère est fonctionnaire ». Cependant, la seule possibilité qu'à la femme de ne pas perdre le droit de son enfant à la pension alimentaire est de recourir à la procédure de discorde. D'ailleurs, dès lors que l'épouse persiste à demander le divorce *khol'* et que l'époux n'y consent pas, elle peut recourir au divorce pour cause de discorde. En l'occurrence, la pension alimentaire est accordée systématiquement à l'enfant sur le fondement de l'article 97 qui fait référence aux articles 83, 84, 85 sur les obligations dues à l'épouse et aux enfants⁹³³.

Finalement, les jugements relatifs à la pension alimentaire souffrent encore de problème d'exécution bien que le législateur exige, désormais, au tribunal de préciser dans le jugement, les mesures permettant de garantir la continuité de son exécution par le père, en ordonnant par exemple, le prélèvement à la source sur les revenus ou sur le salaire du débiteur de la pension.

Néanmoins, « le juge n'a pas l'autorité indépendante requise pour procéder au prélèvement de la pension alimentaire à la source et les dispositions du Code ne définissent pas les mécanismes propres pour y parvenir. Par ailleurs, les tribunaux, faute de moyens, ne font pas appel à l'expertise si la mère n'arrive pas, par ses propres moyens, à apporter les preuves concernant les rentrées du père »⁹³⁴.

5.3 Le logement de l'enfant

⁹³⁰ Article 119 du code de la famille

⁹³¹ CA de Setat, 1^{er} novembre 2006, arrêt n°, 06-827, dossier n° 2-6-1159

⁹³² CA de Wejda, 14 décembre 2005, arrêt n° 879, dossier n° 05-16

⁹³³ Cf. CA de Fès, 21 décembre 2006, arrêt n° 06-1082, dossier n° 05-258 (arrêt précité)

⁹³⁴ Amina LEMRINI, *op. cit.*, p. 36

512. Un autre sujet difficile à traiter dans le cas du divorce des parents est le logement des enfants. Bien que le code de la famille, contrairement à la Moudawana, a distingué les frais de logement, de la rémunération de la pension alimentaire, on ne peut pas affirmer que le code de la famille a octroyé le droit de l'enfant au logement après le divorce de ses parents. En effet, l'article 168 prévoit que « les dépenses du logement de l'enfant soumis à la garde sont évaluées de façon distincte de la pension alimentaire ». Ainsi, le père « doit assurer à ses enfants un logement ou s'acquitter du montant du loyer tel qu'estimé par le tribunal ⁹³⁵ ».

L'article 168 a prévu, à défaut d'un logement de l'enfant, que ce dernier ne peut être astreint à quitter le domicile conjugal qu'après exécution par le père du jugement relatif à son logement⁹³⁶. Cependant, le code ne prévoit nullement que la femme divorcée ait le droit de rester dans le domicile conjugal après la période de viduité (*idda*). La contradiction apparaît ici particulièrement flagrante.

En outre, tant que l'article 168 donne le choix au père d'assurer soit un logement ou l'estimation d'un montant de loyer, le législateur accentue la non-effectivité de cette démarche parce que, dans la plupart des cas, la femme et les enfants sont mis à la porte du domicile conjugal avant que la procédure judiciaire soit déposée, ce qui laisse le temps au mari de résilier le contrat de location du logement lorsqu'il s'agit d'une location. Cela, malgré la disposition qui prévoit que « lorsque l'un des conjoints expulse l'autre du foyer conjugal sans motif, le ministère public intervient pour ramener immédiatement la partie expulsée au foyer conjugal en prenant les mesures garantissant sa sécurité et sa protection ⁹³⁷ ».

513. En ce qui concerne la protection du droit de la femme et de l'enfant au logement par le juge, ce dernier ne peut que réaffirmer le principe de la séparation entre la pension alimentaire et le logement de l'enfant sur le fondement de l'article 168⁹³⁸, sans pour autant pouvoir rendre effective sa décision par l'exécution du jugement. Il est essentiel de rappeler que l'exécution des jugements relatifs à la pension alimentaire et au logement de l'enfant

⁹³⁵ Article 168 alinéa 2 du code de la famille

⁹³⁶ Article 168 alinéa 3 du code de la famille

⁹³⁷ Article 53 du code de la famille

⁹³⁸ Cf. CA de Setat, 15 juin 2005, arrêt n°05-453, dossier n° 2-05-723 dont le jugement relatif au logement a pris en compte la nouvelle disposition du code de la famille bien que le divorce a été prononcé selon le texte de la Moudawana ; un autre arrêt de la CA d'Al Jadida, 13 février 2007, arrêt n° 117, dossier n° 16-746-2006 qui affirme « que l'article 168 doit être appliqué pour toute la fratrie sans distinction entre l'enfant qui a été soumis à la garde selon l'ancien article de la Moudawana et celui sous à la garde après la promulgation du code de la famille. Il précise ainsi que bien qu'en principe, la nouvelle loi ne s'applique pas sur les situations juridiques et sur les droits acquis précédents la nouvelle loi, la théorie classique du principe de la non-rétroactivité de la loi prévoit des exceptions à cette règle comme l'ordre public. Etant donné que les lois relatives au statut personnel sont considérées d'ordre public selon l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1971, le logement de l'enfant prévu dans le code de la famille peut s'appliquer dans une situation et un droit acquis sous la Moudawana ».

constitue encore une entrave à la protection effective des droits de l'enfant et de sa mère après le divorce. La seule possibilité donnée au juge par le législateur est de définir les modalités garantissant la continuité de l'exécution dudit jugement par le père condamné.

Cela dit, la dimension des droits de l'enfant est présente dans le code de la famille de 2004 sans qu'elle soit pour autant la dominante. D'ailleurs, la réforme commence à peine le processus de l'autonomisation de la femme dont dépend la situation de l'enfant. Pour compléter la dynamique générée par le nouveau code de la famille, les autres droits doivent se placer aux mêmes niveaux.

B : Les droits de l'enfant abandonné

514. Selon une étude réalisée par la ligue Marocaine pour la Protection de l'Enfance et l'UNICEF fin 2009, 2 % des nouveaux-nés sont abandonnés au Maroc. Par exemple en 2008, 6480 enfants ont été abandonnés après leur naissance.

En outre, il est important de signaler que le Maroc connaît depuis ces dernières années une montée du phénomène « des enfants de la rue ». Loin d'être un fait marginal, il prend de plus en plus d'ampleur, notamment dans les grandes villes marocaines : « la ville de Casablanca, capitale économique et ville de trois millions d'habitants, abrite à elle seule environ dix mille enfants de la rue »⁹³⁹.

515. Que ce soit pour les enfants abandonnés ou pour « les enfants de la rue », une loi qui préconise leur prise en charge est à l'ordre du jour. Le législateur marocain a remis en chantier, pour la troisième fois en moins de vingt ans, le cadre juridique de la *Kafala* en abolissant le *dahir* de 1993 en le remplaçant par la loi du 3 juin 2002 sur la prise en charge des enfants abandonnés (*Dahir* n° 1.02-239 du 03/10/2002). Cette loi prévoit dans quels cas l'enfant peut être considéré comme abandonné, son statut légal ainsi que les causes de la cessation de la *Kafala*.

516. Ce qui a suscité des problèmes dans la loi de 1993, c'est qu'elle laissait une grande marge d'appréciation à l'autorité administrative. D'ailleurs c'est une commission administrative qui avait la charge de vérifier l'aptitude des candidats après que l'autorité judiciaire, représentée par le procureur du Roi ne constate l'état d'abandon de l'enfant. Sans

⁹³⁹ Naouale EL YAAGOUBI, *La problématique des enfants de la rue au Maroc : le cas de la région Salé-Rabat et de Casablanca*. Sous la direction de FALL Marie, mémoire de Maîtrise : sociologie, Université du Québec à Chicoutimi, 2009, 169 p

aucune enquête préalable ni suivi postérieur à la prise en charge, la protection, l'entretien et l'éducation de l'enfant n'étaient pas garantis.

Désormais, avec les dispositions en vigueur, c'est l'autorité judiciaire qui a la compétence exclusive de l'identification des enfants bénéficiaires, du choix de la famille d'accueil ou des modalités d'exercice et de suivi de la mesure. Désormais, les modalités de l'attribution de la *Kafala* prennent en considération l'intérêt de l'enfant abandonné (1) en responsabilisant le parent recueillant l'enfant (2) et en lui faisant un suivi permanent (3).

1. Une prise en compte de l'intérêt des enfants bénéficiaires de la Kafala

517. Tout enfant abandonné, âgé de moins de 18 ans est censé être accueilli par un *kafil*. Il s'agit : « - d'enfant 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 »⁹⁴⁰

Afin que cette prise en charge soit dans l'intérêt de l'enfant , le législateur a permis à celui âgé de plus de 12 ans de consentir à la *Kafala*, puisque elle ne peut être établie qu'avec son accord (article 12).

518. De plus, avec la loi de 2002, une procédure judiciaire prévoit en faveur des enfants sous *Kafala* des garanties nouvelles et des critères préalables. D'abord, pour que l'enfant soit considéré comme abandonné, le procureur du Roi procède à une enquête et saisit le tribunal de la famille du lieu de résidence de l'enfant pour une demande de déclaration d'abandon après avoir pris les mesures d'urgence justifiées par la situation de l'enfant : placement provisoire dans un établissement spécialisé, inscription à l'état-civil dans l'hypothèse des enfants trouvés⁹⁴¹.

Après le constat de l'abandon par un jugement exécutoire par provision, le juge des tutelles et des mineurs statue sur la demande de la *Kafala*. Pendant cette période et avant de juger définitivement sur l'affaire, une large publicité est mise en place afin de permettre aux parents de se faire connaître et de réclamer la restitution de l'enfant placé sous protection. Cette

⁹⁴⁰ Article 1 de la loi sur la *Kafala* des enfants abandonnés

⁹⁴¹ Article 4 de la loi sur la *Kafala* des enfants abandonnés

période peut durer 3 mois selon un jugement du Tribunal de première instance de Marrakech du 16 mars 2006⁹⁴².

Quand le jugement d'abandon est de plein droit, l'enfant est confié par le procureur du Roi, soit à un établissement spécialisé, public ou privé tel que l'hôpital dans lequel l'enfant est né(e)⁹⁴³ et abandonné(e) ensuite par la mère, à une maternelle associative⁹⁴⁴ ou à une famille d'accueil qui peut être une femme célibataire même habitant encore avec sa mère⁹⁴⁵, jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur la *Kafala*⁹⁴⁶.

Selon l'article 232 du code de la famille, la personne qui recueille temporairement l'enfant se voit accorder le statut de représentant légal qui prévoit que « dans le cas où un 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 ».

2. La responsabilisation des parties recueillant l'enfant

519. La *Kafala* des enfants abandonnés peut être confiée à une personne physique ou morale : un couple marié, une femme célibataire ou un organisme public ou privé.

Pour qu'un couple marié prenne en charge un enfant abandonné dans le cadre de la *Kafala*, il doit être d'abord musulman, majeur, apte moralement et socialement, avoir les moyens matériels pour subvenir aux besoins de l'enfant, n'avoir commis aucune infraction portant atteinte à la morale ni être l'objet d'un contentieux soumis au tribunal, et avoir une bonne santé pour pouvoir assumer la responsabilité de l'enfant. Cependant, la nouvelle loi a supprimé la condition du découlement de trois ans de mariage pour les couples, afin de leur faciliter le recours à cette démarche. En outre, la nouvelle loi n'exige pas la nationalité marocaine ni la résidence permanente sur le territoire marocain comme condition d'attribution de la *Kafala* aux couples étrangers. Ainsi, le jugement du tribunal de Grande Instance de Marrakech du 16 juin 2006 accepte l'attribution de la *Kafala* de l'enfant marocain Mohamed El Hilali à un couple dont le mari est de nationalité espagnole résidant en Espagne. Dans le même sens, une femme divorcée de nationalité marocaine résidente en Belgique s'est vue

⁹⁴² Tribunal de première instance de Marrakech, 16 mars 2006, dossier n° 05/11648

⁹⁴³ Tribunal de première instance de Marrakech, 27 avril 2006, dossier n° 3950

⁹⁴⁴ Tribunal de première instance de Marrakech, 16 mars 2006 (précité)

⁹⁴⁵ Tribunal de première instance de Rachida, 9 juin 2006, dossier n° 04/02 et 04/13

⁹⁴⁶ Article 8 de la loi sur la *Kafala* des enfants abandonnés

attribuer la *Kafala* de l'enfant M. suite au jugement du tribunal de première instance de Tétouan du 12 avril 2012⁹⁴⁷.

520. En revanche, cette possibilité qu'avaient les étrangers de prendre en charge un enfant marocain dans le cadre de la *Kafala* a été restreinte par la circulaire n° 40 S/2 du Ministre de la Justice et des Libertés du 19 septembre 2012. Adressée aux procureurs généraux près des Cours d'appels et les procureurs des TPI, la circulaire leur demande « de vérifier à travers une enquête que le demandeur de la *Kafala* étranger réside habituellement sur le territoire national et également de présenter des requêtes aux juges des mineurs à la lumière des résultats de l'enquête afin de refuser la *Kafala* aux étrangers qui ne résident pas habituellement au Maroc ». Ces mesures contraignantes ont été prises suite à la pratique judiciaire qui indique que les dispositions relatives au contrôle et au suivi de la *Kafala* afin de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant abandonné ne sont pas exécutées efficacement et correctement. La circulaire énumère ainsi les considérations qui ont incité à prendre cette mesure⁹⁴⁸. La décision écartant les étrangers non-résidents au Maroc de la *Kafala* a suscité la question de savoir si les marocains résidents à l'étranger sont également concernés par la circulaire. La réponse de Latifa Taoufik, juge et collaboratrice du secrétaire général du ministère de la justice est « qu'il n'a jamais été question dans cette circulaire de priver les marocains de l'étranger de ce droit ». Ces derniers, selon elle, « gardent dans leur majorité des liens étroits avec leur pays d'origine, et ce contrôle peut être fait, soit au Maroc quand ils sont ici, soit dans les pays où ils vivent par le biais des consulats marocains. D'ailleurs, si la circulaire est envoyée aux procureurs des Cours d'appels et des tribunaux de première instance, c'est aux juges des mineurs de statuer au cas par cas, selon leur enquête⁹⁴⁹ ».

521. Il faut noter que la vraie difficulté que rencontrent les couples étrangers non-résidents au Maroc en prenant en charge un enfant dans le cadre de la *Kafala* est la reconnaissance de cette dernière dans le pays où ils résident. C'est pourquoi, une circulaire du Ministre de la justice qui date du 1^{er} juin 2003 a demandé aux juges concernés de vérifier, avant de permettre aux parents recueillant l'enfant de quitter le territoire marocain pour une résidence permanente à l'étranger prévu par l'article 24 de la loi précitée, s'il existe une Convention judiciaire bilatérale qui reconnaît l'institution de la *Kafala* ou la présentation par les parents d'une attestation qui prouve la régularisation de la situation juridique de l'enfant

⁹⁴⁷ Tribunal de première instance de Tétouan, 12 avril 2012, dossier n° 07/11

⁹⁴⁸ Voir annexe : Circulaire n° 40 S/2 du Ministère de la Justice et des Libertés du 19 septembre 2012

⁹⁴⁹ Jaouad MDIDECH, « Les étrangers n'ont plus droit à la "*Kafala*", les associations protestent », La vie économique du 30 septembre 2012.

recueilli. La prise de mesures de précaution quand il s'agit d'une *Kafala* attribuée à des couples étrangers ou à des marocains résidents à l'étranger n'a pas cessé de faire l'objet de circulaire ministérielle. Il s'agit, entre autres, de dispositions relatives à l'approfondissement des recherches sur les couples étrangers demandeurs de la *Kafala*, à la présentation de toutes les garanties qui permettent la continuité du suivi de l'enfant à l'étranger et de la coordination entre les juges des tutelles et les services consulaires ainsi que les ambassades du Maroc pour veiller au respect de la loi.

522. Par ailleurs, la possibilité de la femme célibataire de recueillir un enfant est une nouvelle disposition mise en place depuis 2002 à condition qu'elle remplisse les mêmes modalités précitées dans l'article 9. Ainsi, les juges n'hésitent pas à appliquer cette disposition bien que la situation matérielle de la femme célibataire ne soit pas totalement satisfaisante. En l'occurrence, le juge a pris en considération l'attachement de l'enfant à cette dernière et vice versa puisque celle-ci lui a été confiée par le procureur du Roi à titre provisoire avant de statuer sur le jugement de la *Kafala* le 19 mars 2003. Pendant cette période, la femme s'en est occupée comme sa mère et l'enfant bénéficie d'une vie décente en son sein selon l'enquête de l'assistante sociale chargée de cette affaire⁹⁵⁰.

523. En ce qui concerne les établissements, il s'agit d'organismes publics chargés de la protection de l'enfance et d'organismes et associations à caractère social reconnus d'utilité publique. Ces établissements doivent disposer de moyens matériels, de ressources et de compétences humaines pour pouvoir prendre en charge ces enfants⁹⁵¹. Ainsi, la loi n° 14-05 relative aux conditions d'ouverture et de gestion des établissements de protection sociale publiée au BO le 7 décembre 2006 constitue une garantie pour le respect des dispositions de la loi sur la *Kafala*⁹⁵².

3. L'encadrement de l'attribution et le suivi de la Kafala :

524. Si avant la loi de 2002 la *Kafala* était une démarche administrative sans aucune enquête ni contrôle judiciaire, désormais son attribution est encadrée par diverses restrictions a priori et a posteriori.

⁹⁵⁰ Tribunal de première instance de Rachida, 9 juin 2006, dossier n° 04/02 et 04/13 (arrêt précité)

⁹⁵¹ Cf. Mohamed CHAFII, كفالة الأطفال المهملين, pp. 39-42

⁹⁵² *Dahir* n°1-06-154 du 30 chaoual 1427 (22 novembre 2006) portant promulgation de la loi n° 14-05 relative aux conditions d'ouverture et de gestion des établissements de protection sociale

La procédure de la *Kafala* commence par une demande présentée au juge des tutelles accompagnées des documents faisant preuve des conditions requises prévues dans l'article 9. Une enquête est ouverte pour obtenir les informations nécessaires relatives aux circonstances dans lesquelles la *Kafala* sera assurée. La collecte de ces informations se fait par le biais d'un comité composé d'un représentant du Ministère public, d'un représentant de l'autorité public relative aux affaires islamiques, d'un représentant de l'autorité et d'un représentant des autorités en charge de l'enfance. La constitution de ce comité est prévue par la circulaire du 7 juin 2004.

525. Par le biais d'un jugement, le juge rend sa décision approuvant l'attribution de l'enfant abandonné à la personne demandeur de la *Kafala* en le désignant comme tuteur datif de ce dernier. L'exécution de la *Kafala* peut être ordonnée d'urgence dans le même jugement. Cependant, la décision de l'attribution de la *Kafala* n'est pas définitive. Tous les recours sont acceptés selon l'article 17 de la loi de 2002, l'appel et la Cassation⁹⁵³.

Parmi les principales dispositions de la loi de 2002, il y a le suivi des mesures de la *Kafala*. Ce contrôle a posteriori est assuré par le juge des tutelles par le moyen des enquêtes. Ces enquêtes peuvent être confiées au parquet, à un service social ou à une assistante sociale. Il peut aussi faire appel à la commission d'enquête prévue par l'article 16.

Le juge statue sur la question en s'appuyant sur le rapport réalisé par l'une des parties précitées. En conséquence, il peut ordonner l'annulation de la *Kafala* et la prise de toute mesure de protection utile. Le suivi de la *Kafala* peut dépasser les frontières marocaines et cela est assuré par les autorités consulaires du lieu de résidence de l'enfant et les parents par *Kafala*. En outre, les autorités publiques de la ville de Madrid relatives à la protection des mineurs ont affirmé leur contribution à respecter les dispositions de la loi sur la *Kafala* concernant les enfants recueillis sur le territoire espagnole sur la base légale de la loi nationale de l'enfant et selon les articles 20 et 21 de la CIDE.

526. Comme la *Kafala* n'est pas une adoption, elle prend fin par l'une des circonstances prévues dans l'article 25. Du côté de l'enfant, la *Kafala* cesse à l'âge de la majorité (18 ans), sauf si l'enfant est une fille non mariée, une personne handicapée ou incapable de subvenir à ses besoins. Cette disposition est largement critiquée du fait qu'elle est jugé insuffisante, au regard de la qualité de la prise en charge en institution, laquelle

⁹⁵³ Mohamed CHAFII, كفالة الأطفال المهملين, p. 45

n'éduque pas l'enfant dans le sens de l'autonomie. L'arrêt de la *Kafala* à 18 ans présenterait donc un risque pour l'enfant abandonné.

527. La loi sur la *Kafala* est censée régler l'un des gros problèmes de l'enfance au Maroc : l'abandon et « les enfants de la rue ». En revanche, malgré l'abondance des dossiers traités par les tribunaux (2.261 dossiers traités par la justice en 2008), les centres d'accueil des enfants abandonnés n'arrivent pas à « désengorger leurs "stocks" »⁹⁵⁴, au point d'organiser un salon « bébés du Maroc » le 1,2 et 3 octobre 2010 par La Jeune Chambre Internationale du Maroc (JCI) et l'Entraide nationale sous la devise « Une nouvelle chance pour les enfants privés de leurs familles ».

A vrai dire, l'institution de la *Kafala* ne peut être que l'ultime remède à un problème plus profond qu'est l'abandon des enfants et « les enfants de la rue ». Étant donné que la principale cause de l'abandon d'enfants est la pauvreté, le problème n'est pas d'être mère célibataire, femme divorcée ou parents unis car la situation est la même pour tous. La seule différence est que la précarité est d'autant plus dure quand elle concerne une femme isolée.

C. La reconnaissance administrative de l'enfant naturel

528. Pour un enfant, avoir une lignée et appartenir à une famille constitue un pilier fondateur de son identité aussi de sa personnalité. Cette appartenance doit être marquée dans un registre qui accompagne l'enfant pendant toute sa vie. C'est ainsi que toute naissance doit être déclarée auprès de l'officier de l'état civil du lieu où elle est intervenue⁹⁵⁵.

Pour garantir le droit de l'enfant à avoir une identité⁹⁵⁶, le législateur a ouvert cette possibilité en premier lieu au père, à la mère, au tuteur testamentaire, au frère et au neveu. La multitude de personnes qui ont la capacité de déclarer la naissance est un moyen d'empêcher les gens de se donner des excuses pour ne pas réaliser cette obligation.

D'ailleurs, le personnel hospitalier (médecins, sage-femme) peut être amené à déclarer la naissance à la place des parents⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ Article de presse de *L'économiste*, édition n° 3363 du 16/09/2010.

⁹⁵⁵ L'article 16 de la loi n°37-99 relative à l'état civil du 7 novembre 2002.

⁹⁵⁶ L'article 7 et 8 de la CIDE : « L'enfant est enregistré aussitôt 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. », « Les Etats 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. »

⁹⁵⁷ AIMF, *Le fonctionnement de l'état civil dans le monde francophone*, octobre 2004, p. 31

Bien que le droit marocain ne reconnaisse pas encore les naissances hors mariage, leur inscription dans les registres de l'état civil est une démarche valable et applicable depuis le Dahir du 4 septembre 1915. Alors, on distingue d'une part le régime des enfants « légitimes » (1) et celui des enfants « naturels » (2) dans la loi sur l'état civil.

1. Le droit à l'identité des enfants nés d'un couple marié :

529. L'inscription dans les registres de l'état civil d'un enfant né de parents mariés se fait en lui procurant le nom de famille de son père. Ce nom reste attaché à la personne et sa descendance et ne pourra être changé que par décret⁹⁵⁸. C'est ainsi que l'acte de naissance constitue le premier titre officiel qui définit l'identité de l'enfant⁹⁵⁹. Afin d'effectuer cette déclaration, le père, ou toute autre personne qui a la capacité de déclarer cette naissance, doit être muni d'un certificat délivré par un médecin accoucheur ou une sage-femme exerçant légalement ou par l'autorité locale et d'un certificat de mariage pour attester la légalité de l'union dont la dite naissance est issue⁹⁶⁰.

En ce qui concerne le délai de déclaration, il est de 30 jours à compter de la date de naissance. Toute déclaration qui ne respecte pas ce délai est considérée comme infraction et est sanctionnée selon les dispositions de l'article 468 du Code pénal⁹⁶¹. Nous nous demandons pourquoi le législateur n'a pas harmonisé les deux textes relatifs à la sanction de la non déclaration dans le délai de 30 jours puisque suivant l'article 31 de la loi sur l'état civil toute personne à laquelle incombe l'obligation de déclarer une naissance ou un décès en vertu des articles 16 et 24 et qui n'y procède pas dans le délai légal est punie d'une amende de 300 à 1.200 dirhams.

⁹⁵⁸ L'article 20 de la loi n°37-99 relative à l'état civil du 7 novembre 2002

⁹⁵⁹ L'article 18 du Décret n° 2-99-665 du 2 *chaabane* 1423 pris pour l'application de la loi n° 37-99 relative à l'état civil (B O du 7 novembre 2002) : « L'acte de naissance comprend le numéro de l'acte, la date de naissance incluant le jour, le mois, l'année selon les calendriers de l'hégire et grégorien, l'heure et la minute et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant, sa nationalité s'il est étranger, le prénom qui lui a été donné, son nom, ainsi que les noms complets, la date et le lieu de naissance, la profession et l'adresse des parents. Il y sera également fait mention de l'identité du déclarant, son âge, sa profession, son adresse et le degré de parenté avec le déclaré ou sa qualité. En cas d'un jugement déclaratif de naissance, il sera fait mention de ses références et du tribunal qui l'a prononcé. L'acte de naissance comprendra également la date de son établissement selon les calendriers de l'hégire et grégorien et en dernier lieu le nom ainsi que la qualité de l'officier de l'état civil signataire ».

⁹⁶⁰ L'article 17 de la loi n°37-99 relative à l'état civil du 7 novembre 2002

⁹⁶¹ « Dans les cas où la déclaration de naissance est obligatoire, sont punis de l'emprisonnement d'un à deux mois et d'une amende de 120 à 200 dirhams s'ils n'y ont pas procédé dans le délai imparti par la loi, le père ou en son absence, les médecins, chirurgiens, officiers de santé, sages-femmes, *moualidat*, *qablat* ou autres personnes ayant assisté à l'accouchement ou, au cas d'accouchement hors du domicile de la mère, la personne chez qui cet accouchement a eu lieu »

530. Bien que le législateur ait voulu protéger l'enfant en obligeant les parents à le déclarer sous peine de sanction, le choix de la correction est disproportionné et inefficace du fait que l'enfant sera privé de son père ou de sa mère, ce qui n'est pas conforme à son droit fondamental de vivre au sein de sa famille.

Finalement, l'enfant issu de parents mariés ne trouve généralement aucune difficulté en ce qui concerne l'enregistrement de son identité, si ce n'est lorsque les parents eux-mêmes ne sont pas enregistrés dans les registres de l'état civil ou quand ils ne disposent pas d'un acte de mariage, quoique, la situation des enfants nés hors mariage n'est pas encore stable.

2. Le droit à l'identité des enfants « naturels » :

531. Dans l'absence d'une protection légale des enfants nés en dehors du mariage, le législateur a essayé de pallier le problème par une approche objective du sujet. L'enregistrement dans les registres de l'état civil n'est pas lié au statut de l'enfant, qu'il soit légitime ou naturel.

Par ailleurs, avant la loi de 2002, la situation était critique. Depuis le dahir du 4 septembre 1915, l'officier de l'état civil, en transcrivant l'acte de naissance de l'enfant naturel, ne mettait aucune mention devant le nom du père et de la mère. Il était courant que l'officier de l'état civil mette un signe (un trait ou une croix) sur la case des parents ou du père seulement dans le livret de famille et dans l'acte de naissance. De telle façon, la situation de l'enfant naturel ne s'est pas arrangée. Au contraire, l'enfant naturel a été stigmatisé de plus en plus et officiellement.

532. Dans le but d'améliorer la situation de ces enfants, une circulaire du ministère de l'intérieur du 8 mai 1962 est venue apporter de nouvelles dispositions relatives au nom de famille de l'enfant naturel. La circulaire a précisé que ce dernier prend le nom de famille de sa mère si elle existe et au cas où l'enfant serait confié à une autre famille qui le prendrait en charge. Dans le même sujet, une autre circulaire du 11 décembre 1987 a permis à la mère de donner son nom de famille à son enfant après avoir l'acceptation écrite de son père ou son frère s'ils existent. A défaut, l'officier de l'état civil choisit un nom de famille quelconque⁹⁶².

Malgré toutes ces réformes, les documents officiels de l'enfant naturel ne mentionnaient ni le prénom du père, ni son nom de famille. En l'occurrence, la doctrine a proposé, dans le cadre

⁹⁶² Circulaire du ministère de l'intérieur n°130 du 31 mai 1979 relative au nom de famille des enfants non légitimes

du respect de la vie privée que la mère, avec l'accord de l'agent de l'état civil, choisissent un prénom au père et mettent une note discrète dans la marge des registres de son état civil indiquant que l'enfant est né d'un père inconnu⁹⁶³.

533. Finalement le législateur a remédié à tous ces problèmes en promulguant la loi de 2002 relative à l'état civil en prévoyant d'abord l'inscription d'office de l'enfant né du père ou de parents inconnus ou abandonné puisque c'est le procureur du Roi qui agit de sa propre initiative au cas où il n'y aurait personne qui procède à sa déclaration. La mère, elle aussi, a le droit de déclarer son enfant en lui choisissant un prénom, un prénom de père comprenant l'épithète « *Abd* » ainsi qu'un nom de famille qui lui est propre.

Dans tous ces cas de figures, l'officier de l'état civil indique en marge de l'acte de naissance que les nom et prénom des parents ou du père de l'enfant naturel lui ont été choisis conformément aux dispositions de la présente loi⁹⁶⁴. Cette réforme inclut aussi les enfants naturels enregistrés selon l'ancien régime de l'état civil en leur permettant de corriger les mentions de leurs registres. En revanche, le législateur n'a pas facilité cette démarche parce qu'il a prévu cela par voie de décision judiciaire prononcée par le tribunal de première instance, ce qui signifie de longues durées d'attente.

534. Nous ne pouvons pas dire que la situation des enfants naturels au Maroc est réglée avec les nouvelles dispositions de la loi sur l'état civil. La question de l'attachement des enfants nés hors mariage à leurs parents est absente catégoriquement en droit marocain. Nous ne savons pas sur quelle base le législateur a établi la règle de la filiation des enfants nés hors mariage : est-ce une référence de caractère religieux ? Ou simplement une règle de droit positif ? Si le législateur se fonde sur la jurisprudence musulmane, il est connu que celle-ci n'est pas unanime sur cette décision. En résumé, pour une vraie promotion des droits de l'enfant « naturels », il faut revoir les choses en profondeur.

D'un autre côté, désormais les enfants abandonnés, dont la majorité est issus d'une relation hors mariage, peuvent être pris en charge grâce à l'institution de la *Kafala*.

⁹⁶³ Mohamed *CHAFII*, *le prénom et le nom de famille dans le régime de l'état civil au Maroc*, Collection des recherches juridiques, édition *l' waraka l' watania*, 2004, p.73 (ouvrage en arabe)

⁹⁶⁴ Naima *DOUFAR*, « les nouveautés du dahir sur l'état civil du 3 octobre 2002 », les journées thématiques sur le Code de la famille, édition *Dar es-Salaam*, 2004, p. 185 (article en arabe)

Section2 : Une mise en œuvre stagnante de la CIDE

535. Que ce soit pour la France ou pour le Maroc, il existe encore des résistances à vaincre et une marge de progrès certaine. Les résistances actuelles aux droits de l'enfant en matière familiale en France ne sont pas impossibles à dépasser, notamment par le pouvoir du juge désormais ⁹⁶⁵(paragraphe 1). Toutefois, le Maroc a encore un long chemin à faire pour assurer, prioritairement et urgemment, les droits élémentaires de l'enfant, notamment le droit de l'enfant à une vie saine et le droit à l'éducation. Ce qui diminuera l'exploitation des enfants dans le travail (paragraphe 2).

Paragraphe1 : Les résistances actuelles à la mise en œuvre de la CIDE en droit français

536. Il est certain que la logique des droits de l'enfant a été bien appropriée par l'ordre juridique français, notamment en matière familiale, de même que pour la mise en œuvre effective de certaines dispositions de la CIDE telles que l'intérêt de l'enfant, la parole de l'enfant en justice, le droit de l'enfant à avoir des liens avec ses deux parents etc. Cependant, « la France peut faire mieux », en ce qui concerne les mineurs délinquants(A), le droit de l'enfant à connaître ses origines (B) et à conserver les liens avec ses parents en cas d'adoption ou de PMA(C). En outre, la question des minorités fait encore l'objet d'une résistance en France en préservant encore la réserve émise à l'article 30 de la CIDE (D). Finalement, le droit à la liberté religieuse du mineur a reculé considérablement avec l'adoption de la loi de 2004 sur les signes religieux (E).

A : Les droits des mineurs délinquants

537. Le socle du système de justice des mineurs en France est l'ordonnance de février 1945. Ce système repose sur « un choix fondamental selon lequel la société assume une responsabilité d'éducation et de protection à l'égard des plus jeunes. On parle d'un modèle « protectionnel » que l'on peut opposer à un modèle « égalitariste », lequel tendrait au contraire

⁹⁶⁵ Après le revirement jurisprudentiel de 2005 sur l'applicabilité directe de la CIDE par les juridictions françaises.

à rapprocher le statut du mineur de celui des majeurs »⁹⁶⁶. Cependant, l'ordonnance du 7 février 1945 a été l'objet de plus de vingt réformes dont les textes principaux sont :

- La loi du 10 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la Justice, dite Loi Perben I.
- La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Loi Perben II.
- La loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.
- La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.
- La loi du 10 août 2007 sur la lutte contre la récidive.
- Le décret du 8 novembre 2007 relatif aux établissements et services de la PJJ.
- La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.
- La loi du 14 mars 2011⁹⁶⁷ (dite LOPPSI 2) qui a été ce texte « a été profondément censuré par le Conseil constitutionnel, dans une décision du 10 mars 2011, avec l'aide du principe fondamental reconnu par les lois de la République que le Conseil avait dégagé dans sa décision du 29 août 2002⁹⁶⁸ ».
- La loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.
- La loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.
- La loi du 26 décembre 2011 qui a introduit le service citoyen pour les mineurs délinquants⁹⁶⁹.

538. Toutes ces réformes démontrent un bouleversement de la logique sur laquelle se fondait le texte de 1945. En effet, les nouveaux textes « illustrent cette volonté des autorités politiques et du législateur de définitivement tourner la page sur les orientations éducatives et protectrices qui faisaient l'originalité de ce texte »⁹⁷⁰. Le propos avancé par la classe politique

⁹⁶⁶ Catherine SULTAN et Muriel EGLIN, « Droit pénal des mineurs français » Vers la fin d'une justice spécialisée ?, *Enfances & Psy*, 2008/3 n° 40, p. 91

⁹⁶⁷ Cf. Philippe BONFILS, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011), *Revue de science criminelle* 2011, p. 440

⁹⁶⁸ Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE, Droit des mineurs, *Recueil Dalloz* 2011 p. 1995

⁹⁶⁹ Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE, Droit des mineurs, *Recueil Dalloz* 2012 p. 2267

⁹⁷⁰ Francis BAILLEAU, « La France, une position de rupture ? » Les réformes successives de l'ordonnance du 2 février 1945, *Déviance et Société*, 2009/3 Vol. 33, p.442

est que ce système de justice dédié aux mineurs ne correspond plus aux impératifs du siècle nouveau et que les jeunes du XXI^e siècle ne seraient plus les jeunes du XX^e siècle⁹⁷¹.

Nous nous demandons pourquoi la France a tourné le dos aux dispositions de la CIDE précisément dans ce sujet, sachant que la matière pénale est un champ propice et facile pour le non-respect des droits de l'Homme, d'autant plus s'il s'agit de droit de l'enfant.

539. La justice des mineurs est désormais érigée sous le même slogan, celui de la réponse pénale à tous les actes déviants des jeunes. Nous assistons à un alignement du droit pénal des mineurs sur celui des majeurs, « soit en appliquant telles quelles des dispositions prévues pour les majeurs (le fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles dit « fijais »⁹⁷², les lois de 2005 et 2007 sur la récidive) soit en revenant sur la spécificité du statut des mineurs (limitation voire suppression de l'application de l'excuse atténuante de minorité⁹⁷³ »⁹⁷⁴.

En effet, la jurisprudence s'aligne également du côté du législateur en rendant des décisions dont l'interprétation s'avère parfois sévère vis-à-vis de l'âge des mineurs en question. Ainsi, « la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu, le 24 novembre 2010⁹⁷⁵ un arrêt portant sur les modalités de motivation de la prolongation de la détention provisoire d'un mineur. En application de l'article 145-3 du code de procédure pénale, les décisions qui ordonnent la prolongation d'une détention provisoire qui excède un an en matière criminelle doivent comporter les indications particulières qui justifient en l'espèce la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure. Cette disposition a été jugée applicable aux mineurs, dans une affaire dramatique où un jeune homme de 16 ans avait assassiné dans leur sommeil ses parents et ses deux frères. Ce faisant, la décision de la chambre de l'instruction qui ne s'était pas expliquée sur ces circonstances particulières pour prolonger la détention provisoire au-delà d'un an est cassée. Cette application aux mineurs de l'article 145-3 du code de procédure pénale, dans le silence de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 est logique, car on imaginerait mal que le droit puisse être plus sévère à

⁹⁷¹ Idem

⁹⁷² Ce fichier, créé par la loi du 9 mars 2004, liste les personnes poursuivies ou condamnées pour infractions à caractère sexuel. Il impose aux personnes fichées de se signaler tous les six mois auprès des services de police ou de gendarmerie durant le temps de l'enquête et, après condamnation, pendant vingt à trente ans selon la gravité des faits. Ces dispositions s'appliquent également aux mineurs de plus de treize ans. Pour les 13- 16 ans, elles ne s'appliquent que pour les délits sexuels les plus graves.

⁹⁷³ Loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

⁹⁷⁴ Catherine SULTAN et Muriel EGLIN, *op. cit.* p. 95

⁹⁷⁵ Crim. 24 novembre 2010, n° 10-86.347

l'encontre de mineurs qu'à l'encontre de majeurs⁹⁷⁶ ». Dans une autre décision relative à l'application de l'article 12 de la loi de 1945 qui prévoit que le service éducatif auprès des tribunaux (SEAT) doit obligatoirement être consulté avant toute réquisition et toute décision de placement en détention ou de prolongation de la détention provisoire d'un mineur, la Cour de cassation a précisé, dans son arrêt du 2 février 2011⁹⁷⁷, que l'exigence contenue à l'article 12 de l'ordonnance de 1945 ne pouvait être étendue au cas dans lequel la juridiction rejette une demande de mise en liberté après avoir constaté le caractère insuffisant d'une mesure d'assignation à résidence avec surveillance électronique.

540. Le durcissement des décisions prises à l'encontre des mineurs ne coïncide pas avec l'événement de l'applicabilité directe de la CIDE. Le revirement jurisprudentiel de 2005 a dû soutenir la prise en considération du droit des mineurs à avoir un droit pénal et une procédure pénale adaptés à leur âge. D'ailleurs, la Convention des droits de l'enfant consacre un article bien détaillé sur les enfants suspectés, accusés ou coupables d'infraction⁹⁷⁸ dont l'idée générale est le respect de la spécificité de l'enfant confronté à une infraction.

⁹⁷⁶ Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE, Droit des mineurs, *Recueil Dalloz* 2011 p. 1995

⁹⁷⁷ Crim. 2 février 2011, n° 10-87.868, D. 2011. 752 ; AJ pénal 2011. 246, obs. Caroline RENAUD-DUPARC

⁹⁷⁸ 1. L'article 40 de la CIDE : « Les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'Homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

2. À cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des instruments internationaux, les États parties veillent en particulier :

a) À ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas interdites par le droit national ou international au moment où elles ont été commises
b) À ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes :

I - à être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ;

II - à être informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et à bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense.

III - à ce que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux ;

IV - à ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable; à interroger ou faire interroger les témoins à charge, et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité ;

V - s'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, à faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétentes, indépendantes et impartiales, conformément à la loi ;

VI - à se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée ;

VII - à ce que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.

3. Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :

a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale ;

b) De prendre des mesures, chaque fois que cela est 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.

4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux

En revanche, la justice des mineurs en droit français s'éloigne de cette logique en durcissant les mesures et les peines applicables aux mineurs délinquants avec comme le seul point de référence les peines privatives de liberté ; en alignant le traitement des mineurs de 16 à 18 ans sur celui des majeurs qui connaît également un durcissement des sanctions ; en renforçant les sanctions et les mesures pénales pour les mineurs âgés de 10 à 15 ans ; en multipliant les incriminations spécifiques concernant le comportement, les attitudes, les modes de vie des jeunes et les manifestations de tensions entre jeunes et autorités ; en rétrécissant la marge d'autonomie du juge des enfants ; en renforçant le pouvoir des parquets et de la police et en consolidant le lien hiérarchique entre le parquet et le cabinet (politique) du Garde des Sceaux. Et pourtant la CIDE est renforcée sur ce point par les règles de Beijing⁹⁷⁹ et les principes de Riyad⁹⁸⁰ pour la prévention de la délinquance juvéniles.

541. La voie choisie par la France concernant les mineurs délinquants s'avère dangereuse et sans issue puisque le Comité des droits de l'enfant, dans ses observations finales sur le rapport de la France de 2009, a consacré un paragraphe entier pour exprimer ses préoccupations par rapport à la justice des mineurs en France⁹⁸¹. Dans ce contexte assez

conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction ».

⁹⁷⁹ http://www2.ohchr.org/french/law/regles_beijing.htm

⁹⁸⁰ http://www2.ohchr.org/french/law/principes_riyad.htm

⁹⁸¹ « Le Comité est préoccupé par l'absence de politique nationale globale de prévention de la délinquance et par l'insuffisance des ressources financières et humaines affectées à la justice pour mineurs. Le Comité se dit une nouvelle fois préoccupé par la législation et la pratique dans ce domaine, qui tendent à favoriser les mesures répressives plutôt que les mesures éducatives, en particulier en ce qui concerne les réformes introduites par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs et permettant de juger des enfants comme des adultes. En particulier, le Comité est préoccupé par le fait que, dans les affaires impliquant des mineurs délinquants âgés de 16 à 18 ans, soupçonnés d'avoir commis une infraction pénale grave à caractère violent et/ou sexuel:

- a) Le principe de l'atténuation des peines pour les mineurs peut ne pas être appliqué pour une première infraction, sur décision motivée du juge;
- b) Ce principe n'est pas appliqué aux récidivistes âgés de 16 à 18 ans et ne peut être rétabli que par une décision spécialement motivée du juge;
- c) Des peines d'emprisonnement minimales obligatoires sont appliquées en cas de récidive.

Le Comité constate des changements positifs, notamment en ce qui concerne l'augmentation sensible du nombre de centres éducatifs fermés pour les enfants âgés de 13 à 16 ans et d'établissements pénitentiaires pour mineurs, qui ont pour but de remplacer les quartiers des mineurs dans les lieux de détention pour adultes. Toutefois, il constate avec préoccupation que le nombre de peines privatives de liberté est élevé chez les enfants et qu'il existe toujours des quartiers des mineurs dans les lieux de détention pour adultes.

Le Comité est préoccupé par la modification de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui permet de placer en garde à vue des enfants âgés de 16 à 18 ans qui sont soupçonnés de crime organisé et de terrorisme pour une durée maximale de quatre-vingt-seize heures, ce qui n'est pas pleinement conforme aux garanties procédurales.

Le Comité engage instamment l'État partie à appliquer pleinement les normes internationales concernant la justice pour mineurs, en particulier les articles 37 b), 40 et 39 de la Convention, ainsi que l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Riyad) et les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (Règles de La Havane). Il

tendu, une décision du Conseil d'Etat du 31 octobre 2008⁹⁸² applique pour la première fois les articles 3-1 et 37 de la CIDE dans une affaire relative à l'isolement des détenus⁹⁸³. Le Conseil d'Etat a répondu à la demande négativement, mais il a précisé que la mesure d'isolement n'est pas en soi illicite, mais qu'elle ne peut être appliquée aux mineurs. Elle affirme ainsi que « considérant que ni les stipulations précitées (de la CIDE) ni, au demeurant, les exigences qui procèdent de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante n'interdisent, de manière générale, qu'une mesure d'isolement puisse être appliquée à un mineur, même si ce n'est pas sur sa demande, et qu'en revanche, les stipulations des articles 3-1 et 37 de la CIDE font obligation d'adapter le régime carcéral des mineurs dans tous ses aspects pour tenir compte de leur âge et imposent à l'autorité administrative d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants pour toutes les décisions qui les concernent ; qu'il en résulte, compte tenu des fortes contraintes qu'il comporte, qu'un régime d'isolement ne peut être rendu applicable aux mineurs sans que des modalités spécifiques soient édictées pour l'adapter en fonction de l'âge, du régime de détention, de sa durée, des conditions de sa prolongation, et notamment du moment où interviennent les avis médicaux ». C'est pourquoi, le Conseil d'Etat décide que « les dispositions de l'article 1^{er} de ce décret doivent être

l'engage en particulier, compte tenu de son Observation générale n° 10 (2007) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs, à:

- a) Renforcer les mesures de prévention, notamment en appuyant le rôle des familles et des communautés afin de contribuer à l'élimination des facteurs sociaux qui amènent les enfants à entrer en contact avec le système de justice pénale, et prendre toutes les mesures possibles pour éviter la stigmatisation;
- b) Accroître les ressources financières, humaines et autres qui sont allouées au système de justice pénale et veiller à ce qu'elles soient suffisantes et adaptées;
- c) Ne recourir à la détention, y compris la garde à vue et la détention provisoire, qu'en dernier ressort et pour la durée la plus courte possible;
- d) Veiller à ce que le placement en détention, lorsqu'il a lieu, soit conforme à la loi et aux normes internationales;
- e) Ne pas traiter les enfants âgés de 16 à 18 ans différemment des enfants de moins de 16 ans;
- f) Développer l'utilisation des mesures de réinsertion et des peines de substitution à la privation de liberté, telles que la déjudiciarisation, la médiation, la mise à l'épreuve, l'accompagnement psychologique, les services d'intérêt général, et renforcer le rôle des familles et des communautés à cet égard;
- g) Veiller à ce que les personnes de moins de 18 ans en conflit avec la loi aient accès à l'aide juridique gratuite ainsi qu'à des mécanismes de plainte indépendants et efficaces;
- h) Améliorer les programmes de formation aux normes internationales pertinentes pour tous les professionnels travaillant dans le cadre du système de justice pénale.

Le Comité reste également préoccupé par le fait que l'État partie n'a pas établi d'âge minimum de la responsabilité pénale.

Le Comité recommande à l'État partie d'établir un âge minimum de la responsabilité pénale, conformément au paragraphe 3 a) de l'article 40 de la Convention et compte tenu de la recommandation faite, entre autres, par la Défenseure des enfants, en veillant à ce que cet âge ne soit pas inférieur à 13 ans et à ce qu'il soit tenu compte de la capacité de discernement de l'enfant »

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf .

⁹⁸² CE, 31 octobre 2008, n° 293785

⁹⁸³ La Section française de l'OIP demandait au Conseil d'Etat d'annuler le décret du 21 mars 2006 modifiant la procédure pénale relative à l'isolement des détenus.

annulées en tant qu'elles sont applicables aux mineurs⁹⁸⁴ ». Bien que cet arrêt constitue « clairement une avancée des droits de l'enfant en ce qu'il impose le respect de l'obligation d'offrir au mineur délinquant incarcéré un traitement spécifique notamment sur le fondement de l'article 37 de la CIDE », il ne systématise pas l'application directe des autres dispositions dépourvues d'effet direct.

B : Le droit à l'identité des enfants nés sous X et des enfants issus d'une PMA

542. Sans sous-estimer le progrès effectué par le droit français dans le domaine des droits de l'enfant, il y a encore des efforts à fournir sur certains droits reconnus mais de manière insuffisante. Citons ici l'exemple de l'identité des enfants issus de l'accouchement sous X et ceux issus de la procréation médicalement assistée.

L'accouchement sous X est une particularité française visant à garder l'anonymat de la femme qui a accouché (organisé par l'article L. 222-6 du code de l'action sociale). Cette mesure fait obstacle évidemment à la connaissance des origines qui constitue un droit garanti par la CIDE à tous les enfants⁹⁸⁵. Pourtant, cette pratique a été allégée par la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines⁹⁸⁶ et saluée ainsi par le Comité des droits de l'enfant, puisque l'enfant majeur ou mineur doué de discernement et disposant de l'accord de ses représentants légaux peut déposer une demande d'accès aux origines personnelles auprès du CNAOP. Cependant, ce droit n'est pas absolu puisqu'il dépend spécialement de la volonté de la femme ayant accouché. L'enfant ne pourra connaître l'identité de sa génitrice que si celle-ci lève le secret de son accouchement⁹⁸⁷ ou si elle décède en n'ayant pas exprimé de volonté contraire. L'effort fourni par la France n'a pas été suffisant pour que la disposition 7-1 de la CIDE soit respectée complètement⁹⁸⁸, d'autant plus que cette mesure est remise en cause sous l'angle des droits fondamentaux de l'enfant.

Quelques années plus tard, une autre brèche a été ouverte par la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance de 2005 qui a supprimé la fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité dans le souci d'alignement et d'égalité avec l'action en recherche de paternité.

⁹⁸⁴ Adeline GOUTTENOIRE et Philippe BONFILS, *Droit des mineurs*, *Recueil Dalloz* 2009, p.1918

⁹⁸⁵ Article 7-1 de la CIDE : « 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 ».

⁹⁸⁶ Cf. Claire NEIRINCK, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ? », *Revue de droit sanitaire et social* 2002 p. 189

⁹⁸⁷ Article L. 222-6 du CASF

⁹⁸⁸ Le Comité des droits de l'enfant considère que « le droit pour la mère de dissimuler son identité si elle le souhaite n'est pas conforme aux dispositions de la Convention ».

543. Ainsi, l'évolution des textes concernant l'accouchement sous X continue de progresser mais d'une façon prudente et lente malgré les revendications d'un levée totale de l'anonymat de l'accouchement selon le rapport de Brigitte Barèges. Les propositions de cette commission mettent en premier lieu la suppression de l'accouchement dans l'anonymat et le maintien de l'accouchement secret. Elle propose aussi d'ouvrir l'accès aux origines personnelles aux demandeurs majeurs ; de permettre aux mères de rechercher leur enfant ; d'aménager la levée du secret après le décès de la mère ; la recherche des origines lorsque la mère est « sous protection juridique » et finalement d'améliorer les possibilités de reconnaissance anténatale des pères⁹⁸⁹.

L'aboutissement de ce rapport n'est pas encore sûr, d'autant plus que le bilan général de la jurisprudence en la matière n'opère pas un changement réel dans les raisonnements. De plus, l'affirmation de l'applicabilité de l'article 7-1 de la CIDE et la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant sur le fondement de l'article 3-1 n'est pas encore généralisée.

D'ailleurs, la Haute juridiction n'a pas hésité à casser, dans un arrêt du 6 avril 2004⁹⁹⁰, une décision de la cour d'appel d'Agen qui avait cherché un moyen pour donner satisfaction à une mère qui avait accouché sous X et qui a ensuite renoncé à sa décision, en constatant que la remise de l'enfant en vue de son admission en tant que pupille de l'Etat était atteinte d'un vice du consentement affectant la validité du procès-verbal⁹⁹¹. Cette solution n'est pas nouvelle. En effet, par une décision remarquée du 5 novembre 1996, la première chambre civile de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de statuer dans le même sens. Elle avait cassé un arrêt rendu le 14 décembre 1995 par la Cour d'appel d'Agen qui avait annulé pour défaut de capacité juridique le procès-verbal de remise d'un enfant à l'ASE au motif que la femme qui avait accouché sous X était mineure à cette époque et que son représentant légal aurait dû l'assister⁹⁹².

Ces décisions témoignent de l'incohérence qu'engendre l'accouchement sous X en général puisque cette pratique est censée répondre au droit de la mère de conserver son anonymat, c'est-à-dire de prendre en considération son consentement ; mais en cas de changement d'avis

⁹⁸⁹ Cf. Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, rapporteur Madame Brigitte Barèges, 12 novembre 2010 sur le site de la documentation française.

⁹⁹⁰ Cass. civ. 1^{er}, 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

⁹⁹¹ « Mme T... n'ayant reçu, lors de la signature de ce procès-verbal, que des informations ambiguës sur le délai pendant lequel elle pouvait reprendre son enfant ».

⁹⁹² Frédéric BICHERON, « *Accouchement sous X : irrecevabilité d'une rétractation tardive* », *AJ Famille* 2004 p. 241

de la mère, c'est aussi son consentement qui est en question. C'est dans ce sens que la Cour d'appel d'Angers a accepté, dans sa décision du 26 janvier 2011⁹⁹³, d'annuler un arrêté comme pupille de l'Etat d'un enfant né sous X dont la mère avait elle-même levé le voile de son anonymat vis-à-vis de ses proches. La cour d'appel a fondé sa décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant visé par la Convention de New York et au regard des droits fondamentaux qui lui sont garantis par celle-ci. Notamment son droit « à un nom et (...) de connaître ses parents et d'être élevé par eux (...) », ajoutant 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 l'accouchement sous X depuis la loi du 16 janvier 2009 (...) laquelle autorise tout enfant, sans restriction, à engager une action en recherche de maternité ». Elle en conclut que « l'intérêt de l'enfant prime donc sur la faculté pour la mère de conserver l'anonymat et par voie de conséquence sur son choix de couper l'enfant de sa famille » et elle décide de confier l'enfant aux père et mère de sa mère de naissance, à charge pour eux de requérir l'ouverture d'une tutelle⁹⁹⁴.

Si cette décision a été considérée pour certains comme le « début de la fin » de l'accouchement sous X⁹⁹⁵, il n'est pas sûr que ce soit le cas s'agissant de l'espèce de cette décision. La particularité de cette affaire est qu'en fait, il n'y a pas d'anonymat dans cet accouchement et qu'il s'agit, en plus, d'un conflit opposant les grands-parents à la mère et aux services de l'adoption. Cette décision, même si elle ne déclare pas la fin de l'accouchement sous X, démontre « une certaine réticence des magistrats à l'égard de cette démarche⁹⁹⁶ » et fait ressortir de nouveau « la complexité de cette institution⁹⁹⁷ ».

544. Outre la négation de l'accouchement sous X du droit de l'enfant à connaître ses parents, le système français de la procréation médicalement (PMA) assistée ne reconnaît pas non plus ce droit. La PMA est fondée sur l'anonymat des donneurs de gamètes⁹⁹⁸. Ce qui fait qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la PMA sur le fondement des articles 311-19, al. 1 et 311-20, al. 2 du code civil. D'ailleurs, toute

⁹⁹³ CA 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

⁹⁹⁴ Frédérique GRANET-LAMBRECHS, *Droit de la filiation*, *Recueil Dalloz* 2011 p. 1585

⁹⁹⁵ Cf. Déclarations de Me Jacques Monier, avocat de la mère, à l'AFP.

⁹⁹⁶ François CHENEDE, « Les grands-parents face à l'accouchement sous X : l'épilogue de l'affaire d'Angers », *AJ Famille* 2011, p. 156

⁹⁹⁷ *Idem*

⁹⁹⁸ Article 16-8 du Code civil et l'article L. 1211-5, L. 1244-6, L. 1244-7 et L. 2141 al.3 du Code de la Santé publique.

action est irrecevable dans ce cas. Ainsi, l'enfant ne peut ni être reconnu par le donneur masculin, ni agir en recherche de paternité naturelle contre ce dernier,

En conséquence, le choix de la France est critiqué au regard de l'article 7-1 de la CIDE. D'autant plus que ce déni de droit sera double à cause de l'inégalité devant la loi entre les enfants dont les parents ont choisi l'anonymat et d'autres qui ont eu recours à un don « personnalisé ». Les débats sur la question de l'anonymat de la PMA ne sont pas en voie de s'achever car ils impliquent d'autres débats complexes comme celui de la PMA et de l'adoption des couples homosexuels. C'est pour cette raison que la solution ne réside pas dans le levé de l'anonymat ou pas. La question est de changer catégoriquement la logique sur laquelle la PMA et l'adoption plénière ont été basées qui sont celles de l'imitation de l'engendrement et l'autorisation d'une fiction à l'état civil. La proposition, s'il le faut, est de « remettre à plat les filiations électives pour les construire non plus sur une imitation de l'engendrement mais sur une intention parentale ouvertement assumée⁹⁹⁹ ».

C. Le droit de l'enfant adopté à conserver les liens avec ses parents

545. Le droit français admet deux aspects d'adoption : d'une part, celle qui est fondée sur la volonté des parents et d'autre part celle qui provient d'une nécessité de trouver à l'enfant adoptable une famille de substitution dans l'objectif de sa protection, bien que dans les deux cas l'enfant ne puisse plus avoir de liens personnels avec ses parents. La deuxième forme de l'adoption porte davantage atteinte à ce droit puisque l'enfant ne pourra pas conserver de rapport avec ses parents mais également le lien de filiation est altéré contre la volonté parentale.

546. Le consentement à l'adoption plénière d'un enfant est, donc, un acte juridique unilatéral particulièrement grave puisqu'il entraîne, si l'adoption aboutit, la renonciation aux droits de l'autorité parentale et la rupture des liens avec la famille d'origine. C'est pourquoi, la loi a entouré ce consentement de garanties et de formalités très strictes afin qu'il soit donné en pleine connaissance de cause. Cependant, le refus de consentir à l'adoption de l'enfant peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. D'ailleurs, le parent défunt, absent, qui est dans l'impossibilité de donner son consentement ou ayant perdu ses droits d'autorité parentale perdent leur droit de consentir à l'adoption de leur enfant et le consentement de l'autre parent suffit (article 348, al. 2 du code civil).

⁹⁹⁹ Pierre MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et être élevé par eux en doit positif », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p.17

547. L'atteinte à l'article 7-1 de la CIDE se manifeste d'abord par l'impossibilité d'un parent de retrouver son enfant et ensuite de pouvoir établir des liens avec lui. Heureusement, la Cour de cassation a veillé dans le fameux arrêt Benjamin¹⁰⁰⁰ à ce que l'enfant puisse être élevé par son père, même dans le cas d'un accouchement sous X.

En revanche, avant de procéder à l'adoption, la déclaration judiciaire d'abandon stipulée par l'article 350 du Code civil contient elle aussi des atteintes à l'article 7-1 de la CIDE. Ce texte rend l'enfant adoptable contre le consentement de ses parents par un simple constat de désintérêt opéré pendant plus d'un an. En effet, le tribunal a la faculté de prononcer l'adoption contre la volonté des parents ou du représentant légal s'il estime que leur refus de consentir à l'adoption est abusif lorsque les parents ou le représentant légal se sont volontairement désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité¹⁰⁰¹.

Ainsi, cette déclaration a été critiquée par la Défenseure des enfants comme étant « l'ingérence la plus grave de l'Etat dans le droit de l'enfant et de ses parents au respect de leur vie familiale »¹⁰⁰². La Défenseure des enfants réaffirme « le caractère nécessairement très exceptionnel de la déclaration judiciaire d'abandon au vu des droits fondamentaux de l'enfant »¹⁰⁰³.

548. La remise en cause de l'adoption plénière est constituée : d'une part, par le fait que celle-ci ne prend pas en considération l'intérêt de l'enfant notamment à long terme, car passées les premières années de l'enfance, celui-ci commencera à s'interroger sur ses vraies origines en étant majeur. D'autre part, par le fait qu'il ne faut pas nier que l'objectif principal du législateur, depuis plusieurs décennies, en prévoyant des dispositions visant à augmenter le nombre d'enfants adoptables est de satisfaire le désir d'enfant des candidats à l'adoption¹⁰⁰⁴ sachant que l'adoption plénière attire plus de parents adoptants que l'adoption simple¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁰ Cass. 1^{er} civ. , 7 avril 2006 : *Droit de la Famille* 2006, comm. 124, obs. Pierre MURAT ; *AJ Famille* 2006, p. 249, obs. François CHENEDE ; *RTD civ.* 2006 p. 292, obs. Jean HAUSER ; *JCP G* 2006. I. 199, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; P. SALVAGE-GEREST, « Un autre regard sur l'affaire « Benjamin » » : *D.* 2007, p. 879 ; B. MALLET-BRICOUT, « Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position » : *D.* 2006, Tribune, p. 1177 ; J. Revel, « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père » : *D.* 2006, chron., p. 1707.

¹⁰⁰¹ Cass. civ. 1^{er}, 18 novembre 1997, n° 95-20.777 : *Droit de la famille* 1998. Comm. 20, note Pierre MURAT, *Defrénois* 1998. 722, obs. Jean MASSIP

¹⁰⁰² <http://www.defenseurdesenfants.fr/avis.php#Avis du 18 septembre 2009>

¹⁰⁰³ Idem

¹⁰⁰⁴ Frédérique EUDIER, *Adoption, Répertoire de droit civil*, octobre 2008

¹⁰⁰⁵ L'adoption plénière correspond généralement aux vœux des adoptants puisqu'elle efface toute trace de la famille d'origine de l'enfant. Une enquête menée en 2004 par les correspondants du Défenseur des enfants dans un tiers des départements français révèle qu'il y a deux adoptions simples pour mille six cents adoptions en la forme plénière (Rapport 2004 du Défenseur des enfants, www.defenseurdesenfants.fr, p. 168) : Frédérique EUDIER, *op. cit.*

Pourtant, l'adoption plénière d'un enfant est une solution subsidiaire à laquelle on ne saurait avoir recours que lorsque celui-ci est définitivement privé de son milieu familial¹⁰⁰⁶. Le recours exceptionnel à l'adoption explique le fait que cette mesure doit avoir comme finalité d'offrir une famille à l'enfant et non pas l'inverse. En effet, la CIDE comme la Convention de la Haye du 29 mai 1993 relative à la coopération en matière d'adoption internationale pose très clairement le principe de subsidiarité de l'adoption par rapport au maintien de l'enfant dans sa famille d'origine¹⁰⁰⁷.

549. Sur ce point, le Comité des droits de l'enfant en rendant ses conclusions sur la France le 22 juin 2009, a expressément fait part de son inquiétude concernant le projet de loi relatif à l'adoption et ses dispositions permettant de recourir plus facilement à la déclaration judiciaire d'abandon. Le Comité s'est dit particulièrement préoccupé du fait que ce projet puisse engendrer le risque de séparer définitivement ces enfants de leur environnement familial, particulièrement les enfants provenant de familles dont les ressources sont faibles, et celles vivant dans la pauvreté : « le Comité est également préoccupé par le nouveau projet de loi sur l'adoption, qui vise à permettre l'adoption nationale des enfants en situation de délaissement, une fois que les services sociaux ont obtenu une déclaration d'abandon. Le Comité est particulièrement préoccupé par le fait que ce projet de loi, une fois promulgué, pourrait avoir pour conséquence de séparer définitivement ces enfants de leur famille, en particulier les enfants issus de familles à faible revenu ou vivant dans la pauvreté»¹⁰⁰⁸.

Comme nous l'avons annoncé tout au début, le droit français n'ignore pas les droits garantis par l'article 7-1 de la CIDE. Il est dans la démarche et il possède la volonté d'aller plus loin dans la concrétisation des droits de l'enfant. D'ailleurs, le respect des normes internationales n'est pas simplement un changement de textes mais fondamentalement une évolution des mentalités. Néanmoins, dans les trois points évoqués, l'esprit dominant n'a pas encore évolué.

D : Le droit des minorités

550. La plupart des auteurs révèlent que ce sujet suscite un certain malaise. Pourtant, la logique de la culture politique française tient un nombre d'arguments par rapport aux droits des minorités. D'ailleurs, l'un de ces arguments est que « défendre le droit des "minorités" »

¹⁰⁰⁶ Pierre MURAT, « L'évolution du droit de l'adoption en Europe », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, 2004, Bruylant, p. 119 et s. , spéc. p. 125 et s.

¹⁰⁰⁷ Article 4 b de la Convention de La Haye. Pour la CIDE voir le préambule, les articles 7, 20-2 et 20-3 et 21-b.

¹⁰⁰⁸ http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

serait contraire à la tradition républicaine ou à l'idée même de république, à la relation individuelle entre un citoyen et une communauté politique identifiée à la nation ou à la république »¹⁰⁰⁹.

La culture politique française est fondée sur « la révérence à l'égard de l'égalité et sur l'idée selon laquelle les différences existant au sein de la société ne peuvent découler que de ce que les gens font et non de ce qu'ils sont. La logique des droits des minorités est inverse. Nous avons donc toujours considéré que seuls les individus sont titulaires de droits et non les collectivités »¹⁰¹⁰. D'ailleurs, « l'article 3 de la Constitution de 1958 se réfère bien au peuple, assemblée des citoyens égaux en droit, pour affirmer que la souveraineté nationale lui appartient, mais il prévient ainsi les dualités éventuelles entre le peuple et la Nation¹⁰¹¹ »¹⁰¹².

Suivant cette idée, il est évident que la France a émis une réserve sur l'article 30 de la CIDE en considérant que celui-ci n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République puisque qu'il ne se trouve pas de minorités sur son territoire. Tous ces arguments n'ont pas été acceptés par le Comité des droits de l'enfant qui déclare dans ses observations du rapport de 2009 que « l'égalité devant la loi peut ne pas être suffisante pour garantir que les groupes minoritaires et les peuples autochtones des départements et territoires d'outre-mer, exposés à une discrimination de fait, jouissent de leurs droits sur un pied d'égalité »¹⁰¹³. Et recommande de nouveau à l'État partie « de revoir sa position à l'égard des enfants appartenant à des

¹⁰⁰⁹ Josef KRULIC, Droits des minorités : Protection individuelle et protection collective en Europe (UE, Conseil de l'Europe), Colloque International sur « Les Balkans de l'Ouest-Nouveau défi pour l'Union européenne. Quelles conditions pour une coopération étroite avec l'UE ? », Budapest, 04-06 juillet 2005. Document PDF, p. 1

¹⁰¹⁰ <http://www.senat.fr/rap/r99-4302/r99-430219.html>

¹⁰¹¹ Une décision du Conseil constitutionnel affirme ce principe. Il s'agit de sa décision du 9 mai 1991 sur le Statut de la Corse (RJC I, p. 437) qui rejette la notion de « peuple corse composante du peuple français » pour réaffirmer que la Constitution « ne connaît que le peuple français composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

¹⁰¹² Patrick DOLLAT, « La citoyenneté française : une superposition de citoyennetés », *RFDA* 2005 p. 69

¹⁰¹³ « Le Comité prend note avec satisfaction des mesures adoptées par l'État partie pour promouvoir la diversité culturelle, religieuse et linguistique, évoquées à l'annexe II du rapport périodique. Le Comité prend également note de la position de l'État partie à l'égard de sa réserve à l'article 30 de la Convention et se dit une nouvelle fois préoccupé par le fait que l'égalité devant la loi peut ne pas être suffisante pour garantir que les groupes minoritaires et les peuples autochtones des départements et territoires d'outre-mer, exposés à une discrimination de fait, jouissent de leurs droits sur un pied d'égalité. Il se déclare en outre préoccupé par l'absence de validation des connaissances culturelles transmises aux enfants appartenant à des groupes minoritaires, en particulier les Roms et les gens du voyage, et par la discrimination dont ils sont victimes, notamment en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels, y compris le droit à un logement convenable, à un niveau de vie suffisant, à l'éducation et à la santé.

Le Comité recommande à l'État partie de veiller à ce que les groupes minoritaires et les peuples autochtones des départements et territoires d'outre-mer bénéficient de l'égalité de jouissance des droits et à ce que les enfants aient la possibilité de valider leurs connaissances culturelles, sans discrimination. Il demande en outre instamment à l'État partie de prendre des mesures pour éliminer toute discrimination à l'encontre des enfants appartenant à des groupes minoritaires, en particulier en ce qui concerne leurs droits économiques et sociaux ». http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

groupes minoritaires et d'envisager de retirer sa réserve à l'article 30 de la Convention, ainsi que les deux déclarations concernant les articles 6 et 40 de la Convention ».

E : La liberté religieuse de l'enfant

551. La liberté religieuse de l'enfant ¹⁰¹⁴est un droit consacré explicitement par la CIDE. En affirmant clairement « le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion », la Convention ne fait pas de distinction entre l'enfant en première enfance ou en pré majorité. Cependant, la Convention rappelle en même temps, dans l'article 5, qu'il revient aux parents « 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 ». La Convention va plus loin encore, puisqu'elle considère que l'orientation des parents en la matière, et le fait « de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités » est un devoir.

552. Ainsi, dans les deux cas l'enfant, en première enfance ou en pré-majorité, peut jouir de son droit à la liberté religieuse. La seule différence est que pour le premier ce sont les parents qui influencent, guident ou orientent le choix de l'enfant tandis que pour le second, le mineur dispose de toute la liberté de choisir seul ses convictions. C'est pourquoi les Etats signataires de la CIDE ont l'obligation de garantir le droit à la liberté religieuse de l'enfant à tout âge.

553. En revanche, la pertinence d'une autonomie religieuse s'avère essentielle à l'enfant pré- majeur. En l'occurrence, le législateur français ne se prononce pas explicitement sur le droit de l'adolescent de choisir ou de changer sa religion. Certes, le mineur ne peut pas exercer seul ses droits, néanmoins « la minorité entraîne seulement une incapacité d'exercice qui ne remet pas en cause la similitude des droits dont l'adulte et l'enfant sont titulaire ¹⁰¹⁵». D'ailleurs, le législateur a accordé au mineur le droit de disposer de son corps en lui permettant d'entretenir des relations sexuelles consenties avant l'âge de la majorité¹⁰¹⁶,

¹⁰¹⁴ Cf. Sabrina MEDDOUR, *L'enfant et la liberté religieuse à la lumière du droit international, européen et français*, thèse de Doctorat sous la direction de Christine FERRARI-BREEUR, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011.

¹⁰¹⁵ Adeline GOUTTENOIRE, *V° Mineurs*, *Rep. Dalloz proc. Civ.*, paragraphe 1 : cité par Sandrine PLANA, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, l'Harmattan, 2006, p.112

¹⁰¹⁶ Si l'article 227-25 du code pénal parle de l'âge de 15 ans comme la limite pour qu'une atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ni surprise sur la personne d'un mineur soit qualifié de délit, cela ne signifie pas explicitement que l'âge de la majorité sexuelle est fixé à 15 ans. Néanmoins, il n'y a aucune interdiction des relations sexuelles entre mineurs de moins de 18 ans sauf interdiction par les parents conformément à l'article

d'obtenir des moyens contraceptifs¹⁰¹⁷, de recourir à une interruption volontaire de grossesse sans le consentement de ses parents¹⁰¹⁸, d'accoucher sous une identité secrète¹⁰¹⁹ etc. A côté de ces prérogatives accordées au mineur sur son corps, il est censé pouvoir bénéficier d'autres droits sur le plan de l'esprit. Bien que le législateur français ait octroyé au mineur le droit de penser et de communiquer en exprimant explicitement sa volonté et en consentant aux actes dont il est partie, les droits religieux ne figurent pas parmi celles-ci. L'autonomie du mineur en matière de religion est exclue de sa capacité civile.

554. La jurisprudence, elle aussi, « a eu l'occasion de manifester ses craintes à l'égard de l'autonomie religieuse du mineur. Le juge français semble en effet éluder la question du choix de sa religion par le mineur en repoussant l'opportunité d'une telle décision à l'âge de la majorité¹⁰²⁰ ». Ainsi, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 11 juin 1991¹⁰²¹, dans lequel une jeune fille de seize ans avait demandé à être baptisée selon le rite de la religion des témoins de Jéhovah « qu'il convenait d'attendre qu'elle soit devenue majeure pour exercer son choix ». Bien que cette décision ait voulu surtout remédier à un conflit familial plutôt que trancher sur la liberté religieuse de l'enfant, « le juge français a choisi à plusieurs reprises d'écarter la volonté exprimée par l'enfant quant à certains choix religieux ». En refusant d'entendre une mineure convertie aux témoins de Jéhovah en conflit avec ses parents¹⁰²², le juge n'a pas seulement écarté le choix religieux du mineur, mais il a surtout sous estimé la parole de l'enfant en justice, un autre droit consacré par la CIDE. D'ailleurs, selon les expressions de la décision, le juge était conscient de la force des convictions

375 du Code civil, s'ils considèrent que « la santé, la sécurité, ou la moralité du mineur non émancipé sont en danger ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises ».

¹⁰¹⁷ Article L 5134-1 du code de la santé publique de la loi du 4 juillet 2001 « Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures » ; article L 2311-4 du code de la santé publique « Les centres de planification ou d'éducation familiale sont autorisés à délivrer, à titre gratuit, des médicaments, produits ou objets contraceptifs, aux mineurs désirant garder le secret ... ».

¹⁰¹⁸ Article 223-10 du Code pénal « L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende » ; article L 5134-1 du code de la santé publique de la loi du 4 juillet 2001 « Le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal n'est pas requis pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures »

¹⁰¹⁹ Une mineure a le droit d'accoucher de manière anonyme selon l'article 326 du Code civil « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé » et l'article L 222-6 « toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire(...) »

¹⁰²⁰ Sabrina MEDDOUR, *op. cit.*, p. 142

¹⁰²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, D 2, 1991, 521 : cité par Sabrina MEDDOUR, *op. cit.*, p. 142

¹⁰²² Le TGI de Nantes a considéré que l'audition du mineur ne pouvait « que l'encren davantage dans sa volonté de vouloir monter encore publiquement (...) qu'elle était bien décidée à persister dans la voie sur laquelle se trouvait » : TGI Nantes, 18 août 1989, inédit, cité par Cyrille DUVERT, *Sectes et Droit*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris II), p.69 : cité par Sabrina MEDDOUR, *op. cit.*, p. 195

religieuses de l'enfant, ce qui démontre davantage que celui-ci a refusé volontairement de tenir compte de la volonté de la mineure. Ces décisions ont été interprétées par une partie de la doctrine comme un déni de la liberté religieuse de l'enfant¹⁰²³.

555. Contrairement à ces décisions qui ne favorisent pas la liberté religieuse de l'enfant, il y en a d'autres qui sont plus ouvertes par rapport à la question. En l'espèce, il s'agit de l'affaire dite de « la mineure de Versailles », une jeune fille de seize ans convertie au catholicisme dans un pensionnat catholique où elle avait été placée. Ses parents à l'origine catholique s'étaient convertis au protestantisme, avaient entraîné leurs enfants dans cette conversion et étaient opposés au changement de religion de leur fille. La décision du TGI de Versailles avait confirmé le droit de la jeune fille de conserver sa religion initiale et d'être recueillie par l'internat catholique. Le tribunal avait considéré « qu'il était nécessaire, dans l'intérêt de l'enfant, de l'enlever de tout commandement de la part de ses parents dans le domaine religieux¹⁰²⁴ ». Cette décision a été considérée par certains comme une reconnaissance tacite de la liberté religieuse de l'enfant¹⁰²⁵ tandis que d'autres ont affirmé le contraire du fait que « cette décision repose d'ailleurs plus sur des critères « psychologiques » que religieux, et ne mènent pas forcément à conclure à l'autonomie religieuse du mineur(...) ¹⁰²⁶».

556. La réticence du législateur et de la jurisprudence française concernant la liberté religieuse de l'enfant va s'accroître en adoptant la loi du 15 mars 2004 concernant la manifestation d'une appartenance religieuse par les mineurs au sein des établissements scolaires. Elle dispose : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit¹⁰²⁷ ». Suscitant une vague d'analyse, de débats et aussi de critiques¹⁰²⁸, le Comité des droits de l'enfant a riposté lui aussi sur la question en prévenant des conséquences néfastes de cette loi notamment le fait « d'empêcher des filles d'exercer leur droit à l'éducation et de participer à tous les aspects de la société française (CEDAW/C/FRA/CO/6, par. 20) ¹⁰²⁹ ». Il a même lié la question au respect de « la culture publique de laïcité qui ne devrait pas être

¹⁰²³ Hugues FULCHIRON, « Témoins de Jehovahs et intérêt de l'enfant », *JCP G*, 1995, I.3855, p.288, n° 14

¹⁰²⁴ Cass. civ. 1ère, 7 avril 1965, *JCP* 1965, II, 14270 : cité par Sandrine PLANA, *op. cit.*, p.124

¹⁰²⁵ Cf. Sandrine PLANA, *op. cit.*, p.124

¹⁰²⁶ Cf. Sabrina MEDDOUR, *op. cit.*, p. 174

¹⁰²⁷ Article L. 141-5-1 du Code de l'éducation de la loi n°2004-228 du 15 mars 2004.

¹⁰²⁸ Cf. Sabrina MEDDOUR, *op. cit.*, pp. 435 et s.

¹⁰²⁹ http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

besoin d'interdire le port de ces signes religieux courants (CCPR/C/FRA/CO/4, par. 23)¹⁰³⁰ ». En conclusion le Comité « recommande à l'État partie de faire respecter les garanties de l'article 14 de la Convention concernant le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion, y compris le droit de manifester sa religion en public et privé, et de veiller en particulier à éviter la discrimination fondée sur la pensée, la conscience ou la religion ».

Paragraphe 2 : La lacune persistante des droits élémentaires

557. La promotion des droits de l'enfant grâce à l'adoption d'un nouveau Code de la famille, d'une loi sur les droits de l'enfant abandonné etc. affectent faiblement la réalité quotidienne de l'enfant marocain puisque ses droits élémentaires ne sont pas encore garantis. Si beaucoup d'efforts ont été consentis au niveau des droits de l'enfant dans le domaine de la santé, de grandes carences persistent jusqu'à nos jours. De la même façon, le droit de l'enfant à l'éducation n'est pas encore effectif malgré l'adoption de divers programmes et mesures datant de quinze ans déjà (A). En conséquence, une hausse du travail des enfants a été constatée, notamment dans les grandes villes, malgré les récentes lois interdisant le travail des mineurs avant l'âge de 15 ans (B).

A : Le droit de l'enfant à une vie saine et à l'éducation

558. L'article 24 de la CIDE est clair sur la question que les Etats parties doivent s'assurer qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès aux services médicaux en prenant des mesures qui réduisent la mortalité des nourrissons et des enfants. Les Etats parties doivent assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires ; ils doivent lutter contre la maladie et la malnutrition, et assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés ; ils doivent également les informer sur les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la prévention des accidents etc.

Dans le même sens, l'article 26-1 dispose que « les Etats parties doivent reconnaître à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prendre les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale ».

¹⁰³⁰ Idem

En général, le droit de l'Homme à une vie saine n'est pas reconnu explicitement dans la Constitution de 2011. Cette dernière prévoit un droit des citoyens aux soins et à la protection sociale, à la couverture médicale et à la solidarité mutualiste ou organisée par l'Etat¹⁰³¹. D'ailleurs, le seul texte qui vient de reconnaître un droit à la santé est la loi 65-00 portant sur la couverture médicale de base adoptée en 2003, qui affirme dans son préambule : « ...la protection de la santé implique pour l'Etat, l'engagement d'assurer gratuitement les prestations de santé préventive à l'ensemble des citoyens à titre individuel et collectif, l'organisation d'une offre de soins de qualité répartie harmonieusement sur le territoire ... afin de concrétiser l'engagement de l'Etat, qui consacre le principe du droit à la santé tel que prévu par les conventions internationales ; la présente loi constitue le parachèvement de l'expérience du Maroc en matière de couverture médicale ».

En ce qui concerne l'enfant, la mise en œuvre des dispositions de la CIDE en la matière prend la forme de plans d'actions¹⁰³² et de programmes. Ces initiatives se caractérisent par leur variété et leur abondance, mais sans qu'elles n'aient pour autant un socle commun et une perspective sur l'effectivité du droit de l'enfant à une vie saine.

¹⁰³¹ Article 31 de la Constitution

¹⁰³² Le premier plan d'action national date du 9 juin 1992. Les travaux du comité en charge ont été entrepris le 23 octobre 1991. Ce plan a tracé comme objectifs la mise en œuvre de la Déclaration Mondiale en faveur de la Survie, de la Protection et du Développement de l'enfant dans les années 90. Ce Plan d'Action comprend une stratégie globale d'amélioration des conditions de l'enfant en commençant par assurer la santé maternelle et infantile, l'éducation et la protection contre toute maltraitance et exploitation. Ce plan est censé être intégré dans le cadre des politiques de développement national et de la coopération internationale.

Plus de 20 ans après le Maroc adopte, avec tous les pays présents dans la Session Extraordinaire des Nations Unies consacrée aux enfants en mai 2002, une Déclaration et un Plan d'Action « Monde digne des Enfants », dont l'objectif d'ici 2015 est d'améliorer la situation des enfants dans le monde. Cette déclaration et ce plan d'action définissent un programme de développement complet comprenant quatre axes stratégiques prioritaires :

Promotion d'une vie plus saine,
Offre d'une éducation de qualité,
Protection contre la maltraitance, l'exploitation et la violence,
Lutte contre le VIH/SIDA.

Le plan d'action 2006- 2010 est conçu pour répondre efficacement aux carences opérées dans le domaine de l'enfance. Dans son rapport, le plan cite 10 objectifs pour y remédier :

- Faire progresser le droit à une vie saine ;
- Faire progresser le droit de l'enfant au développement ;
- Faire progresser le droit de l'enfant à la protection ;
- Renforcer les droits de l'enfant par la généralisation de l'inscription à l'état civil et à la participation ;
- 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 des mécanismes de partenariat de responsabilisation ;
- Développer un système d'information et de 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.

559. Par ailleurs, le droit à l'éducation a été reconnu auparavant par la Constitution de 1996. Celle de 2011 le précise davantage en reconnaissant aux citoyens le droit à une éducation moderne, accessible et de qualité, à l'éducation sur l'attachement à l'identité marocaine et aux constantes nationales immuables, à la formation professionnelle, à l'éducation physique et artistique. Depuis la Charte nationale d'éducation et de formation adoptée en 1999, le droit de l'enfant à la scolarisation est accordé à ceux âgés de 6 ans jusqu'à 15 ans. Cette charte a tracé comme finalité majeure la place de l'enfant au centre de la réflexion et de l'action pédagogiques. Elle a ainsi engagé la responsabilité de l'Etat à assurer la scolarisation à tous les enfants marocains jusqu'à l'âge légal du travail.

En revanche, l'engagement de l'Etat à mettre en œuvre le droit à l'éducation n'a pas donné de résultats effectifs au niveau du taux de scolarisation, du recul de l'absentéisme voire de l'analphabétisme.

C'est pourquoi, le plan d'action pour l'enfance 2006-2015 « Un Maroc digne de ses enfants » aborde essentiellement les deux questions principales qui reviennent toujours sur la scène des droits de l'enfant au Maroc : la santé (1) et l'éducation (2).

1. La santé : un problème persistant

560. Lors de ses observations finales sur le rapport présenté par le Maroc en 2003 (§44, CRC/C/15/Add.211 p.10), le Comité des droits de l'enfant avait émis ses préoccupations par rapport au taux relativement élevé de la mortalité juvénile, infantile et maternelle. Le manque de coordination entre les divers programmes sanitaires existants, les écarts importants entre les zones urbaines et rurales en ce qui concerne l'accès aux services de santé, la fréquence des troubles dus à la carence en iode et le recul de la pratique de l'allaitement au sein, compte tenu de l'existence d'une stratégie nationale en faveur de l'allaitement au sein.

D'ailleurs, sur cette question précisément, le Comité n'hésite pas à décrire une image dramatique car toutes les études et les rapports nationaux attestent également que la question de la santé infantile est un grave problème au Maroc. Malgré les investissements consentis par l'Etat en faveur du secteur de la santé en général depuis cinq décennies, aucune solution n'a été apportée et les carences persistent.

Ainsi, le Programme réalisé conjointement, entre le Ministère de la santé et les 5 agences du Système des Nations Unies au Maroc (UNFPA, Unicef, OMS et PNUD), « appui la mise en œuvre de la stratégie 2008-2012 : l'amélioration de la santé maternelle et néonatale ». Le

rapport de ce programme affirme que « le Royaume du Maroc connaît une situation défavorable en matière de santé maternelle et infantile. Cette situation est perceptible à travers des indicateurs de mortalité maternelle et infantile anormalement élevés ».

Santé maternelle¹⁰³³ :

Indicateurs	Ensemble	Urbain	Rural
Taux de mortalité maternelle	227 ¹⁰³⁴	186	267
% décès maternels parmi les décès des femmes en âge de procréation	20 %		
% de femmes ayant une CPN	68 %	85 %	48 %
Femmes avec visites prénatales et non informées des complications de la grossesse	60 %		
Accouchement en milieu sanitaire	61%	83 %	38 %
Accouchement à domicile	39 %	16 %	61 %
Accouchement à domicile chez les plus pauvres	71 %		
% de césariennes	5.4 %	9.1 %	1.6 %
% de femmes sans aucune visite post natale	93 %	83 %	96 %
Pourcentage de femmes ayant reçu du fer en prénatal	35 %		
Pourcentage de femmes ayant reçu vitamine A en post-natal	23 %		

Santé infantile et néonatale¹⁰³⁵ :

Indicateurs	Ensemble	Urbain	Rural

¹⁰³³ Enquête sur la population et la santé familiale EPSF 03-04.

¹⁰³⁴ En 2009, ce taux a baissé de 42% avec 132 décès pour chaque 100 000 naissance.

¹⁰³⁵ Enquête sur la population et la santé familiale EPSF 03-04.

Mortalité néonatale (décès entre 0 et 1 mois)	27 pour mille naissances vivantes	24‰	33‰
Mortalité post néonatale (1 mois à 2 mois)		14‰	9‰
Mortalité infantile (décès 0 à 1an)		40‰	33‰
Mortalité juvénile (1 an à 4 ans)		7‰	5‰
Mortalité infanto juvénile (0 à 4 ans)		47‰	38‰
Mortalité périnatale Décès durant la grossesse après 7 mois (morts nés) jusqu'à 7 jours après la naissance	35‰ grossesses de plus de 7 mois	30‰	40‰

561. Ainsi, selon le premier tableau « un taux de mortalité maternelle de 227 pour 100 000 naissances et ce, pour une période de 9 ans, c'est à dire entre 1995 et 2003. Ce taux est resté le même si on le compare à celui donné par l'ENSME de 1997 qui a donné un taux estimé à 228 pour 100 000 naissances vivantes. Par milieu de résidence, les taux sont de 186 pour 100 000 naissances dans l'urbain et de 267 pour 100 000 naissances dans le rural »¹⁰³⁶.

Quant aux composantes de la mortalité infantile, elles se situent à 27‰ pour la mortalité néonatale et à 14 pour mille pour la mortalité post-néonatale. Globalement, le risque de mortalité infanto-juvénile, c'est-à-dire le risque de décès avant l'âge de cinq ans, est de 47 pour mille. En d'autres termes, au Maroc, environ cinq enfants sur 100 meurent avant d'atteindre l'âge de cinq ans¹⁰³⁷.

562. Le Maroc s'est fixé l'objectif, à l'horizon de 2015 de réduire la mortalité maternelle de 227 pour 100 000 naissances vivantes (2003) à 83 pour 100 000 et la mortalité infantile de 40‰ à 23‰.

¹⁰³⁶ Ministère de la Santé, « Enquête sur la Population et la Santé Familiale EPSF », Rapport Préliminaire, 2003-2004, p. 19

¹⁰³⁷ Idem

Afin de concrétiser cet objectif, le ministère de la santé a désigné une commission nationale chargée d'élaborer un plan d'action d'accélération de la réduction de la mortalité maternelle et a pris les mesures nécessaires pour améliorer le fonctionnement du système de soin ciblé sur la prise en charge des urgences obstétricales et néonatales. Ce plan d'action comporte 3 axes :

« Axe 1 : La réduction des barrières d'accès aux SONU : il s'agit dans cette composante de réduire les barrières d'accès financier et physique aux SONU et de s'assurer du transport sanitaire en cas de besoin. Il est donc question de mettre en œuvre tous les moyens pour augmenter le taux d'accouchement en milieu surveillé et faciliter le recours aux maternités de référence pour la césarienne ;

Axe 2 : L'amélioration de la qualité de la prise en charge: cet axe est mis en œuvre à travers l'audit et la mise à niveau des structures d'accouchement. Cette activité a été soutenue par la mise en place d'un concours qualité des maternités hospitalières qui a créé une compétition positive entre les maternités hospitalières ;

Axe 3 : L'amélioration de la gouvernance: dans ce cadre a été créée une dynamique permanente entre les différents acteurs impliqués dans la mise en œuvre du plan d'action. L'ossature de cet axe repose sur deux actions: la mise en place d'un système de surveillance des décès maternels, la mobilisation sociale et le partenariat autour de la maternité sans risque. Le suivi se fait chaque année à travers une rencontre nationale de bilan d'étape »¹⁰³⁸.

Le premier résultat opéré de cette opération est l'augmentation de la demande d'accouchements en milieu hospitalier. En effet, le taux d'accouchements en milieu surveillé est passé de 61% en 2004 à 71 % en 2007 et à 83% en 2009, soit une augmentation de 22 points par rapport à 2004. Ainsi la proportion des femmes qui continuent à accoucher à domicile a été réduite de 37% en 2004 à 17% en 2009. En outre, le taux de césarienne est passé de 5,4% en 2004 % à 7,5 % en 2009 (sans compter les césariennes réalisées dans le secteur privé en 2009).

Victime de son succès, le programme « maternité sans risque »¹⁰³⁹ a fait que la demande a dépassé l'offre au niveau des structures hospitalières et de leurs moyens. Les services de maternité connaissent un surpeuplement puisque les efforts déployés ont certes permis de

¹⁰³⁸ Ministère de la Santé, Réduire la mortalité maternelle au Maroc : Partager l'expérience et soutenir le progrès, 2011, p. 9

¹⁰³⁹ Ce programme remonte déjà à deux décennies mais entre la période 2008-2012 il a été mis en place un plan d'accélération de celui-ci qui puisse agir efficacement sur les causes de décès des mères et des nouveaux nés.

diminuer le taux de mortalité maternelle mais ils ont également provoqué une ruée dans les hôpitaux publics.

563. Si la mortalité maternelle et infantile néonatale a pu être diminuée grâce aux efforts entrepris, le nombre de décès des enfants est encore élevé et réel, à cause des maladies ciblées par la vaccination comme le trachome, la schistosomiase (bilharziose), la lèpre, le paludisme, le tétanos néonatal, la diphtérie, la poliomyélite, la coqueluche, etc.

Pour y faire face, un programme élargi de vaccinations a été mis en place par le ministère de la santé ces dernières années. De plus, le Maroc a joint aussi à son programme la vaccination contre l'Hépatite B et contre la rubéole. Selon l'enquête sur la population et la santé familiale réalisée en 2003-2004 sous l'égide de l'INAS, neuf enfants sur 10 (89 %) âgés de 12 à 23 mois ont été complètement vaccinés, 94 % en milieu urbain contre 84 % en milieu rural.

Toutefois, grâce à la promotion de la vaccination, le Maroc a pu éradiquer la poliomyélite depuis 1988 et la diphtérie depuis 1992.

« Outre ce programme de vaccination, le taux de la mortalité infantile a reculé suite à un renforcement de la lutte contre les maladies diarrhéiques et les infections respiratoires aiguës, grâce à des programmes spéciaux, aux renforcements des structures sanitaires de base et à l'usage de différents moyens de communication et d'information de la population aussi bien en urbain qu'en rural »¹⁰⁴⁰.

564. Cela dit, la question de la situation sanitaire des enfants au Maroc n'est pas censée être réglée entièrement, puisqu'il existe un troisième défi lancé par les autorités publiques : celui de la problématique nutritionnelle.

Une partie importante d'enfants âgés de moins de 5 ans sont affectés par des déficiences nutritionnelles. D'ailleurs, les retards de croissance infantile constatés chez ces enfants touchent aujourd'hui 18% (2003) de ce groupe d'âge, l'insuffisance pondérale affectant 10,2% de ce même groupe. « Si un net recul (environ 10%) de ces deux phénomènes a été constaté (de 28 % en 1987 à 18% en 2003), une action ciblée demeure nécessaire dans le sens d'un équilibre nutritionnel adéquat pour tous. En dépit de l'amélioration globale reflétée par les indicateurs examinés, certains phénomènes spécifiques, telle la malnutrition aigüe se sont

¹⁰⁴⁰ « La mortalité infantile »Revue Repère médicale n°5, 2006

aggravés de 1987 à 2003, passant de 3% à 9,3% pour atteindre 11,1% dans certaines zones rurales »¹⁰⁴¹.

Les enfants souffrent davantage de carences en micronutriments. La carence en iode touche ainsi 22 % des enfants en âge scolaire (6-12 ans). L'anémie liée à la carence en fer affecte les populations urbaines et rurales, le taux moyen étant de 31,5% pour les moins de 5 ans. Enfin, les carences en Vitamine A touchent 41% des enfants de 6 mois à 6 ans, 2,5% des enfants souffrant de rachitisme radiologique¹⁰⁴².

565. Par ailleurs, l'extension de la couverture médicale de base a pu être bénéfique aux enfants, notamment ceux qui appartiennent à des familles pauvres et ceux qui vivent dans les zones rurales. Ainsi la mise en œuvre de l'Assurance Maladie Obligatoire (AMO) en 2005 a pu faire passer la part de la population bénéficiant d'une assurance maladie de 16 % à 30 %.

La couverture médicale a été par la suite étendue, dans le cadre du régime INAYA, aux artisans, aux commerçants, aux artistes et aux personnes exerçant des professions libérales, soit une population de 10 millions de personnes.

En 2008, a débuté la mise œuvre à titre expérimental du Régime d'Assistance Médicale RAMED destiné aux personnes démunies avant sa généralisation progressive à partir de 2010. Ce régime qui donne droit à une prise en charge gratuite par les hôpitaux publics devrait bénéficier à 8,4 millions de personnes dont 47 % en situation de pauvreté et 43 % en situation de vulnérabilité pour un coût supporté par le Budget de l'Etat de l'ordre de 2,6 milliards de dirhams. A noter que sur instructions royales, le RAMED sera généralisé à l'ensemble du pays durant l'année 2011 au profit d'environ 8 millions de personnes¹⁰⁴³.

566. Cela dit, le plan d'action en faveur de l'enfance 2006-2015 essaye d'être la réponse à toute la question sanitaire des enfants, au moins d'ici 2015. Nous pouvons nous demander s'il serait plus efficace que le problème de la santé infantile soit traité en corrélation avec les autres problèmes d'ordres politique, économique et social, dont la majorité de la population souffre ? La santé infantile n'est pas juste une question de droits de l'enfant, mais un élément qui compromet les fondations de tout processus de développement durable comme celui l'éducation.

¹⁰⁴¹ Agences, Fonds et Programmes des Nations Unies au Maroc, Bilan commun des Pays, Royaume du Maroc, 2005, p. 18

¹⁰⁴² Idem

¹⁰⁴³ Royaume du Maroc, Projet du 3^{ème} et 4^{ème} rapport périodique gouvernemental du Royaume du Maroc sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, pp.48, 49

2. Un système éducatif difficile à stabiliser

567. En prenant en considération les observations finales du Comité des droits de l'enfant ¹⁰⁴⁴ relatives au taux élevé d'analphabétisme (chez les femmes notamment), au nombre élevé d'abandons scolaires et de redoublements, aux disparités par sexe ainsi qu'aux disparités régionales au sein du système éducatif, au coût de l'enseignement primaire (fournitures, manuels, etc.), à la baisse du nombre d'inscriptions dans l'enseignement primaire, à la baisse des montants inscrits au budget national au titre de l'éducation, aux conditions de vie des enseignants qui influent sur la qualité de l'enseignement, et aux difficultés du système de formation professionnelle, l'Etat a tracé comme deuxième objectif du Plan d'action 2006-2015 pour l'enfance de faire progresser le droit de l'enfant au développement avec une généralisation de la scolarisation des enfants en primaire à l'échéance de 2010 (de 8 ans à 11 ans).

568. Pourtant, depuis l'indépendance, le Maroc n'a pas cessé d'accorder une grande importance à son système éducatif. A l'époque, la politique d'enseignement-formation appliquée depuis l'indépendance visait avant tout la réalisation de l'unification, la généralisation, la marocanisation et l'arabisation qui constituaient les quatre principes de la doctrine éducative du Maroc indépendant¹⁰⁴⁵. Dans l'étude de Brahim Chedati sur « les cycles d'enseignement primaire, secondaire collégial et qualifiant. Quelle efficacité ? Quelle équité ? À quels coûts ? »¹⁰⁴⁶, L'auteur explique que les principes de l'époque visaient beaucoup plus l'aspect quantitatif du système éducatif. « C'était en fait un choix dicté par les priorités et les contraintes de l'époque : il fallait d'abord unifier le système, en faire bénéficier tous les enfants marocains en âge de scolarisation et, bien entendu, le confier en totalité à des enseignants marocains. La préoccupation pour les aspects qualitatifs de l'enseignement ne s'est vraiment manifestée que beaucoup plus tard avec les premières réformes ».

569. Le droit de l'enfant à l'éducation faisait toujours partie des priorités dans les plans et les programmes effectués par l'Etat. Mais malgré cela, la scolarisation demeure un grand problème affectant directement les enfants au Maroc et indirectement son développement socio-économique et culturel.

¹⁰⁴⁴ Point 54, page 12 du CRC/C/15/ADD.211 du 10 juillet 2003

¹⁰⁴⁵ Brahim CHEDATI, « Les cycles d'enseignement primaire, secondaire collégial et qualifiant. Quelle efficacité ? Quelle équité ? À quels coûts » in *Systèmes éducatifs, Savoir, Technologie et Innovation*, Rapport, 2005, p. 109

¹⁰⁴⁶ Idem

Le processus de l'évolution de la politique et de la stratégie éducative au Maroc est très aléatoire, il est passé par plusieurs étapes¹⁰⁴⁷ : la généralisation de l'accès à la veille de l'indépendance. Nous pouvons dire qu'à cette période (de 1960 à 1970), le système éducatif marocain répondait de façon adéquate aux besoins du développement national, ainsi qu'à ceux du secteur public.

La première crise des années 80 et début 90 : Alors que les inscriptions continuent d'augmenter dans l'enseignement secondaire, celles du primaire enregistrent une régression importante. Ce déclin est dû aux changements macro-économiques liés à l'introduction des politiques d'ajustement structurel qui ont eu un impact négatif non seulement sur les dépenses du secteur social, mais également sur le niveau moyen de revenus et sur la pauvreté.

Première tentative de la généralisation du primaire en 1997 : A la fin des années 90, un véritable progrès fut réalisé dans l'accroissement de l'accès à l'enseignement primaire et dans la réduction des disparités entre les régions et les sexes. L'accès au primaire est maintenant quasi généralisé à la fois en milieu urbain et rural, pour les garçons comme pour les filles.

La crise qualitative de l'éducation : les premiers problèmes de qualité du système éducatif au Maroc commencent à voir le jour tels que les taux élevés d'abandons et de redoublements à tous les niveaux, les faibles niveaux des acquis des apprentissages de base, ou encore l'inadéquation dramatique entre le profil des sortants du système et les besoins du marché du travail. A partir de 1999, il est reconnu que, malgré les efforts significatifs déployés durant les dernières cinquante années, le système éducatif marocain souffre d'une crise chronique.

La charte nationale de l'éducation et de la formation 2000 : désormais, à cette date, l'éducation est déclarée priorité nationale. Cette charte a été l'aboutissement d'un travail de diagnostic réalisé par la Commission spéciale d'éducation et de formation (COSEF) en 1999.

Une tentative de mise en œuvre de la charte par le Cadre stratégique de l'éducation nationale de 2005 : le Département de l'éducation nationale avait préparé, avec la collaboration de l'Agence canadienne pour le développement international (ACDI) un cadre destiné à guider le développement du système jusqu'en 2010. Cependant, dès le début de son travail, les lacunes opérées stoppent son opérationnalité et soulèvent d'autant plus la question de sa pertinence.

Le Plan d'Urgence (2009-2012) : considéré comme une opération de « sauvetage » ou un plan de consolidation, le programme NAJAH 2009-2012 arrive dans une période où les chiffres

¹⁰⁴⁷ Sobhi TAWIL, Sophie CEBRELLE, Amapola ALAMA, « éducation au Maroc: analyse du secteur », UNESCO, 2010, pp.25-30

attestent qu'il existe un million et demi d'enfants âgés entre 9 ans et 11 ans non scolarisés ou déscolarisés (soit un enfant sur trois), que chaque année 200 000 enfants quittent les bancs de l'école (par exemple 6,3% - 7,9% pour 2001-03) au niveau primaire, un des taux les plus élevés du monde arabe¹⁰⁴⁸. Ajoutons à cela un faible résultat au niveau de l'apprentissage. Ainsi, les tests traduisent une détérioration des connaissances par rapport à 1994-95 (particulièrement dans le domaine « compétences de la vie courante »)¹⁰⁴⁹. Cette détérioration a été renforcée par les résultats obtenus lors des tests de 2001. Finalement, le rendement interne et externe actuel de l'éducation reflète clairement l'ampleur de la crise.

Cela dit, si le droit à l'éducation est l'un des premiers droits fondamentaux de l'enfant, une grande partie des enfants au Maroc ne sont pas encore concernés. A ce niveau, invoquer les autres droits est encore tôt.

Pour rejoindre les objectifs du plan d'action en faveur de l'enfance 2006-2015 en matière d'éducation, le programme NAJAH 2009-2012 essaye de concrétiser cela en adoptant 23 projets avec « un retour à la case départ » afin de rendre effective l'obligation de scolarité jusqu'à l'âge de 15 ans.

B : La protection de l'enfant contre l'exploitation au travail

570. Nous pouvons dire que voir des enfants travailler comme artisans, agriculteurs, cireurs de chaussures, ou encore domestiques est devenu une scène banale au Maroc. Après des années de dénie du phénomène, aujourd'hui, il est reconnu et politiquement admis avec l'intention des parties concernées d'y faire face. Selon les chiffres avancés par l'Unicef, près de 200 000 enfants ont été recensés au Maroc comme employés. Jamal *Rhmani* Ministre de l'Emploi estime quant à lui à environ 170 000 le nombre d'enfants travailleurs, selon les statistiques de l'année 2010. Ces chiffres indiquent une baisse considérable du phénomène, puisqu'en 1999 ils étaient 600 000.

Cependant, avec plus de précision et en analysant les données statistiques dans leur contexte, la recherche de Mehdi LAHLOU sur « le travail des enfants au Maroc, cadre macro-économique et social et données de base » préconise que « rien n'interdit de retenir pour les enfants de 7 à 15 ans, se trouvant hors de l'école, un taux d'activité réel de 60 %, sans tenir

¹⁰⁴⁸ Agences, Fonds et Programmes des Nations Unies au Maroc, Bilan commun des Pays, Royaume du Maroc, 2005, p. 2

¹⁰⁴⁹ Cf. Ministère d'Education Nationale, « Projet de suivi permanent de l'Education pour tous ; Evaluation du niveau d'acquisition des élèves de la quatrième année fondamentale ; El Maarif Al Jadida, Rabat ,1995.

compte de l'emploi non rémunéré à domicile. Selon cette proposition, le nombre d'enfants de 7 à 15 ans engagés à différents titres sur le marché de l'emploi s'élèverait à la fin de l'année 1999 à 1,2 million d'enfants, dont la plus grande partie se trouveraient en milieu rural, puisque c'est là que le taux de scolarisation, tous âges confondus, est le plus faible. C'est là également que l'expression de la pauvreté est la plus marquée. Une telle hypothèse tient compte du constat que l'une des sources essentielles de sous-estimation du nombre total d'enfants actifs réside dans la difficulté à déterminer l'emploi domestique et à saisir ceux et surtout celles qu'il concerne »¹⁰⁵⁰.

571. Comme dans tous les pays du monde où ce phénomène est marqué, la principale cause du travail des enfants est la pauvreté. D'ailleurs, l'enquête et l'analyse à la base du « Plan National et Sectoriel contre le Travail des Enfants » place la pauvreté comme « la cause essentielle du travail des enfants ». Elle est un élément récurrent¹⁰⁵¹ auxquels se joignent d'autres facteurs d'ordres économique, social et aussi juridique.

572. D'ailleurs, la législation qui était en vigueur avant 2003 date de 1947. En effet, depuis 56 ans le code du travail consacrait, lui le premier, le travail des enfants, puisque l'âge minimum d'admission était de 12 ans révolus dans tous les secteurs industriels, agricoles, commerciaux et les professions libérales¹⁰⁵². En outre, la loi de 1947 encourageait les employeurs à recruter des enfants du fait que les salaires de cette catégorie faisaient l'objet d'abattements variant de 10% à 50% par rapport au salaire de l'adulte occupant les mêmes fonctions. Ces abattements se faisaient en fonction de la tranche d'âge de l'enfant et du secteur d'activité.

D'autre part, le SMIG (salaire minimum interprofessionnel garanti) pouvait être ajusté selon l'âge du travailleur. Les entreprises avaient, en effet, le droit de payer 80% du SMIG pour les jeunes âgés de 17 à 18 ans, et seulement 50% du SMIG pour ceux âgés de 14 à 15 ans¹⁰⁵³. Dans son rapport sur le travail des enfants au Maroc (2002), Gouzi Berrada souligne les difficultés de recueillir les données existantes relatives aux salaires et ajoute que la Direction des statistiques manifeste de la réticence, et reconnaît pourtant être en possession de ce type

¹⁰⁵⁰ Mehdi LAHLOU, « Le travail des enfants au Maroc. Cadre Macro économique, social et donnés de base », INSEA, Rabat, p. 5

¹⁰⁵¹ Abderrahmane BERRADA GOUZI, Comprendre le Travail des Enfants au Maroc : Aspects Economiques, Projet UCW, 2002, pp. 7-10

¹⁰⁵² Avant la fixation de l'âge du travail à 15 ans, le Maroc faisait partie des 6 pays où l'âge d'accès théorique à la vie active est le plus bas (soit 12 ans) en Afrique (l'Egypte, le Tchad, le Nigeria, la Sierra Leone et la Tanzanie)

¹⁰⁵³ Abderrahmane BERRADA GOUZI, *op. cit.*, p. 17

d'information qu'elle est tenue de ne pas divulguer : « Pour la plupart des enfants au travail, le salaire n'atteint pas le salaire minimal. Sur 100 enfants au travail, 31 enfants en moyenne, sont considérés comme des apprentis ou des aides familiales et, de ce fait, ne sont pas rémunérés du tout. Toutefois la situation change d'un secteur à l'autre. Selon des enquêtes effectuées par l'Unicef, le salaire moyen dans le service domestique (Casablanca) est de 400 DH par mois (moins du quart du SMIG), celui dans l'artisanat (secteur du tapis à Fès), il est de 5 DH par jour (13 fois moins que le SMIG), de 20 DH par jour (dinanderie, poterie, zellige), et de 50 à 100 DH par semaine dans l'industrie des métaux et dans les garages, où 25% ne sont pas rémunérés. Dans l'agriculture, 90% des enfants au travail ne sont pas rémunérés ».

573. Depuis tout ce temps et avec ces données, il était temps que le législateur commence à revoir ses textes de loi. Le nouveau code du travail du 11 septembre 2003 vient avec deux innovations : la première concerne l'âge minimum d'admission au travail et la seconde concerne les pénalités en cas d'observation des dispositions légales¹⁰⁵⁴.

Le législateur a élevé l'âge d'accès au travail à 15 ans révolus pour tous les secteurs d'activité (l'article 143 du code du travail). Avec cette disposition, la législation marocaine s'est conformée aux principes des conventions 182 et 138 de l'OIT. Malgré cela et dans la plupart des cas, le travail exercé par ces enfants est parmi les pires formes d'activités : celles qui mettent en danger la santé physique, mentale et morale de l'enfant.

C'est ainsi que le législateur a chargé les inspecteurs du travail de prescrire des examens médicaux pour les jeunes travailleurs de moins de 18 ans. Si ceux-ci prouvent que l'activité exercée excède la capacité de l'enfant, l'inspecteur du travail peut ordonner le renvoi du jeune salarié. D'ailleurs, l'article 304 du code du travail a exigé la création de services médicaux dans les entreprises de cinquante salariés et plus.

Dans les articles 145, 146, 147, 179, 180 et 181 le législateur énumère une liste d'activités professionnelles dont l'accord du tuteur de l'enfant salarié est exigé. Il est donc interdit d'être exercé par le mineur du fait qu'elles présentent de danger pour son état physique et moral. Cette liste a été complétée par le décret du 29 décembre 2004 relatif aux travaux interdits aux mineurs de moins de 18 ans, aux femmes et aux salariés handicapés, élargie ensuite par le décret n° 2.10.183 du 16 novembre 2010. Ce dernier fixe à 33 le nombre des travaux interdits, alors que le décret de 2004 les limitait à 10.

¹⁰⁵⁴ Ahmad BOUHARROU, « Le droit pénal du travail et de la sécurité sociale : Les infractions à la législation sociale et leurs sanctions », Friedrich Ebert Stiftung, 2012, pp.56-58

Le travail de nuit n'est pas recommandé pour les enfants de moins de 16 ans (l'article 172). Par contre, l'employeur peut demander une dérogation aux dispositions de l'article 172 s'il s'agit de prévenir des accidents imminents, d'organiser des opérations de sauvetage ou de réparer des dégâts imprévisibles (l'article 176) tout en respectant leurs jours de repos, l'avis de l'inspecteur du travail et la limite d'une nuit de dérogation.

574. Le nouveau dispositif sur le travail des enfants est un premier pas vers la régularisation de l'activité professionnelle des jeunes de moins de 18 ans et ensuite l'éradication totale du travail « non choisi »¹⁰⁵⁵ des enfants. En effet, le respect de ces règles n'est pas une question seulement de droit. Le travail « non choisi » des enfants ne peut être aboli que s'il est mis dans son contexte général et que les réformes touchent tous les domaines en relation avec celui-ci (la santé, l'éducation, la sécurité sociale etc.).

C'est ainsi que le législateur a renforcé les sanctions appliquées en cas d'emploi d'un enfant âgé de moins de 15ans par une amende de 25000 à 30000 dirhams avec un risque d'emprisonnement de 3 à 6 mois en cas de récidive. Cependant, quant à l'infraction relative au non-respect de l'âge d'admission fixé à 16ans, elle est passible d'une amende de 300 à 500 dirhams maximum. Cette sanction peut être considérée comme « symbolique » vu son montant dérisoire.

Effectivement, les sanctions prévues dans le code du travail de 2003 ont été renforcées, mais seulement par rapport à l'ancienne loi (1947) et non sur des arguments fondés et des données réelles. En général, parmi 586 articles et 150 incriminations prévues par le code, seules deux infractions sont passibles d'une peine d'emprisonnement, dont la durée varie de 6 jours à 3 mois au maximum.

Cela dit, tout le dispositif du code du travail se fonde sur le corps inspectoral chargé du contrôle. Néanmoins, cette institution est elle-même en crise. Avec une moyenne de 400 agents, dont seulement 318 sont des agents de terrain, pour contrôler environ 50000 établissements¹⁰⁵⁶, l'application de la loi est presque impossible. Cela est d'autant plus difficile que les inspecteurs de travail ne peuvent rédiger un procès-verbal qu'après avoir adressé des avertissements ou observations préalables à l'employeur ou à ses préposés.

Encore un chantier qui n'est pas encore terminé. En effet, les lois protégeant les enfants des pires formes du travail sont loin d'être effectives en ce moment.

¹⁰⁵⁵ Le travail « non choisi » signifie que l'enfant n'a pas le choix de ne pas travailler, surtout dans les situations familiales les plus précaires.

¹⁰⁵⁶ Selon les standards internationaux, il faut un inspecteur pour 250 établissements.

Cela dit, malgré ces avancées, les lacunes résident toutefois dans la mise en œuvre d'un dispositif juridique important mais qui manque de cohérence.

Conclusion du Titre I :

575. L'état de l'effectivité des droits de l'enfant, en France comme au Maroc, démontre que la dynamique est déjà lancée au niveau juridique comme au niveau de la pratique. Il est certain que la ratification de la CIDE a été le moteur de tous les changements en matière de l'enfance dans la majorité des pays du monde. L'adaptation des législations aux principes de la CIDE et l'adoption de nouvelles lois accordant à l'enfant plus de droits et plus de place au sein de sa famille et de la société témoignent de la volonté des Etats signataires de rendre le texte international plus effectif. Néanmoins, il est aussi important de signaler, d'après les différents rapports du Comité des droits de l'enfant, que les progrès réalisés par chaque Etat divergent de l'un à l'autre.

576. En ce qui concerne la France, le bilan est largement satisfaisant. Ainsi, le Comité des droits de l'enfant a exprimé sa « satisfaction des faits nouveaux liés à la mise en œuvre de la Convention¹⁰⁵⁷ » dont « l'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'applicabilité directe de la Convention sur la jurisprudence du Conseil d'État ». Malgré les points faibles et les insuffisances évoquées par le Comité des droits de l'enfant, la volonté d'aller de l'avant et de faire mieux est, sans doute, très forte. Toutefois, tout n'est pas beau et sans risque dans l'exemple de la France. A force de vouloir rendre effective la Convention et « la nouvelle idéologie des droits de l'enfant », « des conflits et oppositions de droits et de logiques qui ne peuvent pas trouver de véritables solutions¹⁰⁵⁸ » ont été constatés. Françoise Dekeuwer-Défossez expose clairement les problèmes qui suscitent la nouvelle logique des droits de l'enfant, puisqu' ils « entrent en conflit avec les valeurs fondatrices de la société actuelle fondée sur l'individualisme et le libéralisme », entraînant un « conflit entre les droits fondamentaux » de chaque individu. En outre, les droits de l'enfant peuvent entrer en conflit avec l'intérêt de l'enfant, ce qui explique que ceux-ci ne sont pas systématiquement profitables pour l'enfant. Ainsi, établir l'effectivité de la CIDE et adopter la logique des droits de l'enfant conformément au texte international n'est pas simple, même pour un pays précurseur dans la culture des droits de l'Homme.

¹⁰⁵⁷ http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

¹⁰⁵⁸ Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse », *Petites affiches*, n° 200, 07 octobre 2010, p.35

577. S'agissant du Maroc, l'état des mesures prises dans le domaine des droits de l'enfant a mis en évidence l'existence d'une volonté politique et d'une adhésion nationale pour promouvoir les droits de l'enfant notamment durant ces dix dernières années. Félicité, à son tour, par le Comité des droits de l'enfant lors de la présentation de son deuxième rapport en 2003¹⁰⁵⁹, le Maroc n'a pas hésité à relater toutes les violations aux droits de l'enfant qu'il connaît: « la persistance d'une discrimination directe et indirecte contre les filles et les enfants nés hors mariage ; les mauvais traitements contre des enfants de la part d'agents responsables de l'application des lois ; le nombre élevé d'enfants qui sont placés dans des institutions et face aux conditions de vie dans celles-ci ; le nombre croissant d'enfants qui sont abandonnés par leurs parents ; la persistance apparente de l'utilisation assez courante des châtiments corporels dans les écoles. L'exploitation économique des enfants reste très répandue dans l'agriculture et dans l'artisanat, ainsi que par la situation des petites bonnes qui sont soumises à des conditions de travail très dures et à des abus etc. »

Ainsi, les efforts entrepris par l'Etat marocain pour remédier à ces situations ont été, spécialement, de nature législative, c'est-à-dire l'élaboration de nouvelles réformes et l'adoption de nouvelles lois telles que la réforme du code de la famille, la loi sur la *Kafala*, la réforme du Code du travail élevant l'âge légal du travail des mineurs, le code de la procédure pénale de 2003 consacrant la protection des enfants en danger etc. Tout cela constitue un arsenal juridique non négligeable qui peut assurer la protection de l'enfant marocain à condition qu'il possède les moyens de son application. En revanche, une étude du Conseil consultatif des droits de l'Homme élaboré en 2009 pour « la mise en place d'un mécanisme de recours et de suivi des droits de l'enfant au Maroc » parle d'un bilan plus au moins médiocre. Elle souligne que « la plupart des mécanismes existants sont principalement dédiés au droit à la protection ; que les efforts souffrent d'une déperdition en raison d'une faible, voire d'absence de duplication des initiatives viables ». Elle ajoute aussi le problème de « la méconnaissance des mécanismes existants ; de l'insuffisance de l'information et de la communication et de la faible appropriation des Droits de l'enfant par les acteurs, les enfants et les familles ».

¹⁰⁵⁹ « S'agissant du deuxième rapport périodique du Maroc, le Comité se félicite de l'évolution positive de la situation dans le domaine des droits de l'Homme, en particulier du fait que le pays ait ratifié les deux protocoles facultatifs se rapportant à la Convention et qu'il ait accueilli ces dernières années plusieurs conférences internationales concernant les droits de l'enfant » : http://www.aidh.org/ONU_GE/Comite_DE/33Sess.htm#8

L'étude parle de « la prédominance de l'approche sectorielle en matière de droits de l'enfant en dépit de l'existence d'un Plan d'Action National pour l'Enfance « Un Maroc digne de ses enfants » pour la période 2006-2015, en plus « d'une faible dotation en ressources financières et humaines ; du suivi et de l'évaluation des actions entreprises et des mécanismes existants ».

578. En fin de compte, l'adoption du même texte international et la dynamique de sa mise en œuvre ne produit pas forcément partout le même degré d'effectivité des droits de l'enfant. Étant donné qu'il existe des terrains plus fertiles que d'autres ou, tout simplement, plus prédisposé à recevoir une œuvre plus ou moins étrange, l'effectivité de la CIDE ne peut être pensée et recherchée au même niveau et de la même façon par les différents contextes qui existent. C'est pourquoi, il n'est pas sensé de parler d'une effectivité des droits de l'enfant qui ne soit pas nécessairement une « allégeance » sacrée à la Convention.

Titre II : A la recherche d'une effectivité des droits de l'enfant répondant aux différents contextes

579. La concrétisation des droits de l'enfant en France et au Maroc n'emprunte pas le même chemin, bien que les deux pays se réfèrent au même texte international. Comme nous l'avons évoqué, la CIDE est un instrument qui consacre les droits de l'enfant, mais qui ne les concrétise pas. C'est pourquoi la recherche de son effectivité ne sera jamais un résultat, mais surtout une dynamique¹⁰⁶⁰. Il est essentiel de rechercher l'effectivité des droits de l'enfant comme chaque contexte le nécessite et surtout pas comme les autres l'ont fait.

Si la France possède tous les moyens de la réalisation des droits de l'enfant conformément au texte international (une longue tradition des droits de l'Homme, un ancien système démocratique favorisant les droits de chaque individu, une situation socioéconomique stable...), le Maroc vient juste de commencer son processus de démocratisation, comme celui du respect des droits de l'Homme. Il essaye, inévitablement, de stabiliser sa situation socioéconomique seul gage pour une vraie réalisation des droits de l'enfant. Enfin, les réformes législatives entreprises par le législateur marocain connaissent une dynamique seulement depuis dix-ans.

Les deux chemins de la France et du Maroc se croisent à ce niveau puisque la recherche de l'effectivité des droits de l'enfant n'est pas identique d'un Etat à l'autre. En effet, l'un est appelé à trouver un équilibre ou plutôt une limite au débordement de la logique des droits de l'enfant (Chapitre I) et l'autre à pallier les carences dues à la faible appropriation des Droits de l'enfant par l'Etat, les familles et les enfants (Chapitre II).

¹⁰⁶⁰ Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.* p. 35

Chapitre I : La nécessité de limiter les débordements de la logique des droits de l'enfant en France

580. L'intervention du concept récent des droits de l'enfant dans le droit de la famille et dans les autres domaines du droit a créé un grand changement dans les objectifs classiques de celui-ci. Cette dynamique juridique entreprise pour composer avec les aspirations individuelles et la recherche maximale du plaisir par chacun, a créé des tiraillements entre l'individu et la famille, le souci de soi et le respect de l'autre, l'intérêt de l'un et celui de l'autre. Quand la personne commence à voir les relations qui les lient avec l'autre, uniquement, sur le prisme des droits, il n'est pas surprenant de tomber dans des dérives.

581. En effet, la pénétration de la logique individualiste en droit de la famille appelant une «désinstitutionnalisation» croissante des personnes et de la famille et une certaine libération de l'enfant risque de se retourner, négativement, contre ces derniers. « Au point que l'on puisse affirmer que l'enfant est plus menacé que jamais alors même qu'on célèbre la primauté de ses droits¹⁰⁶¹ ». Le droit à l'enfant menace ainsi ses droits ainsi que son statut. Le risque d'un retour à une objectivation de l'enfant n'est que le revers de la logique individualiste qui alimente également les droits de l'enfant. Cette logique qui a causé aussi un dysfonctionnement des liens familiaux ...(Section1). Dans ce contexte mitigé, il est essentiel de trouver un certain équilibre en se référant à des institutions encore valables et respectées, de ne plus voir l'autorité parentale et l'incapacité de l'enfant comme des obstacles à ses droits, de s'abstenir de raisonner toujours en termes de droits subjectifs, de rappeler finalement que tout n'est pas du droit (Section2).

¹⁰⁶¹ Nathalie BETTIO, « Le «Droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *RDJ* 2010, n° 2, p. 473

Section 1 : Les débordements d'une logique fondée sur « les droits subjectifs »

582. Faire de l'enfant un mythe est l'une des caractéristiques de l'époque contemporaine. Après une longue absence, aujourd'hui, on ne parle que de lui, de ses droits, de son intérêt et de son monde enchanté. Désormais, l'enfant est devenu « la perle rare » notamment des couples qui ne peuvent pas avoir d'enfants. Cette sorte de chosification de l'enfant avec la montée de la liberté individuelle a fait apparaître un « droit à l'enfant » revendiqué par les adultes (paragraphe 1). En outre, la place donnée à l'enfant et à ses droits ont entraîné une révolution du lien social dont les liens familiaux étaient l'origine et la base. En effet, nous assistons, aujourd'hui, à un dysfonctionnement profond de ces liens qui a provoqué une altération du milieu naturel de l'enfant : la famille (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La montée d'un droit à l'enfant

583. Existe-il un lien entre l'évolution des « droits de l'enfant » et la montée d'un « droit à l'enfant » ? L'évidence de la réponse positive à cette question n'est cependant pas facile à prouver. En revanche, il existe deux liens, direct et indirect, qui relient les deux concepts : d'une part, le lien le plus apparent réside dans le fait que les deux concepts sont des expressions de l'individualisme qui s'est accaparé une grande partie du droit de la famille ; d'autre part, la surestimation de la place de l'enfant dans la société est la raison pour laquelle la revendication d'un droit à l'enfant est considérablement en hausse. Reconnaître à l'enfant des droits-liberté, un intérêt supérieur à tous autres intérêts accentue la frustration des parents en mal d'enfants. Ainsi, faire de l'enfant une valeur inestimable ne peut qu'attirer des désirs insatisfaits.

584. Enfin, la relation certaine qui existe entre le droit de l'enfant et le droit à l'enfant fait que l'un met en péril l'autre. Pire encore, le premier exprime la subjectivation de l'enfant et le second son objectivation. Ainsi, la portée de ce concept est semée d'incertitude (A). Cependant, le législateur est amené à répondre à cette question plus particulièrement dans le recours à l'AMP (B). Cette pratique qui a été considérée par la jurisprudence européenne comme un droit, constituant un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'individu (C) risque de compromettre le statut et les droits de l'enfant (D).

A. La portée du concept

585. Le concept du « droit à l'enfant » n'est pas récent. Il a été l'objet de diverses discussions et d'articles de revues depuis les années 80¹⁰⁶². En revanche, parler d'un droit à l'enfant comme une donnée sociale en progression est tout à fait nouveau.

Le droit à l'enfant est l'expression d'un désir d'enfant approuvé et encouragé par une société où l'enfant constitue de plus en plus une valeur majeure. Néanmoins, cette valorisation de l'enfant est soumise au désir supérieur des adultes, parce que ce sont eux qui décident quand cet enfant doit apparaître dans leur vie et comment.

Le droit à l'enfant se reflète aussi dans le divorce et les séparations des couples qui génèrent la perte d'un lien permanent avec l'enfant.

En 1898, Freud, avait une grande aspiration : celle que la procréation délibérée soit maîtrisée : « Ce serait théoriquement l'un des plus grands triomphes de l'humanité, l'une des libérations les plus tangibles à l'égard de la contrainte naturelle à laquelle est soumise notre espèce, si l'on parvenait à élever l'acte responsable de la procréation au rang d'action volontaire et intentionnelle, et à le dégager de son intrication avec la satisfaction nécessaire d'un besoin naturel¹⁰⁶³ ». Effectivement, une partie de l'humanité est parvenue à faire de cette aspiration une réalité concrète.

586. Si depuis toujours les hommes ont eu du mal à maîtriser leur fécondation, aujourd'hui, notamment en occident, nous nous trouvons face à une fécondation volontaire. Le slogan « Un enfant si je veux, quand je veux » est véritablement réalisé, car les couples décident volontairement de leur conception. Cependant quand le désir d'enfant surgit, la volonté ne suffit pas. Il y a d'autres éléments qui rentrent en jeu : « dans un monde qui prône la satisfaction rapide des désirs et où les moyens techniques prennent une telle envergure [...] beaucoup s'imaginent pouvoir maîtriser la conception comme ils ont pu contrôler la contraception¹⁰⁶⁴ ». L'infertilité des couples n'est plus perçue aujourd'hui comme une fatalité. Tant qu'il y aura des moyens médicotecniques qui permettront de lutter contre l'infécondité, les couples prétendront détenir le droit de procréer un enfant. C'est le désir d'enfant qui a le dernier mot. Il faut d'abord savoir que le désir d'enfant ne découle pas, simplement, de cette forte envie que la plupart des couples ressentent, celle de concevoir un enfant et de fonder une

¹⁰⁶² « Depuis 1983, les questions de société sont peu à peu abandonnées au profit des questions de laïcité. Ces sujets permettent d'aborder des thèmes tels que « les manipulations génétiques », « le droit à l'enfant, droit de l'enfant », extrait de l'ouvrage de Marie-France PICART, *La Grande Loge Féminine de France*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2009, p. 89.

¹⁰⁶³ Marcel GAUCHET, « L'enfant du désir », *Le Débat*, 2004/5 n° 132, p. 98

¹⁰⁶⁴ Jacques DAYAN et Corinne TROUVE, « Désir d'enfant et PMA : quelques aspects sociologiques », *Spirale*, 2004/4 no 32, p. 28

famille. En effet, cette aspiration est légitime et socialement reconnue. Cependant, le désir d'enfant est l'articulation de cette envie accrue ajoutée à la disponibilité des moyens avec l'accentuation de la liberté individuelle. « Le conditionnel du désir s'affirme en volonté, en droit, en devoir : je voudrais, je veux, j'ai le droit, on me doit... un enfant¹⁰⁶⁵ » l'incluant, ainsi, dans la liste des droits fondamentaux.

587. D'ailleurs, l'expression « désir d'enfant » s'emploie souvent chez les couples infertiles. C'est ce qui démontre que ce désir surgit quand il y a une frustration, une impossibilité et des limites à ne pas franchir. Nous pouvons dire que le désir d'enfant n'est souvent qu'une extrême envie d'alimenter le désir tout court, sans que celui-ci ne soit forcément lié à l'enfant. S'agit-il vraiment de l'envie de s'occuper d'un enfant et d'en assumer la responsabilité entièrement en le préparant à la citoyenneté libre et responsable, ou s'agit-il plutôt d'une simple habitude, celle de n'être jamais en manque, en frustration ?

C'est dans cet ensemble de dilemmes que le droit intervient. Le législateur a fait clairement le choix de répondre au désir des couples infertiles et de donner à l'enfant une famille notamment en élargissant le champ d'application de l'assistance médicale à la procréation.

B. L'APM dans la nouvelle loi bioéthique¹⁰⁶⁶ : manifestation timide d'un droit à l'enfant

588. L'assistance médicale à la procréation est une pratique qui a « objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité¹⁰⁶⁷ ». Néanmoins, elle n'a pas été conçue comme un modèle alternatif à la reproduction naturelle¹⁰⁶⁸. Ainsi, « le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la

¹⁰⁶⁵ Line PETIT, « Désir d'enfant », *Spirale*, 2004/4 no 32, p. 24

¹⁰⁶⁶ La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique

¹⁰⁶⁷ Article L 2141-2 du Code de la santé publique

¹⁰⁶⁸ Nathalie BETTIO, *op. cit.*, p. 473

femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation¹⁰⁶⁹ ».

589. Si l'ancienne loi considérait d'abord l'AMP comme une réponse à la demande parentale et ensuite une raison médicale qui est le traitement d'une infertilité de couple, le texte de la loi de 2011 commence par mentionner l'objet de l'AMP comme le remède à l'infertilité d'un couple. Dans le nouveau texte, le législateur a évité la confusion entre la finalité et la technique et a mis en avant le caractère médical de l'AMP. En effet, la médecine n'a pas pour fonction de répondre à un désir personnel. Elle est là pour prêter un service de soin et de pallier les problèmes médicaux dans la mesure du possible. En outre, la médecine elle aussi n'est qu'un service soumis à la loi qui doit répondre, non pas à des volontés individuelles, mais une approche globale de la santé publique.

Le texte promulguant l'AMP a consacré le deuxième paragraphe de l'article L 2141-2 pour les conditions d'accès à cette technique. En prévoyant un encadrement, le législateur a pour intention de calquer l'AMP sur la procréation naturelle. En effet, la législation française fait partie des législations européennes les plus vigilantes par rapport à ces questions et qui les appréhende en termes d'ordre public et de préservation de l'institution de la filiation.

Cependant, malgré les conditions posées par l'article L 2141-2, les excès sont difficiles à prévenir à cause de l'imprécision des textes. Cela peut conduire à différentes appréciations notamment de la part des praticiens, ce qui peut créer des disparités entre les couples et amène à revendiquer une intervention législative sur ce point¹⁰⁷⁰.

590. Il est vrai que le législateur a fait en sorte que l'AMP soit le plus rapprochée possible du prototype classique reconnu, en donnant cette possibilité à un couple hétérosexuel, stérile, dans l'âge de procréer et vivant ensemble, bien que ce schéma ne soit pas unique. En effet, quatre verrous à l'AMP ont bien été conservés dans la loi de 2011 : il s'agit du non accès à l'AMP aux femmes célibataires, aux femmes ménopausées, aux couples dont l'un des deux membres est décédé et aux couples homosexuels.

Bien que les femmes célibataires puissent adopter, l'AMP ne peut être assimilée à l'adoption puisque celle-ci a une finalité essentiellement médicale qui est de remédier à l'infertilité du couple. De plus, permettre l'accès à l'AMP à la femme toute seule « crée délibérément un

¹⁰⁶⁹ Voir article précédent

¹⁰⁷⁰ Bénédicte BEVIÈRE, « Quelques propositions de réflexions sur l'évolution législative de l'assistance médicale à la procréation, notamment avec tiers donneur(s) », *Revue Générale de droit médical*, Les Etudes Hospitalières, Septembre 2008, n°28, p.47

enfant sans père, sans tenir compte de l'intérêt de l'enfant à naître et des conséquences psychologiques pour lui d'absence de référence paternelle dans sa construction¹⁰⁷¹ », cela sans évoquer le problème que peut susciter ce propos en termes de discrimination vis-à-vis des hommes célibataires.

Un refus a également été opposé à la revendication des femmes arrivant à la ménopause. Cette limitation peut être perçue comme une prise en compte d'un des droits de l'enfant qui est celui d'être élevé par ses parents et de vivre le plus longtemps possible avec eux. En effet, cette probabilité diminue, sans doute, avec l'âge avancé de la mère et du père.

Si la transplantation d'embryon «post-mortem» est autorisée en Belgique, au Royaume-Uni et en Espagne, en France, cette pratique est déclarée illicite. La démarche « remettrait bien sûr en cause l'exigence fondamentale de donner au départ à l'enfant une famille comportant un père et une mère, et aurait une grande incidence sur le droit de la famille ¹⁰⁷² ». De même, pour les couples homosexuels, le législateur a tenu sa position précédente en leur refusant l'accès à l'AMP, restant ainsi fidèle à son héritage législatif prévu dans les articles 16 et suivants du Code civil consacrant l'indisponibilité et la non commercialisation du corps humain résultat de la primauté de la personne humaine et de sa dignité.

591. De ce point de vue, le législateur a fait en sorte d'écarter l'idée d'un droit à l'enfant en mettant au clair la finalité et la technique de l'AMP. En limitant l'élargissement d'accès à cette technique, le législateur a pris en compte les dimensions diverses soulevées par cette question d'ordre anthropologique, éthique, juridique etc.

Par ailleurs, c'est dans une optique de garder une cohérence entre l'ordre naturel, l'ordre public, l'ordre social et juridique que le Conseil d'Etat note que : « la loi française interdit la maternité de substitution, l'accès à l'AMP aux couples homosexuels ou aux femmes n'étant plus en âge de procréer. L'objectif n'a pas été de consacrer un certain ordre moral mais de donner à l'enfant à naître l'environnement affectif le plus naturellement susceptible d'assurer son épanouissement et de rejeter corrélativement toute reconnaissance d'un quelconque droit à l'enfant¹⁰⁷³ ».

¹⁰⁷¹ Claire BARTHELEMY, « Réflexion d'un biologiste de la reproduction sur la révision des lois de bioéthique », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/HS n° 261, p. 225

¹⁰⁷² Claire BARTHELEMY, *op. cit.*, p. 226

¹⁰⁷³ Conseil d'État, « Les lois de la bioéthique : cinq ans après » *Étude*, 25 novembre 1999, p. 19.

Néanmoins, il faut noter que la législation française refusant un droit à l'enfant risque d'être de plus en plus fragilisée, d'abord par les revendications répétées des « alterparentales ¹⁰⁷⁴ », ensuite par l'influence européenne au sujet de l'AMP.

C. L'émergence d'« un droit à l'AMP » dans la jurisprudence européenne

592. L'évolution des comportements au sein de la famille, le changement des aspirations des individus et la recherche sans limite de la satisfaction personnelle remettent en difficulté la politique législative. Ces évolutions s'inscrivent dans un processus d'individualisation qui devient de plus en plus accru et qui a produit une extension de la demande d'un enfant à tout prix.

Dans l'intention de s'adapter aux mutations familiales et sociales et en voulant répondre aux demandes des couples, le législateur a ouvert la porte à un mouvement de revendications qui aura du mal à s'arrêter parce qu'une demande motivée par le désir n'a jamais de limite.

Si avant, l'enfant répondait à un besoin de la société d'une génération plus active, d'un citoyen en devenir et d'un défenseur de la nation, aujourd'hui l'enfant est le fruit d'un désir privé, personnel et individuel. C'est pourquoi, le besoin ne se confond pas avec le désir. « Le désir est une quête fantasmagique, au contraire du besoin, poursuite de nécessaire ¹⁰⁷⁵ », ce qui veut dire que « le désir, à l'inverse du besoin, ne connaît pas en lui-même sa propre fin ¹⁰⁷⁶ » et ainsi, « la demande s'étend naturellement dès lors que rien ne vient la borner ¹⁰⁷⁷ ».

593. D'ailleurs, les révisions consécutives et rapides (2004 et 2011) des lois bioéthiques ne vont pas pour autant arrêter le processus de revendications d'un droit à l'enfant notamment si nous savons que la Cour européenne des droits de l'Homme s'incline vers la satisfaction des demandes d'un droit à l'enfant. En effet, la première section de la Cour européenne des Droits de l'homme a condamné l'Autriche pour sa législation prohibant la fécondation in vitro (FIV) avec dons de gamètes dans une décision du 1^{er} avril 2010 ¹⁰⁷⁸. La Cour a déclaré que « l'interdiction de l'utilisation de sperme et d'ovules issus de dons en vue d'effectuer une fécondation in vitro est injustifiée et constitue une violation de l'article 14 (interdit de discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie familiale) de la

¹⁰⁷⁴ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p.59

¹⁰⁷⁵ Jacques DAYAN et Corinne TROUVE, *op. cit.*, p.27

¹⁰⁷⁶ *Idem*, p. 31

¹⁰⁷⁷ *Idem*

¹⁰⁷⁸ S. H. ET AUTRES c/Autriche, CEDH, GC, 1^{er} avril 2010 renvoyé devant la Grande Chambre le 4 octobre 2010, Requête ° 57813/00

Convention européenne des droits de l'Homme ». Cette décision a été perçue comme une consécration de la Cour d'un droit à l'enfant par le biais de l'AMP.

594. Mesurant la gravité de cette affaire, les gouvernements italien et allemand ainsi que 51 parlementaires et des ONG, dont l'ECLJ (*European Centre for Law and Justice*), ont demandé à intervenir en tant que tierces parties. Dans le rapport présentant leurs observations¹⁰⁷⁹, l'ECLJ avance que la Convention ne garantit aucun « droit à la procréation ». D'ailleurs, « dans la décision du 15 novembre 2007 sur la recevabilité de la présente affaire, la Cour a rappelé que l'article 12 de la Convention ne garantit pas un droit à la procréation », d'autant plus que « le refus de légaliser une méthode de procréation artificielle n'est pas susceptible de constituer une ingérence dans la vie privée des requérants, dès lors que la protection de la vie privée n'implique pas de droit à procréer artificiellement ». Ainsi, l'ECLJ ajoute que « la présente affaire est particulièrement intéressante car elle recouvre non seulement la question du « droit à l'enfant », mais aussi celle, plus générale, de la finalité de la médecine dans les sociétés modernes à la fois technologiques, individualistes et socialisées ».

595. Lors de l'arrêt *Dickson* contre Royaume-Uni du 4 décembre 2007, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a fait prévaloir le projet parental sur l'intérêt de l'enfant à naître à travers la reconnaissance de la possibilité d'une assistance médicale à la procréation (AMP) pour un condamné à une longue peine. Sur le fondement de l'article 8, la Cour a considéré que celui-ci « est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de devenir parents génétiques ». Ajoutant, ainsi, que le choix de devenir parent génétique constituait un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité de l'individu impliquant une marge d'appréciation restreinte de l'État¹⁰⁸⁰.

Bien que la Cour offre aux Etats une marge d'appréciation « Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins », et parce qu'ils « se trouvent en principe mieux placés que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique » le respect du choix politique du législateur par la Cour ne peut être accepté dans le cas d'un « fondement manifestement déraisonnable¹⁰⁸¹ ». C'est pourquoi, la CEDH a refusé de condamner le

¹⁰⁷⁹ ECLJ, Observation en tiers intervention dans l'affaire S. H. ET AUTRES c/Autriche, Strasbourg le 31 janvier 2011, p.1et s.

¹⁰⁸⁰ Nathalie BETTIO, *op. cit.*, p. 47

¹⁰⁸¹ *Dickson c. Royaume-Uni*, CEDH, GC, 4 décembre 2007, requête n° 44362/04, § 78 : *RLDC*, 2007/38, n° 2548, note S.LAMBERT

Royaume-Uni dans l'arrêt *Evans* contre Royaume-Uni du 10 avril 2007¹⁰⁸², estimant que la décision d'un père potentiel d'être ou de ne pas être parent génétique devait être respectée. La Cour a, en l'espèce, considéré que l'article 8 est applicable, soulignant que «la notion de vie privée, notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur, recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent ».

596. La position actuelle de la Cour en matière de l'AMP a été suivie par d'autres systèmes juridiques européens. A titre d'exemple, les femmes seules ainsi que des couples homosexuels féminins peuvent bénéficier de l'assistance médicale à la procréation en Belgique, au Danemark, en Espagne, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, tandis que l'Allemagne, l'Italie et la France la réservent aux couples hétérosexuels. Cette possibilité ouverte aux femmes célibataires dans les autres pays européens risque d'encourager le « tourisme procréatif ». À ce moment, le législateur n'aura pas d'autre choix que de rouvrir, encore une fois, le débat sur cette question.

D. Les droits de l'enfant dans l'AMP

597. L'exigence des conditions au recours à l'AMP dont la stérilité, le risque de transmission d'une maladie, l'hétérosexualité et la stabilité au sein du couple sont les seuls justificatifs qui témoignent que le législateur pense, quand même, à l'enfant .

En l'absence d'une référence quelconque à l'enfant dans le texte législatif, nous nous demandons si l'enfant à naître est concerné ou pas par cette question. Procréer n'est pas une affaire partagée uniquement entre le couple et la médecine. L'enfant à naître est le troisième élément qui doit être pris en considération : d'où vient cet enfant ? De quelle alliance ? Comment ? Etc. L'intérêt et les droits de l'enfant doivent être pris en compte dans chaque démarche de procréation que cette dernière soit naturelle ou artificielle.

C'est la question qui a été posée dans le rapport de l'Assemblée Nationale sur la révision de la loi de bioéthique le 20 janvier 2010. Cette dernière a donné naissance à la nouvelle loi bioéthique du 7 juillet 2011 : vaut-il mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant à naître ?

¹⁰⁸² *Evans* c/Royaume-Uni, CEDH, GC, 10avril 2007, n° 6339/05 : RDSS 2007/5, p.810, note Diane ROMAN; RTD civ. 2007, p.295, obs. Jean-Pierre MARGUENAUD

Sans pour autant faire l'unanimité des membres de la mission, un débat s'est déclenché pour répondre à cette interrogation. Malgré l'absence du principe d'intérêt de l'enfant à naître dans le code civil, celui-ci permet « d'apprécier la frontière entre les procréations médicalement assistées susceptibles d'être autorisées et les interventions biomédicales qui reviendraient à consacrer une sorte de « droit à l'enfant », lequel a été écarté¹⁰⁸³ ». L'adoption de ce principe assure un équilibre en essayant de prendre la démarche de l'AMP au cas par cas. De ce point de vue, Mme Monique Canto-Sperber a affirmé que « la meilleure manière de justifier la limitation apportée à l'exercice de la liberté individuelle est de se référer à quelques principes faisant très largement consensus¹⁰⁸⁴ » en faisant ici allusion à l'intérêt de l'enfant.

Très timidement, l'article L 2141-10 mentionne l'intérêt de l'enfant à naître sans qu'il ne soit mis en avant ni être considéré comme principe ou condition d'accès à l'AMP. Pourtant, « la législation britannique a intégré cette préoccupation dans les textes relatifs à l'AMP. L'évaluation du bien-être de l'enfant à naître est reconnue par la HFEA (*Human fertilisation and embryology authority*) comme un critère déterminant pour l'accès à l'AMP¹⁰⁸⁵ ».

598. Dans les débats précédant l'adoption de la loi bioéthique de 2011, certains intervenants ont avancé que le fait de ne pas prendre en considération l'intérêt de l'enfant à naître peut être une façon de consacrer un droit à l'enfant. Autrement dit « l'AMP ne ferait-elle pas de l'enfant un objet, susceptible d'advenir au gré du seul caprice d'adultes rendus illégitimement tout-puissants par science volontiers amoral ?¹⁰⁸⁶ ».

Ainsi, M. Claude Huriet a regretté que « l'enfant [ait] paradoxalement été le grand absent des lois de 1994 et 2004 et des débats sur ces lois. Il y est question du droit à l'enfant, jamais du droit de l'enfant. Or, ce qui importe le plus est-il le couple, capable de s'exprimer, ou l'enfant à naître qui, lui, ne le peut pas ? Toutes les nouvelles méthodes de procréation présentées comme un progrès pour les couples infertiles en sont-elles un pour les enfants à naître ? (...) Le droit à l'enfant et le droit de l'enfant peuvent sans doute se rejoindre, mais ils peuvent aussi s'opposer. Or, jamais il n'a été question dans les débats parlementaires précédents du

¹⁰⁸³ Audition de Mme Michèle ALLIOT-MARIE, Ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés (*Procès-verbal de la séance du 3 novembre 2009*) par le Président M. Alain CLAEYS.

¹⁰⁸⁴ Audition de Mme Monique CANTO-SPERBER, philosophe, directrice de l'École normale supérieure, ancienne vice-présidente du CCNE (*Procès-verbal de la séance du 4 mars 2009*) par le Président M. Alain Claeys.

¹⁰⁸⁵ <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2235-t1.asp>

¹⁰⁸⁶ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte « Repères », 2009, p. 58

devenir des enfants conçus par AMP. Il n'est pas acceptable sur le plan humain de ne traiter dans la loi que du droit à l'enfant¹⁰⁸⁷ ».

Il est étonnant de voir comment on peut écarter une réflexion au sujet de enfant à naître, son intérêt, son accueil, ses conditions de vie après la naissance etc, sachant que la finalité et le résultat de cette démarche à la fois médicale, psychologique, sociologique, et juridique entreprise par le couple, est l'enfant. Ce dernier est l'élément fondamental de cette démarche triangulaire.

599. Si désormais le droit ne cesse de rappeler la suprématie de l'intérêt de l'enfant dans les questions qui le concerne, le fait de le mettre au monde n'est-il pas la première question qui devrait l'intéresser. Penser préalablement à l'intérêt de l'enfant ne veut pas dire forcément le consulter ou recueillir sa parole. Les parents doivent, surtout, relativiser leur envie au profit de l'intérêt de celui qui sera l'avenir et l'espoir. Procréer naturellement ou artificiellement est un choix, certes individuel, mais il implique un autre individu qui est l'enfant à naître.

D'après le débat suscité par la nouvelle loi bioéthique, l'inquiétude d'une montée d'un droit à l'enfant fait l'unanimité. Cependant, il existe une partie de la doctrine qui considère que le spectre d'un droit à l'enfant est bien loin de la réalité comme le souligne Mme Frédérique Dreifuss-Netter¹⁰⁸⁸.

600. Si le législateur a réussi jusqu'à aujourd'hui à canaliser la vague montante d'un droit à l'enfant, il n'est pas sûr que cela dure longtemps, du fait que ce concept ne touche pas seulement le domaine de la procréation. Il se manifeste là où il y a un manque d'enfant lors, par exemple, d'une séparation ou d'un divorce.

La séparation et le divorce des parents produisent un trouble dans les liens qu'avaient le père et la mère avec leurs enfants. Ce trouble se manifeste souvent par une rupture des liens avec l'un des deux, une souffrance psychique et des relations difficiles à rétablir. D'ailleurs, certains parents, notamment les mères, renonçaient à cette solution pour ne pas vivre et faire vivre à l'enfant ces difficultés.

¹⁰⁸⁷ Audition de M. Claude HURIET, sénateur honoraire, membre du Comité international de bioéthique de l'UNESCO et du Conseil d'administration de l'Agence de la biomédecine (*Procès-verbal de la séance du 20 janvier 2009*) par le Président M. Alain CLAEYS.

¹⁰⁸⁸ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *op. cit.*, p.60

Dans les pires des cas, quand le divorce est incontournable, ce sont les pères qui préfèrent renoncer à ce lien permanent avec l'enfant, preuve d'assumer les conséquences d'un divorce choisi majoritairement par eux, plutôt que de laisser leurs enfants sans maman.

Désormais, tout a changé avec l'émancipation de la femme et son droit à divorcer et avec le rapport direct et spontané des pères à leurs enfants. Aujourd'hui, les parents partagent les tâches sans aucun critère de sexe, les pères restent au foyer pour s'occuper des enfants et les mères assument les responsabilités financières. L'évolution des mœurs et le changement des situations a fait qu'en cas de divorce ou de séparation, les choses ne sont ni simples ni évidentes comme avant. Les mères ainsi que les pères veulent garder leurs enfants proches d'eux. Personne ne veut ni reconnaître les conséquences évidentes d'un divorce, ni renoncer à l'état précédant la séparation. C'est pourquoi le législateur n'a pas cessé d'aménager les modalités de la garde d'enfants jusqu'à offrir la solution d'une résidence alternée pour l'enfant si les parents sont d'accord. La garde alternée proposée par la législation n'a pas pu faire cesser les situations conflictuelles et elle se révèle, dans certains cas, un vrai échec. Il faut dire que la solution législative n'y est pour rien. En principe, c'est l'attitude des parents individus qui doit être revue.

Le divorce des parents ou leur séparation n'est pas toujours un choix, il peut être parfois une obligation. Néanmoins, c'est une décision à prendre de la part de personnes adultes et responsables sachant, en tout état de cause, qu'il y aura des conséquences à assumer. En effet, la garde des enfants demeure parmi les effets du divorce les plus difficiles à gérer. Ce qui demande, de la part des parents, de transiger et de composer afin d'amoindrir les dégâts.

Il est difficile de demander cela dans une époque où l'individualisation marque les relations familiales, où chacun cherche à se satisfaire individuellement, dans un climat social où le droit à l'enfant est une revendication croissante et encouragée inconsciemment. C'est pourquoi il est difficile de savoir si la considération de l'intérêt de l'enfant est prise en compte par les parents ou s'il ne s'agit que de l'expression d'un désir de l'ego alimenté, certes, par une véritable souffrance due à la séparation.

Quelques études cliniques montrent que « dans la plupart des cas, ces parents considèrent leur(s) enfant (s) comme un bien dont ils ne veulent pas se priver et c'est pourquoi ils abordent cette question en termes de droit. Des droits relatifs à leur progéniture dont, une fois

séparés de leur conjoint, ils entendent continuer de jouir comme si de rien n'était, et cela indépendamment des intérêts évidents des enfants¹⁰⁸⁹ ».

Le fait que les deux parents ne veulent guère renoncer à une relation permanente avec leur enfant est tout-à-fait légitime. Cependant, à un moment donné, le raisonnable doit primer sur le sentimental et les parents ou le juge doivent choisir la solution qui produit le moins de dégâts pour l'enfant, laissant en suspens, le désir de chacun. De ce point de vue, le moteur n'est pas le droit de la mère ou du père à son enfant, mais le droit de l'enfant de recommencer à vivre sereinement après le « drame » du divorce.

601. Ce qu'il faut comprendre, c'est qu'après chaque divorce il y a certainement un manque, une frustration et une perte au niveau humain et matériel. En revanche, il faut se rappeler que l'enfant n'est pas un bien. Donc, la gestion de sa vie après la séparation ne se calcule pas en termes de perte ou de gain pour les parents. En conséquence, ce manque et cette frustration sont tout-à-fait légitimes et doivent être acceptés pour penser raisonnablement l'après divorce de l'enfant et non pas seulement des parents.

En conclusion, il faut être conscient que la montée d'un droit à l'enfant, même si plus d'un ne croient pas à ce concept, ne peut être évitée aujourd'hui. Toutefois, il est possible d'y faire face si nous croyons qu'elle n'est pas légitime. Il est indispensable d'équilibrer tout cela en suggérant un retour aux garanties réelles des droits de l'enfant, c'est-à-dire les parents et l'incapacité protectrice.

Paragraphe 2 : L'altération du milieu naturel de l'enfant

602. Qu'elle soit une réalité ou pas, la revendication d'un droit à l'enfant provoque des changements considérables dans les structures familiales et sociales de la même manière que les droits de l'enfant. En général, le rapport à l'enfant peut changer des données perçues jusqu'à un certain temps comme des évidences. Nous assistons à une révolution du lien social dont les liens familiaux étaient l'origine et la base. L'évidence qui consiste à affirmer que la famille est la cellule de base de la société commence à être remise en cause. Avec l'émergence de l'enfant individu, tous les liens familiaux sont bouleversés. D'ailleurs, c'est « pour la première fois dans l'aventure humaine que les nouveaux venus sont conçus, dans tous les sens du terme, en tant qu'individus¹⁰⁹⁰ ». L'auteur de cette phrase défend la

¹⁰⁸⁹ Claude SCHAUDER « Souffrances psychiques liées à la séparation conjugale, droit à l'enfant et postmodernité », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2009/4 n° 78, p.16

¹⁰⁹⁰ Marcel GAUCHET, « L'enfant du désir », *Le Débat*, 2004/5 n° 132, p. 99

thèse selon laquelle les conditions de l'entrée de l'enfant dans la vie actuelle change la construction familiale et en conséquence sociale.

603. On parle désormais de l'enfant du désir qui est d'abord le résultat, d'une part des innovations techniques de la procréation et d'autre part de l'évolution sociologique contemporaine.

L'arrivée de l'enfant dans la vie d'aujourd'hui est programmée, « il n'est plus le fruit aléatoire de la sexualité ¹⁰⁹¹ » ni le résultat d'un cadre légal préétabli qu'est le mariage. C'est pourquoi, désormais, il ne s'agit plus d'avoir des enfants mais de faire des enfants. En effet, la sexualité ne se vit plus dans le mariage puisque, elle aussi, a changé de statut du point de vue de la vie sociale : « la sexualité n'est plus une question intimement liée à l'existence même du collectif et contraignante par là-même, elle est intégralement à la disposition des individus, elle ne regarde qu'eux. La collectivité n'a pas à en connaître ¹⁰⁹² ».

En plus de la programmation, l'arrivée de l'enfant s'est privatisée. En se détachant de l'esprit de la collectivité, la parenté est devenue un espace fermé et concentré sur l'épanouissement singulier de ses membres et sur leurs désirs personnels.

L'enfant est désormais le produit privé de ses géniteurs qui ne le font plus par nécessité de la vie, ni pour perpétuer une lignée, il est strictement « le fruit du désir singulier, personnel, de ses parents, un désir portant sur sa singularité d'individu ¹⁰⁹³ ». Ainsi, la programmation et la privatisation de l'arrivée de l'enfant changent les liens familiaux après qu'elles ont été transformées au niveau de l'alliance.

604. L'axe horizontal du lien familial qui est le mariage, ne remplit plus sa fonction. C'est pour cette raison que « certains analystes ont pensé que le lien de filiation était appelé à devenir la colonne vertébrale du droit de la famille selon la formule souvent répétée, « l'enfant fait famille ¹⁰⁹⁴ ». Néanmoins, cette idée est difficile à mettre en œuvre, sachant que le rapport à l'enfant a subi lui aussi des changements. Comme nous l'avons déjà évoqué, même la conception de l'enfant n'obéit plus aux mêmes stéréotypes.

Ainsi, les changements simultanés survenus dans le cadre social de la parenté comme la banalisation de la sexualité, les modifications de l'alliance, la nouvelle place de la filiation et

¹⁰⁹¹ Idem, p. 102

¹⁰⁹² Marcel GAUCHET, « L'enfant du désir », *Champ psychosomatique*, 2007/3 n° 47, p. 13

¹⁰⁹³ Idem, p. 14

¹⁰⁹⁴ Jean-Paul HILTENBRAND et Gérard AMIEL, « Interview sur le Droit de la famille avec Monsieur le Professeur Pierre MURAT » *Juriste de droit de la famille. Université Grenoble II, La revue lacanienne*, 2010/3 n° 8, p.50

la dévalorisation du nom de famille aujourd'hui (A) mettent à mal la place des parents, notamment en instaurant la suprématie de l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A. Les mutations de la parenté

605. La parenté comme axe vertical du lien familial est aussi en pleine mutation. D'ailleurs, il est de plus en plus rare d'évoquer le terme de parenté qui a cédé la place à () celui de la parentalité. La parenté ne se confond pas avec la parentalité parce que la première est plus stable et exclusive. La seconde, par contre, est plus mouvante et commune. Selon Françoise Dekeuwer-Défossez « la famille ménagère, celle qui vit sous un même toit, a des fonctions de parentalité à l'égard des enfants qui y sont élevés, c'est-à-dire qu'elle leur donne les moyens, matériels, éducatifs et affectifs, de devenir des adultes. Cette fonction est accomplie quel que soit le statut juridique de ces enfants. Il ne faut pas confondre avec la parenté, qui inscrit un enfant dans une lignée généalogique. La parentalité peut changer, être dévolue successivement ou même simultanément à plusieurs personnes. La parenté, elle, est beaucoup plus exclusive¹⁰⁹⁵ ».

606. La parenté inscrit, chaque fois, le nouveau venu dans une lignée et ainsi elle le fait rentrer dans la société pour constituer un maillon dans cette chaîne. La parenté s'attache impérativement à la filiation qui est « l'histoire et l'avenir d'une personne et d'une société¹⁰⁹⁶ ». Étant à la fois une donnée naturelle et culturelle, la filiation est marquée par une complexité qui rend difficile sa tâche de stabilisateur des liens familiaux. Si, avant le droit de la filiation prenait essentiellement en considération la continuité et la légitimité des liens familiaux, aujourd'hui avec la montée des droits fondamentaux et l'égalité des statuts, c'est l'individu qui est mis au centre de ce droit. Entre la vérité biologique et les considérations familiales, le droit de la filiation vit un grand déséquilibre.

Sans rentrer dans le détail de cette problématique, il est essentiel de se concentrer sur le rôle de la filiation, élément clé de la parenté, dans l'établissement de l'ordre social. En effet, il est vrai que la filiation est un lien qui lie l'individu à un autre, mais il est aussi un lien collectif qui attache l'individu à une famille et plus loin encore à une société. « Au-delà de l'individu, il garantit la paix sociale : comme l'affirmait la Cour de cassation dans l'arrêt *Wrède*, " l'état des personnes ne peut demeurer incertain sans qu'il en résulte un trouble profond dans les

¹⁰⁹⁵ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La filiation en question » in *Inventons la famille !* (Ouvrage collectif), Les Éditions Bayard, 2001, 247 pp. Collection : Société : version numérique réalisée le 27 juin 2011 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Québec, p.15

¹⁰⁹⁶ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *La famille, DeFrénois*, 2006, p. 353

familles et une atteinte grave à l'ordre social"¹⁰⁹⁷ ». À ce sujet, la filiation n'est pas une simple affaire personnelle fondée sur la volonté individuelle de reconnaître l'enfant que je veux comme je veux.

Même si « les considérations familiales auraient plus ou moins disparu en Occident ¹⁰⁹⁸ », la filiation peut être un des moyens rénovateurs des liens familiaux si elle conserve son rôle de garant du lien social. Certes, la filiation peut être un élément de stabilité à condition qu'elle ne succombe pas à la tentation individualiste qui ne cesse de s'accroître.

607. Outre la filiation, le nom constitue une autre dimension du lien de la parenté¹⁰⁹⁹. Instrument d'identité et signe d'appartenance à une famille, le choix du nom ne répond plus à ces finalités. Son choix est l'une des expressions d'un droit subjectif individuel et de l'égalité des sexes dans la sphère familiale. Avec un nouveau rapport à la lignée fondé sur le droit de choisir, la transmission du nom devient, elle aussi, un jeu d'élection. La lignée, aujourd'hui, n'est « qu'un imaginaire personnel¹¹⁰⁰ », elle ne crée plus d'engagement ni de fidélité entre les générations. C'est pour cette raison que le nom n'a plus cette valeur symbolique qui définit l'appartenance à une famille.

Le rapport électif à la lignée a entraîné la liberté de choisir le nom de famille. L'attribution du nom et le lien de la filiation ne font plus qu'un. Si l'attribution du nom dépend, plus au moins, de la filiation, l'inverse n'est pas possible. En effet, un enfant qui porte le nom de son père et de sa mère ne marque pas automatiquement son appartenance à cette famille (adoption) d'autant plus que, dans d'autres hypothèses, un enfant peut ne jamais porter l'un des noms de ses parents, notamment celui de son père.

Les réformes du nom de la famille entreprises dans tous les pays de l'Union européenne à la fin du XXème siècle ont pour objectif d'instaurer l'égalité dans les couples mariés et non mariés dans la transmission du nom. D'ailleurs, le système français d'attribution du nom risquait une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme pour discrimination

¹⁰⁹⁷ Idem, p. 363

¹⁰⁹⁸ Idem

¹⁰⁹⁹ Cf. le n° 5/2009 de *l'AJ famille*, dossier spécial sur le « Nom de famille », constitué des articles suivants : Jacqueline BOUTON, « Le nom des conjoints : un domaine à régler », p. 192 ; Catherine HIGY, « Panorama de droit comparé sur le nom du conjoint », p. 195 ; Catherine MARIE, « Le nom de l'enfant », p.199 ; Tassadit BOUZEMBRAK & Marianne SCHULZ, « Changement de nom », p. 204 ; Corinne DOUBLEIN, Tableaux récapitulatifs, p. 208 ; Laurent GEBLER, « Fiche pratique : Le nom de famille : schéma procédural », p. 210 ; Frédérique NIBOYET, « Le nom de famille et les couples binationaux », p. 211 ; Paul LAGARDE, « La convention de la CIEC sur la reconnaissance des noms », p. 213.

¹¹⁰⁰ Jean-Hughes DECHAUX, *Sociologie de la famille*, Paris, La Découverte « Repères », 2009, p. 95

fondée sur le sexe¹¹⁰¹. Ainsi, le nom a fait l'objet de plusieurs réformes : la loi du 4 mars 2002 modifiée par la loi du 18 juin 2003 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 ; des modifications à l'occasion de la réforme de la filiation du 4 juillet 2005 par voie d'ordonnance et finalement la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance de 2005 modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

L'un des premiers points de ces réformes est de supprimer le nom patronymique longtemps utilisé en France. Désormais, il s'agit d'un nom de famille plus égalitaire et faisant place à l'expression des volontés individuelles. Ainsi, les parents ont la possibilité de choisir de transmettre à leur descendance le nom du père, de la mère, ou les deux noms accolés dans l'ordre qui leur convient.

Un des derniers socles de l'édifice du patriarcat a été détruit « mais aussi (celui) de la lignée¹¹⁰² ». Cette réforme « institue le passage d'un système de transmission obligatoire du nom, où les père et mère ne sont que les maillons d'une lignée, à un système fondé sur la liberté de choix¹¹⁰³ ».

608. La troisième dimension de la parenté est le lien qui lie, au quotidien, l'individu à ses auteurs et à sa famille. Si le droit a voulu organiser ce lien en termes de droits et de pouvoirs reconnus aux père et mère sous le concept de l'autorité parentale, le lien qui attache les parents à leurs enfants est plus large que celui-ci. Néanmoins, la dimension juridique ne s'intéresse qu'à l'autorité parentale : le lien défini par le droit.

Pendant longtemps, le lien entre parents et enfant allait de celui-ci vers l'autre. Ce qui veut dire que le lien était construit unilatéralement par le père, c'est lui qui définissait ses modalités et ses prérogatives. Il s'agissait de la puissance paternelle érigée par le Code Napoléon. Aujourd'hui, cette conception patriarcale a disparu. Elle a été remplacée par l'autorité parentale : « Autorité, car si le mot de puissance évoquait un pouvoir illimité, propre à son titulaire, celui d'autorité est moins fort et suggère une fonction attribuée dans l'intérêt d'autrui. Parentale, car cette fonction n'est plus un monopole du père : elle appartient à égalité aux père et mère qui, en principe, l'exercent en commun¹¹⁰⁴ ». C'est ainsi que l'autorité parentale est « l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux père et mère sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur non émancipé afin d'accomplir leurs devoirs

¹¹⁰¹ CEDH, 22 février 1994, Burghartz c. Suisse : D. 1995, p.5, note MARGUENAUD

¹¹⁰² Jean-Hughes DECHAUX, *op. cit.*, p. 96

¹¹⁰³ *Idem*

¹¹⁰⁴ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 591

de protection, d'éducation et d'assurer le développement de l'enfant, dans le respect dû à sa personne¹¹⁰⁵ ».

À partir de la loi du 4 juin 1970 jusqu'à celle du 4 mars 2002, un grand pas en avant a été franchi vers une plus grande égalité entre le père et la mère dans l'exercice de cette fonction. Cette loi a donc consacré la coparentalité comme mode de répartition de droits et pouvoirs entre les deux titulaires de l'autorité parentale. S'agissant d'une fonction et non pas d'un droit subjectif ou d'une prérogative purement individuelle, la finalité de l'autorité parentale est prédéfinie par la loi. Selon l'article 371-1 du Code Civil, le père et la mère ont pour mission de protéger leur enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, d'assurer son éducation et de permettre son développement personnel.

Bien que la loi du 4 mars 2002 donne aux parents une vocation exclusive et entière à exercer l'autorité parentale, en contrepartie elle a exigé de leur part une sorte de condition : les droits et devoirs des parents doivent être exercés dans l'intérêt de l'enfant. De plus, la loi a supprimé toute mention de garde, de surveillance et d'éducation du fait que ces derniers constituent souvent des thèmes de conflits avec les enfants, notamment les adolescents, et dont la conformité à l'intérêt de l'enfant est fortement exigée. A cela s'ajoutent les droits de l'enfant qui participent, sans doute, à rendre la vision moins nette pour des parents.

Cela dit, si le législateur avait pour intention d'abolir la puissance paternelle pour le bien de l'enfant et d'instaurer plus d'égalité dans la fonction entre le père et la mère, il a ignoré que la montée de l'individualisme allait certainement recréer un autre déséquilibre entre les parents et l'enfant. Il est certain qu'aujourd'hui « les prérogatives parentales se trouvent quelque peu concurrencées par des droits reconnus à l'enfant et l'articulation des deux systèmes de pensée a parfois du mal à se faire avec netteté¹¹⁰⁶ ». En effet, désormais, l'enfant individu rentre dans la famille : il n'est plus question de parler des membres de la famille mais des individus de la famille puisque les premiers se lient, forment un groupe, par contre les seconds se fragmentent et chacun cherche à se satisfaire individuellement.

B. La mise à mal de la place des parents

609. Dans ce genre de contexte, les parents ont du mal à se retrouver dans leur fonction, d'autant plus si le droit ne cesse de leur rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant

¹¹⁰⁵ Idem

¹¹⁰⁶ Pierre MURAT interviewé par Jean-Paul HILTENBRAND et Gérard AMIEL, *op. cit.*, p. 57

est un « principe directeur de tout action¹¹⁰⁷ ». « L'intérêt supérieur de l'enfant » contrairement à « l'intérêt de l'enfant » se classe au premier rang des préoccupations de la famille comme de l'Etat. Cela ne peut être qu'au détriment de l'intérêt général. Cette idée peut être démontrée au niveau sociologique dans le changement « de l'idéal des parents¹¹⁰⁸ ». Ces derniers, dans leur fonction, prétendent vouloir le bonheur de leurs enfants. Ce bonheur avait un lien intime avec la vie sociale, le groupe et la collectivité : « le bonheur, dans l'esprit des parents de la famille institutionnelle, jusqu'à tout récemment, c'était celui d'un enfant qui ferait son chemin dans la vie en étant bien armé pour la vie sociale. La mission de la famille était donc de l'adapter à cette existence pour la société qui était la condition de son bonheur¹¹⁰⁹ » Ce qui a changé, dorénavant, est que ce bonheur n'a pas du tout le même sens. Il est un bonheur individuel dissocié de l'intérêt de la société, sinon contre la société. Les parents d'aujourd'hui désirent de la société une reconnaissance personnelle et singulière de leurs enfants, ignorant que la règle de base de la vie sociale est l'impersonnalité. Si ces parents ont pu satisfaire la demande singulière de leurs enfants, la société, de sa part, n'est pas censée répondre aux intérêts particuliers. Le changement « de l'idéal des parents » est l'une des manifestations de la montée de l'individualisme qui a donné naissance au concept de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Ces deux manifestations se rejoignent et s'alimentent mutuellement.

610. En parlant d'un intérêt supérieur de l'enfant, le qualificatif supérieur a un sens précis et voulu. Il n'est pas là, simplement, pour contraindre les familles et l'Etat à respecter les droits des enfants, il a un effet « idéologique » qui change l'inconscient et le réel : « le passage de « l'intérêt » à « l'intérêt supérieur » de l'enfant n'est donc pas innocent : il traduit la volonté de substituer à une logique de droit public, centrée sur l'intérêt général, une logique de droit privé, au service d'intérêts particuliers¹¹¹⁰ ».

D'ailleurs, les juridictions françaises comme la Cour européenne des droits de l'Homme utilisent le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens « d'un intérêt supérieur par rapport aux autres intérêts en présence (ceux des parents, ceux des tiers, ceux de l'État) », au lieu d'opter pour une lecture plus raisonnable, celle d'un intérêt supérieur de l'enfant au sens de son plus grand intérêt (ce qui est le meilleur pour lui, d'autant que ses intérêts peuvent être

¹¹⁰⁷ Recommandation du rapport du Conseil de l'Europe « *les droits de l'enfant. Une perspective européenne* », éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg ; 1996, p.9-12

¹¹⁰⁸ Marcel GAUCHET, *op. cit.* , p. 17-19

¹¹⁰⁹ Idem

¹¹¹⁰ Gilles LEBERTON, « 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, p.79

multiples, peut-être même contradictoires)¹¹¹¹. Ainsi, différentes décisions, notamment l'arrêt Johansen c/ Norvège du 7 avril 1996¹¹¹² affirme clairement la suprématie de l'intérêt supérieur de l'enfant sur l'intérêt des parents par exemple. La Cour souligne que « bien qu'il faille ménager un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant et ceux de ses parents, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents...».

611. Si la notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant » a été consacrée, en principe, pour une fonction exclusive qui est la libération de l'enfant, elle intervient dans la fonction protectrice mais d'une façon dérogatoire¹¹¹³. Sa double intervention dans les deux fonctions démontre son flou conceptuel et sa difficulté d'être mise en œuvre. Néanmoins, bien que la France soit restée réticente par rapport à l'intégration totale de ce concept dans le droit, son effet ne peut pas être ignoré dans le dysfonctionnement des liens familiaux, notamment ceux de la parenté. Concurrencer les intérêts ainsi que les droits de chacun des enfants et des parents n'a rien de révolutionnaire ni de progressiste. Au contraire, cette concurrence ne peut être que nuisible à l'institution familiale et par conséquent au lien social.

612. Finalement, si tout le monde est d'accord sur le fait que les liens familiaux souffrent aujourd'hui d'un dysfonctionnement, il est important d'admettre, toutefois, qu'ils fonctionnent encore : « la famille reste une valeur sûre, les enquêtes sociologiques le montrent ; la revendication de liens de type familial comme modèle le montre également ¹¹¹⁴». En outre, c'est grâce aux liens familiaux que la solidarité se préserve et c'est ce qui est encore évident aujourd'hui. La situation actuelle a changé dans la direction d'un délitement des liens familiaux : ils existent encore mais ils sont plus fragiles. Cela est dû à une combinaison de plusieurs facteurs dont le principal est la référence à l'approche fondée uniquement sur « les droits » : ne « voir les rapports sociaux qu'à travers le prisme des droits fondamentaux ¹¹¹⁵». C'est la nouvelle valeur qui domine aujourd'hui et qui s'imisce dans le droit de la famille en s'imposant aux individus et au corps social comme un dogme.

613. Les droits de l'enfant en termes de libération sont le résultat avéré de cette approche à sens unique qui rejette toute autre que celle qui exalte la liberté individuelle et

¹¹¹¹ Hugues FULCHIRON, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gazette du Palais*, 08 décembre 2009, n° 342, p. 15

¹¹¹² Frederique SUDRE, *JCP* 1997, I, p. 4000

¹¹¹³ Gilles LEBERTON, *op.cit.*, p.79

¹¹¹⁴ Pierre MURAT interviewé par Jean-Paul HILTENBRAND et Gérard AMIEL, *op. cit.* , p. 49

¹¹¹⁵ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *op. cit.* , p.27

sacralise les droits subjectifs. Le défi aujourd'hui est de remettre les droits de l'enfant à la place qui leur convient dans le droit de la famille. En effet, l'enfant, ses droits et son intérêt ne sont que des composantes du droit de la famille qui est censé prendre en considération le groupe et des collectivités. C'est dans le groupe que constitue la famille encadrée par une morale sociale, que les droits de l'enfant ne risquent pas de produire des déséquilibres. Les droits de l'enfant doivent être perçus dans une approche globale, notamment l'approche pédagogique et moraliste, quoique, parler désormais « d'un droit familial moraliste ou moralisateur ¹¹¹⁶ » est une sorte d'injure et l'est d'autant plus concernant le thème d'individualisme : les droits de l'enfant. Et pourtant, cette lecture peut garantir un certain équilibre tant recherché en droit de la famille.

¹¹¹⁶ Idem

Section 2 : A la recherche des équilibres

614. Puisque la fonction du droit dans la famille ne consiste pas, seulement, à constater ce qui est, ni de suivre à l'aveugle la réalité, se fonder sur une approche purement individualiste qui prône que la promotion des droits fondamentaux dissimule la fonction symbolique du droit structurant de la société. Parce que le droit s'est contenté de résoudre des difficultés ponctuelles, de gérer des situations particulières et de répondre à des revendications individuelles, sa dimension symbolique collective commence à s'estomper. Ce qui a créé, en conséquence, des contradictions insurmontables dans des réformes « où l'emportent les réponses trop souvent purement techniques, fragmentaires, sans cesse amendées, si bien qu'aucun message cohérent d'ensemble n'est audible socialement et que nos codes ont tendance à devenir de simples listes de recettes sans âme ni culture¹¹¹⁷ ». Pierre Murat réplique : « je crois qu'un des grands défis d'avenir du droit de la famille est de trouver des équilibres corrects entre la force symbolique et la fonction pragmatique du droit¹¹¹⁸ ».

615. Ainsi, pour remédier au déséquilibre opéré dans le droit de la famille causé en premier lieu par l'instabilité matrimoniale et, dorénavant, par l'individualisation de l'enfant et la promotion de son « intérêt supérieur », il est indispensable de « de poursuivre le travail d'approfondissement, beaucoup plus difficile il est vrai, de reconnaissance et d'approfondissement des droits de l'enfant, en exploitant notamment toutes les potentialités de la CIDE et de ses différents articles¹¹¹⁹ ». En effet, le texte international offre, lui-même, la réponse à ce déséquilibre en consacrant des droits à l'enfant mais en modérant, simultanément, leur intensité. Ainsi, dès son préambule, la CIDE a reconnu explicitement « la famille comme unité fondamentale de la société et milieu naturel pour l'enfant ». Elle a également imposé aux États parties de respecter la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille (...) de 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 Convention¹¹²⁰.

616. Outre la place accordée par la CIDE à la famille et notamment aux parents, celle-ci a rappelé, dans son préambule, la Déclaration des Droits de l'Enfant qui prône la protection

¹¹¹⁷ Pierre MURAT interviewé par Jean-Paul HILTENBRAND et Gérard AMIEL, *op. cit.*, p. 62

¹¹¹⁸ Idem

¹¹¹⁹ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p.15

¹¹²⁰ Article 5 de la CIDE

de l'enfant «en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle », elle a déclaré que celui-ci a besoin « d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance ».

C'est pourquoi, il est indispensable de voir l'émancipation de l'enfant, instauré par la CIDE, comme un outil, non comme une finalité, vers son futur de sujet libre et responsable. L'autonomie et l'épanouissement garantis par ses droits sont une conquête personnelle et individuelle mais, surtout, un avantage pour la société, au service de l'intérêt général. Certes, tout le monde se dirige vers l'enfant comme le dernier stabilisateur des liens familiaux « seule unité sauvée du naufrage¹¹²¹ », mais cela ne peut être sûr que si l'enfant, les parents et l'Etat trouvent chacun leur place respective.

Avant d'être libre et responsable, il faut « laisser mûrir l'enfance dans l'enfant » comme l'affirme Rousseau, en lui donnant l'opportunité d'apprendre et d'être l'objet d'une démarche éducative profonde et sincère assurée par des parents responsables. Arracher l'enfance à un enfant est le condamner à rester longtemps, sinon pour toujours, irresponsable et immature. En effet, la protection de l'enfant suggère qu'il soit appréhendé juridiquement en tant qu'individu mais en considération de l'évolution de son âge. L'enfant doit bénéficier de ces droits tout en restant enfant, ce qui veut dire : être incapable juridiquement, être protégé et être éduqué aussi.

Ainsi, il est désormais indispensable de trouver des équilibres en approfondissant d'autres droits de l'enfant consacrés par la CIDE¹¹²² comme le droit de l'enfant à des parents responsables (paragraphe 1) et le droit de l'enfant d'être respectés dans son âge et son degré de maturité (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La revendication d'un droit de l'enfant à des parents responsables

617. La CIDE a mis les parents au premier plan pour garantir l'exercice des droits de l'enfant. En valorisant leur rôle et celui de la famille en générale, la Convention a fait en sorte de les mettre devant leur responsabilité. En effet, une manière intelligente et efficace pour obtenir des résultats effectifs. L'annonce dans le préambule de la place de la famille comme milieu naturel de l'enfant dans lequel il doit grandir, son rôle dans l'épanouissement de l'enfant et le droit des parents dans la guidance de leurs enfants est une affirmation claire et ferme du droit de l'enfant à des parents responsables. En ayant des parents responsables, les

¹¹²¹ Gilles LEBRETON, *op.cit.*, p. 77

¹¹²² Cf. Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p.15

droits de l'enfant ne seront jamais bafoués. Cependant, cette disposition n'a pas été davantage exploitée par les législations internes. Ainsi, on n'invoque souvent l'autorité parentale que pour souligner l'absence de son exercice car on a surtout mis en avant les interventions de l'Etat en cas de défaillance du rôle des parents sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹²³. Toutes les lois à partir de celle de 2002 sur l'autorité parentale, la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance et toutes les réformes de la justice des mineurs délinquants cautionnent cette lecture. Certes, elles mettent l'enfant au centre du dispositif, mais en écartant le rôle primordiale des parents dans la réalisation effective des droits de l'enfant.

618. D'ailleurs, le fait de confondre aujourd'hui la fonction parentale et l'autorité parentale réduit considérablement le rôle et la place des parents. En effet, avec la montée de la judiciarisation de la société ainsi que de la famille, le rapport des parents envers leurs enfants a pris le caractère réduit du concept juridique de l'autorité parentale. Pourtant la fonction parentale est plus large qu'un nombre de droits et de devoirs accordés et garantis par la loi. C'est ce que démontre François de Singly en analysant une phrase extraite du rapport de Françoise Dekeuwer Defossez de 1999: « valoriser l'autorité parentale passe, symboliquement, par la réaffirmation de l'importance de la fonction parentale¹¹²⁴ », il commente : « phrase très étrange puisqu'il semble que c'est l'inverse qui devrait être écrit, selon l'orientation des propositions contenues dans ce rapport : réaffirmer l'importance de la fonction parentale passe par la revalorisation de l'autorité parentale¹¹²⁵ ». En effet, la première inclut la seconde puisque l'autorité parentale n'est qu'une des dimensions de la fonction parentale. D'ailleurs : « il n'est pas concevable qu'un mot comme « autorité » soit pris comme symbolisation, concentration de la fonction parentale. Non que l'autorité ait disparue comme une des conditions du fonctionnement de cette fonction, mais elle ne constitue qu'une dimension qui n'est pas la plus haute et qui donc ne saurait résumer cette fonction¹¹²⁶ ».

Certainement, les autres dimensions de la fonction parentale ne sont pas de caractère juridique, ce qui veut dire qu'elles ne sont prévues par aucune loi ni sanctionnée en cas de violation.

¹¹²³ Cf. Marc JUSTON, « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gazette du Palais*, 12 août 2006 n° 224, p. 2

¹¹²⁴ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN, *L'autorité parentale en question*, Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 14

¹¹²⁵ Idem

¹¹²⁶ Idem, p. 15

619. Nous assistons durant ces dix dernières années à une montée de la demande d'une valorisation de la fonction parentale. Sans doute en annonçant les prémices d'un déclin de l'institution familiale, plusieurs acteurs publics et privés voient dans la revalorisation de la parentalité un moyen de secours. De ce fait, « un espace social pour la parentalité s'est donc fabriqué dans la dernière décennie ¹¹²⁷ » : familles, associations de protections des familles, pouvoirs publics parlent tous de valoriser la fonction parentale comme une façon de rendre aux parents leur valeur pour mieux exercer leurs fonctions. Cette prise de conscience concrétise parfaitement les dispositions de la CIDE rappelant que la famille est le milieu naturel de l'enfant et que l'Etat s'engage à respecter le rôle des parents dans la réalisation des droits de leurs enfants.

De même, la CIDE prévoit dans son article 18 que « la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents (...) ». Il s'agit d'une affirmation explicite d'un droit de l'enfant à des parents responsables et valorisés.

620. Bien que le texte international fait référence plutôt à la responsabilité parentale qu'à l'autorité, le contenu reste le même. De la sorte, pour la réalisation des droits de l'enfant d'une façon à ne pas mettre en danger la structure familiale en entier et à ne pas ébranler tout un système juridique, une certaine autorité des parents guidée par le sens de responsabilité est désormais exigée.

Certes, le terme « autorité » n'est pas le plus idéal pour décrire la fonction des parents qui demande « rigueur, souplesse et inventivité ¹¹²⁸ » mais, il participe à garder un équilibre entre les prérogatives des parents et la place des droits reconnus à l'enfant. C'est pourquoi, il est indispensable de sauvegarder l'autorité parentale parce que les enfants ont aussi le droit d'avoir des parents responsables (A) et soutenus dans leur fonction (B).

A. La sauvegarde de l'autorité parentale

621. Après l'abolition de la puissance paternelle par la loi de 1970, l'autorité parentale constituait un très grand progrès. A l'époque, la famille était encore synonyme de légitimité et de stabilité. Le processus de transformations familiales et sociales n'avait pas encore pris tout son élan. D'ailleurs, selon Hugues Fulchiron « malgré les lois de 1987 et de 1993, le droit français de l'autorité parentale reste en effet marqué par le modèle de la famille légitime unie.

¹¹²⁷ Michel CHAUVIERE, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », *Informations sociales*, 2008/5 n° 149, p. 21

¹¹²⁸ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN, *op. cit.*, p. 24

Divorce et naissances hors mariage sont encore conçus comme des exceptions par rapport à ce modèle¹¹²⁹ ».

622. L'autorité parentale à partir de la loi de 2002, répond aux mutations de la famille et à l'émergence d'un ensemble de réalités sociales méconnues auparavant. Le nouveau rapport à l'enfant et la reconnaissance de ses droits fondamentaux a changé les données de la façon dont les parents, et non le père, doivent accomplir leurs devoirs d'entretien, d'éducation et de protection. Dans l'autorité parentale il y a le mot autorité, ce concept qui a suscité et qui suscite encore de grandes discussions jusqu'à proposer de retenir en droit français un autre terme et d'abandonner celui de l'autorité parentale. D'ailleurs, François de Singly insiste sur le fait que le passage de l'autorité paternelle à l'autorité parentale n'est pas seulement la conséquence de l'égalité des sexes, de la reconnaissance des droits de l'enfant, mais, c'est aussi à cause de la contestation de la place accordée à l'autorité, ce qui l'a poussé à mettre en cause la conservation du terme de l'autorité et de regretter que la loi de 2002 ne soit pas établie sur ce principe.

En faisant le parallèle entre la puissance et l'autorité, celle-ci se réfère à une fonction où les droits et les devoirs se situent au même niveau. Si le mot puissance est chargé d'une connotation d'un pouvoir illimité qui donne des privilèges à sens unique, l'autorité est d'abord une fonction exercée dans l'intérêt d'autrui notamment celui de l'enfant.

623. Bien que la plupart des textes internationaux et européens aient remplacé l'expression de l'autorité parentale par celle de la responsabilité parentale, le législateur français a refusé « d'adopter un terme qui aurait suggéré que l'autorité parentale se bornait à imposer des obligations, méconnaissant ainsi la nature complexe d'une institution où s'entremêlent, tout naturellement, droits, pouvoirs et obligations¹¹³⁰ ». La conservation du terme de l'autorité a pour objectif de garder un certain équilibre entre les droits et les devoirs des parents outre sa représentation symbolique.

Le fait d'abandonner le terme de l'autorité constituerait certes un appauvrissement selon Pierre Murat : « l'idée d'autorité est beaucoup plus complète et beaucoup plus équilibrée que l'idée de responsabilité des parents qui risque de plus d'être confondue avec la responsabilité civile des parents au sujet des faits de leur enfant mineur, ce qui est tout autre chose. Le concept d'autorité a une richesse en termes de réciprocité et un caractère symbolique que celui de responsabilité n'a pas. Le terme d'autorité retenu par la loi de 1970 mérite d'être

¹¹²⁹ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN, *op. cit.*, p.30

¹¹³⁰ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 592

défendu en raison de l'équilibre entre les droits et les devoirs dont il est profondément porteur¹¹³¹ ».

En revanche, la question qui se pose est si la conservation du terme de l'autorité a servi à trouver cet équilibre entre les droits des parents et leurs devoirs. À vrai dire, la conservation du mot autorité a-t-il sauvegardé l'autorité parentale ou, au contraire, est-ce cette conception même qui a profondément évolué ? (1). Outre, la valeur sémantique et symbolique du mot autorité, ce dernier ne pourra, à lui seul, renforcer l'autorité parentale. D'ailleurs, le texte international en accordant à l'enfant le droit à ses parents a fait en sorte de la sauvegarder (2).

1. Les évolutions de l'autorité parentale

624. Pour répondre, l'autorité parentale contemporaine n'a rien d'autoritaire au sens négatif du terme. Celle-ci a pu s'adapter aux évolutions des familles contemporaines et à l'émergence des droits de l'enfant. Autrefois, l'autorité était le moyen de faire obéir les enfants. Désormais, comme il n'existe plus un devoir d'obéissance envers les parents, alors, nous ne pouvons pas parler d'autorité au sens de contrainte. Les parents titulaires de l'autorité parentale ne peuvent contraindre que si l'intérêt de l'enfant l'exige. Les seules exigences prévues par la loi de la part des enfants envers leurs parents sont honneur, respect¹¹³² et ne pas quitter le domicile familial¹¹³³. En plus, comme l'autorité parentale se définit, désormais, par ses fins et non par ses moyens, l'autorité n'est plus un élément central dans le travail parental. Parce que la loi ne dit plus comment faire pour être « de bons parents », elle trace uniquement les finalités de leur mission. Ainsi, selon l'article 371-1 du code civil « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

625. Il est vrai, alors, que la conception de l'autorité parentale est loin d'être celle de 1970. Trois grandes évolutions peuvent être soulignées : « De l'égalité parentale à la coparentalité, de l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant et de l'égalité entre enfants à un droit commun de l'autorité parentale¹¹³⁴ ».

L'égalité a été consacrée d'abord dans le couple en abolissant la puissance maritale et ensuite dans la famille en supprimant la puissance paternelle. L'autorité parentale est aujourd'hui partagée par le père et la mère à titre égal. Bien que cette affirmation ne soit pas aussi claire

¹¹³¹ Pierre MURAT interviewé par Jean-Paul HILTENBRAND et Gérard AMIEL, *op. cit.*, p.58

¹¹³² Article 371 du Code civil

¹¹³³ Article 371-3 du Code civil

¹¹³⁴ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, pp. 594-598

que nous le croyons puisque l'égalité dans la gestion des affaires de l'enfant ne veut pas dire grand-chose : est-ce une sorte de compromis entre le père et la mère, est-ce c'est un partage de tâches et de prise de décision ou est-ce que c'est justement une complémentarité entre le père et la mère ? Les trois façons d'exercer l'autorité parentale signifient une seule chose c'est la participation conjointe et mutuelle des deux parents dans la prise en charge de leur enfant, à titre égale ou en compromis ou en complémentarité. C'est pour cette raison qu'il est plus pertinent de parler de coparentalité, qu'il s'agisse de famille construite en mariage ou hors mariage, dans une famille vivant sous le même toit ou dans des familles désunies, dans la famille biologique ou adoptive.

Bien que l'autorité parentale soit l'ensemble des droits et de pouvoirs reconnus par la loi aux parents, ces derniers doivent être déployés dans l'intérêt de l'enfant. Ils ne sont plus des prérogatives individuelles et subjectives puisque le bénéficiaire est l'enfant : « la notion d'intérêt de l'enfant constitue la pierre angulaire de l'autorité parentale : elle en est la condition, le critère, la mesure et la fin¹¹³⁵ ». Cependant, l'intérêt de l'enfant reste un concept large et souple ce qui permet toute sorte d'appréciation, notamment de la part des parents, qui rend le travail de contrôle très difficile. Le droit a voulu trouver une plateforme solide et claire pour l'ériger comme finalité de l'autorité parentale et pour mesurer l'exercice de cette fonction par les parents. La loi impose, aussi, que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité¹¹³⁶ »

La troisième évolution à souligner est l'exercice en commun de l'autorité parentale en consacrant d'abord l'égalité des enfants nés en mariage et en dehors du mariage et ensuite en généralisant l'exercice, en posant les fondements d'un droit commun de l'autorité parentale et en supprimant les notions d'enfant naturel et d'enfant légitime.

626. Cela dit, l'autorité parentale actuelle est moins solide que celle d'autrefois, elle est confrontée à plusieurs pressions : les droits de l'enfant, le contrôle de l'Etat, la multiplication des normes psychologiques et pédagogiques « la psychologisation de la société » etc.

Il y a un constat générale d'un affaiblissement de l'autorité parentale, déjà par des dispositions législatives qui rendent difficile sa mise en œuvre. S'il est important que les parents laissent développer chez l'enfant une certaine autonomie au fur et à mesure de son développement, cela peut compromettre l'autorité parentale.

¹¹³⁵ Idem p. 596

¹¹³⁶ Article 371-1 alinéa 3 du Code civil

C'est pour cela que la loi et l'usage leur a donné cette possibilité dans des actes de la vie courante comme effectuer des opérations bancaires, réaliser des achats... Toutefois, quelques actes de la vie courante anodins dans l'apparence peuvent être nocifs à long terme. Ainsi, l'intervention de l'autorité parentale doit être prise en considération. De plus, l'un des domaines où l'autorité parentale n'a pas une grande place est la vie sexuelle de l'enfant puisque l'enfant n'a pas besoin du consentement de ses parents en matière de contraception¹¹³⁷ et en cas d'avortement¹¹³⁸. De ce point de vue, l'autorité parentale ne couvre pas tous les aspects de la vie de l'enfant.

627. Par ailleurs, la promotion des droits de l'enfant, notamment de ses droits-libertés, n'a pas arrangé les choses, du fait que la fonction parentale elle-même a été affaiblie. Il faut rappeler qu'avant la famille moderne, la fonction principale des parents était la transmission « d'une génération à l'autre, la famille devait se produire, conserver, voire améliorer sa valeur sociale¹¹³⁹ ». Après cela, nous n'entendons plus parler de transmission puisque la famille devient un élément fragmenté dans tous les sens du terme. Le déclin de la fonction parentale en termes de transmission, additionné à l'individualisation de l'enfant, a fait que l'autorité parentale est en quête de sens. En plus d'avoir l'enfant à leur côté et sous leur surveillance, les parents doivent avoir un certain pouvoir et une certaine autorité. D'ailleurs, bien que les parents et les enfants soient égaux comme personnes, cela ne signifie pas qu'ils ont le même statut : « parents et enfants n'ont ni la même place, ni le même rôle, ni le même statut dans la famille. Que les premiers soient chargés de protéger les seconds et de les amener à la pleine capacité juridique leur donne autorité sur les seconds¹¹⁴⁰ ».

2. La mise en œuvre effective des droits de l'enfant à ses parents

628. Outre la proposition de Pierre Murat de conserver le mot autorité pour sauvegarder l'autorité parentale, l'approfondissement des droits de l'enfant et l'exploit de tout le potentiel de la CIDE proposé par Hugues Fulchiron constitue le seul moyen efficace pour éviter le déséquilibre constaté. Sur ce point, il s'agit de mettre en avant le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux sur le fondement de l'article 7-1 de la CIDE ainsi

¹¹³⁷ Article L.5134 du CSP

¹¹³⁸ Article L.162-7 du CSP

¹¹³⁹ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN, *op. cit.*, p. 15

¹¹⁴⁰ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 597

que le droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses parents et le cas échéant d'entretenir des relations personnelles et régulières avec eux prévus par l'article 9 de la CIDE.

629. D'ailleurs, en ce qui concerne la première proposition, il n'est pas question de revendiquer un retour à l'autorité ni de soutenir une dite « approche répressive¹¹⁴¹ », il s'agit seulement de préserver l'autorité parentale en gardant le terme autorité comme le précise Pierre Murat : « le terme d'autorité retenu par la loi de 1970 mérite d'être défendu en raison de l'équilibre entre les droits et les devoirs dont il est profondément porteur¹¹⁴² » ou en optant pour un autre, l'essentiel est de sauvegarder le sens et la conception de l'autorité parentale.

Par ailleurs, la loi du 4 mars 2002 a continué à considérer que l'autorité parentale est d'abord un droit qui appartient aux pères et mère de l'enfant jusqu'à la majorité, ce qui veut dire que « les droits des père et mère sont antérieurs à ceux de la société¹¹⁴³ ». Ce sont les parents qui protègent l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils assurent, ainsi, son éducation et permettent son développement, dans le respect dû à sa personne¹¹⁴⁴.

Ainsi, les parents sont les premiers à être responsables de l'entretien, l'éducation et la protection de leurs enfants¹¹⁴⁵. Ainsi, cette responsabilité leur donne le droit de choisir ce qui est bien pour leurs enfants, bien qui doit être en lien étroit avec l'intérêt de la société. C'est pourquoi les parents doivent se sentir plus ou moins autonomes et indépendant de quelque pression que ce soit, notamment l'intervention systématique de l'Etat.

630. Etant donné que l'autorité parentale est une catégorie de l'action publique¹¹⁴⁶, les parents et l'Etat doivent partager une confiance réciproque, notamment de la part de ce dernier envers les parents. Néanmoins, si les parents ne sont pas conscients de leur responsabilité, il n'est pas étonnant que l'Etat intervienne. Ce qui est complexe dans la démarche, c'est la façon dont celle-ci intervient

Désormais et plus que jamais, l'autorité parentale risque un contrôle direct et parfois systématique, de la part de l'Etat. Par exemple, la désignation de l'administrateur ad hoc¹¹⁴⁷ qui a donc pour conséquence de transférer à un tiers un aspect de l'exercice de l'autorité

¹¹⁴¹ Cf. Béatrice LAMBOY, « Soutenir la parentalité : pourquoi et comment ? » Différentes approches pour un même concept, *Devenir*, 2009/1 Vol. 21, p.35-38

¹¹⁴² Pierre MURAT interviewé par Jean-Paul HILTENBRAND et Gérard AMIEL, *op. cit.*, p. 58

¹¹⁴³ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 599

¹¹⁴⁴ Article 371-1alinéa 2 du Code civil

¹¹⁴⁵ Article 271-2 du Code civil

¹¹⁴⁶ Cf. Michel CHAUVIERE, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », *Informations sociales*, 2008/5 n° 149, p. 16-29.

¹¹⁴⁷ Article 388-2 du Code civil

parentale ; la délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale qui résulte d'un jugement rendu par le juge aux affaires familiales¹¹⁴⁸ ou plus grave encore, le déclenchement d'une procédure d'assistance éducative qui intervient dans l'exercice de l'autorité parentale lorsque la protection de l'enfant n'est plus assurée et qu'il se trouve en danger.

Certes, toutes ces interventions sont définies pour remédier au relâchement et à la démission de certains parents qui nécessitent l'appui d'autres instances extérieures, mais cela ne doit pas être un alibi pour une intervention systématique de l'arbitrage étatique, notamment sous le nom d'un soutien à la parentalité.

631. L'un des principes qui ne doit être perdu de vue lors de l'intervention de l'Etat est que les parents disposent de la vocation exclusive à exercer l'autorité parentale : le contraire est l'exception. Le retrait de l'autorité parentale, confier l'enfant à un tiers, restreindre les pouvoirs d'un des parents ou même donner une place à un beau-père¹¹⁴⁹ etc. sont considérés comme des « sanctions » vis-à-vis des parents. Ces mesures prises, même sur le fondement de l'intérêt de l'enfant, affectent directement celui-ci parce qu'un parent est toujours le même à ses yeux qu'il soit fautif, coupable ou défaillant. En effet, cette vision des choses a été partagée par la CIDE en consacrant des articles qui prévoient clairement les droits de l'enfant à ses parents, en générale : le droit de les connaître, d'être élevé par eux, de ne pas être séparé d'eux, d'en avoir des relations personnelles et régulières, d'être guidée par eux et de vivre avec eux...Tous ses droits, accordés par la CIDE à l'enfant, préservent simultanément l'autorité parentale.

Ainsi, bien que l'article 7-1 de la CIDE ait été considéré d'application directe, la mise en œuvre de l'article 9 est encore timide¹¹⁵⁰. L'application intensive de ses deux dispositions est le seul moyen de sauvegarder l'autorité parentale, profondément, affectée, mais qui demeure importante et symbolique pour les parents comme pour les enfants. Finalement, le droit de l'enfant à des parents responsables passe aussi par le soutien des parents dans leur fonction.

¹¹⁴⁸ Article 377, al. 2 du Code civil

¹¹⁴⁹ Cf. Réflexion sur la question « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », Tables rondes organisées par le laboratoire de sociologie juridique de Paris II (Panthéon-Assas) le 24 juin 2009. Elle contenait les thèmes suivants : Dominique FENOUILLET, « Présentation », « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 7, « La parentalité en question : l'effet probable d'entraînement », *Petites affiches*, 24 mars 2010 n° 59, p. 18, « La parentalité en question : des fondements incertains », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 25 ; Dominique FENOUILLET ; Françoise MONÉGER, « Les couples homosexuels », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, P. 15 ; Édouard DURAND, « Table ronde consacrée aux familles en difficulté », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 20 ; Laurent LEVENEUR, « Dans les familles recomposées », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 11 ; Hugues FULCHIRON, « Statut des tiers et/ou statut des «familles» homosexuelles ? », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 17.

¹¹⁵⁰ Voir les développements précédents sur l'applicabilité de l'article 9

B. Le soutien à la fonction parentale

632. Depuis une vingtaine d'années, l'appel au soutien à la fonction parentale ne cesse d'être l'objet des recommandations des organisations internationales et des institutions européennes. La CIDE est le premier texte international qui est venu consacrer l'idée que le soutien à la fonction parentale est une des conditions pour satisfaire l'intérêt de l'enfant. En effet, la CIDE stipule que la responsabilité d'élever les enfants et d'assurer leur développement incombe au premier chef aux parents (article 18). Pour garantir cela, les États doivent accorder l'aide appropriée aux parents dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe et assurer la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.

633. Le Conseil de l'Europe a repris cette idée dans la Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive (2006) qui suggère aux gouvernements « de reconnaître le caractère essentiel des familles et de la fonction parentale et de créer les conditions nécessaires à une parentalité positive qui tienne compte des droits et des intérêts supérieurs de l'enfant » par « toutes les mesures appropriées, législatives, administratives, financières et autres ».

Parler d'un soutien à l'autorité parentale n'est pas exclusif aux situations familiales en difficultés. Désormais, la parentalité, en général, doit être soutenue. A ce sujet « la généralisation de la problématique du soutien à la fonction parentale apparaît comme le fait d'un ajustement de l'action publique aux transformations récentes de la famille et reflète une préoccupation nouvelle quant à l'action éducative des familles (démission, défaillance ou difficultés)¹¹⁵¹ ». En effet, les mutations de la famille dont la multiplication des séparations ainsi que la multiplication des recompositions familiales déstabilisent la fonction de l'autorité parentale. En outre, ces problèmes liés à la parentalité ne sont pas sans conséquences en termes de santé publique et un certain nombre de questions sociales. Troubles de comportements, échec scolaire, délinquance juvénile et criminalité des mineurs sont des problèmes liés, en grande partie, à la fonction des parents. C'est pourquoi, il est indispensable de parler aujourd'hui d'un soutien à l'autorité parentale.

634. Si avant, le soutien aux parents dépendait des acteurs de la société civile, aujourd'hui l'Etat prend en charge toutes les familles et non pas seulement ceux qui sont en

¹¹⁵¹ Marine BOISSON, « Soutenir la fonction parentale dans l'intérêt des enfants : de la théorie aux instruments », *Informations sociales*, 2010/4 n° 160, p. 35

difficulté (1). En revanche, le soutien accordé à ce genre de familles prend souvent la forme d'une intervention administrative et judiciaire contraignante (2). Ce qui affaiblit, énormément, leur autorité parentale et ne facilite pas la responsabilisation de ces parents. Quoique, « les lois du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, du 26 mai 2004 relative au divorce, et du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance », selon le vœu du législateur, ont permis à la médiation familiale de constituer l'outil, le lieu de parole privilégié pour comprendre et apaiser le conflit, instaurer un échange et une confiance mutuelle, et dès lors trouver des solutions, tant sur le plan affectif que dans le domaine patrimonial qui auront l'adhésion de chacun¹¹⁵² » (3).

1. Le changement de statut du soutien : de la société civile à l'Etat

635. Suivant les recommandations des textes internationaux et européens, la responsabilité de soutenir la fonction de l'autorité parentale incombe à l'Etat, en premier lieu. Cependant, cette idée suscite beaucoup d'interrogations.

636. Le contexte français possède une longue tradition en matière d'éducation familiale et d'accompagnement aux parents. Depuis longtemps, ce processus a été encadré par un mouvement « familialiste » qui a vu le jour au début du XX^{ème} siècle.

Avec le développement de la psychologie et de la psychanalyse de l'enfant, sous l'impulsion de Françoise Dolto, l'idée que les attitudes des parents ont un effet sur le développement de leurs enfants commence à se répandre. A titre d'exemple, l'Ecole des parents fondée par Mme Vérine en 1929, les « maisons vertes » ouvertes à la fin des années 70 constituent les premières prémices de l'idée de renforcer les parents dans leur fonction après qu'ils ont été mis à l'écart dans le percept éducatif.

Ce qui a changé dans les vingt dernières années, c'est le statut de ce soutien : d'un soutien provenant essentiellement de la société civile à un soutien reconnu par les pouvoirs publics. Ainsi, l'Etat prend le relais de la prise en charge de l'enfance et de la jeunesse par le biais d'un soutien aux parents. La prise de conscience générale de la part des spécialistes, des professionnels et de l'Etat sur les insuffisances et les effets pervers causés par la prise en charge institutionnelle de l'enfant et sa privation de son milieu familial guidé l'action publique en faveur d'une stratégie préventive, celle de soutenir la fonction parentale.

¹¹⁵² Marc JUSTON, « La pratique de la médiation dans le contentieux familial du TGI de Tarascon : un changement de culture », *Gazette du Palais*, 31 août 2010 n° 243, p.9

A ce sujet, diverses recherches ont été menées, dont « les conclusions ont mis en évidence les limites d'action des différentes institutions éducatives ou de sauvegarde de l'enfant ¹¹⁵³ ». Ainsi, « les conclusions de ces différents travaux ont conduit à réévaluer l'impact de l'éducation familiale et des conduites parentales sur le niveau de bien-être de l'enfant et, à plus long terme, sur les trajectoires socio-économiques individuelles ¹¹⁵⁴ ».

637. Désormais, l'Etat prend le flambeau du soutien à la fonction parentale en investissant tous les moyens « d'aider les parents dans leur métier de parents ¹¹⁵⁵ ». Travaillant en mode partenarial,

les différents services de l'État concernés, notamment les affaires sociales, la politique de la ville, la justice, l'éducation nationale, les collectivités locales et les caisses d'allocations familiales mènent des actions en collaboration avec les grands mouvements familiaux, notamment l'UDAF (Unions départementales des associations familiales), et diverses associations engagées dans l'accompagnement des parents (Association des collectifs enfants parents professionnels ACEPP, associations de parents d'élèves, écoles des parents, etc.).

L'action publique couvre plusieurs volets dont deux axes principaux: une action globale destinée à toutes les familles et une action spécifique qui vise particulièrement les situations difficiles. Planning familial, protection maternelle et infantile, prestations familiales, aides et soutien à la scolarité, réseaux d'écoute et d'appui etc. : ces actions rentrent dans le champ de la prévention et de la « guidance parentale ». Elles ont pour objectif de garantir à l'enfant une sécurité matérielle et affective, de concilier la vie professionnelle et personnelle des parents, de faciliter la réussite scolaire des enfants en collaboration avec les parents.

S'agissant des situations dites « difficiles », l'action de soutien à l'autorité parentale peut prendre d'autres dimensions. Familles monoparentales, familles frappées par une précarité matérielle, familles de mineurs en échec scolaire ou délinquants, familles d'enfants handicapés etc. restent des populations cibles à une intervention de l'Etat peu ordinaire. C'est ce mode de soutien qui pose aujourd'hui problème.

2. La nécessité de dépasser la logique d'un soutien aux parents par la contrainte

¹¹⁵³ Idem, p.37

¹¹⁵⁴ Idem

¹¹⁵⁵ David PIOLI, « Le soutien à la parentalité : entre émancipation et contrôle », Sociétés et jeunesse en difficulté [En ligne], n°1 | printemps 2006, mis en ligne le 23 octobre 2006, Consulté le 19 mars 2012. URL : <http://sejed.revues.org/index106.html>, paragraphe. 24

638. Ainsi, l'action de l'Etat est fondée sur deux raisonnements contradictoires : « Dans un cas, il s'agit de valoriser les compétences des parents, même lorsque ceux-ci sont « défailants », afin qu'ils puissent effectivement assurer leurs droits et obligations. Dans le second cas, le soutien à la fonction parentale est rattaché à une conception disciplinaire de l'action publique qui se nourrit de la problématique de l'insécurité, et qui repose sur la menace et la répression¹¹⁵⁶ ».

Dans cette approche, les parents sont accusés d'être incompetents, irresponsables et démissionnaires de leur fonction. Leur désengagement par rapport à leurs enfants a un lien de causalité avec un certain nombre de problèmes sociaux comme la délinquance, l'incivilité, l'absentéisme et l'échec scolaire, la consommation de drogues etc.

639. Les partisans de cette approche exigent un soutien de l'Etat à caractère purement administratif et judiciaire, voire pénal. Ce soutien peut prendre la forme d'un « stage de soutien à la parentalité » mises en place pour renforcer la responsabilisation de l'autorité parentale. Les « stages de soutien à la parentalité » apparaissent dans une circulaire de la direction des Affaires criminelles et des Grâces du 13 décembre 2002, intitulée « Politique pénale en matière de délinquance des mineurs » dans le paragraphe « Une responsabilisation des parents renforcée ». Dans la circulaire, il est précisé que les parents sont en délit de soustraction à leurs obligations légales dès lors que les faits compromettent la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur. Désormais, ce délit inclut les cas d'absentéisme scolaire chronique et répété et le libre accès à des images pornographiques ou d'extrême violence. Dans le cadre de ce délit, « les procureurs de la République veilleront à opter en premier lieu pour les mesures alternatives aux poursuites pouvant être formalisées dans le cadre d'un protocole partenarial fixant les critères et les moyens de sa mise en œuvre¹¹⁵⁷ » à savoir les « stages de soutien à la parentalité ».

Bien que ces stages constituent des alternatives à des poursuites pénales¹¹⁵⁸, ils gardent bien leur caractère répressif « le stage parental doit permettre une action efficace et harmonisée des différents intervenants en considérant que, si le cadre légal dudit stage est répressif, la

¹¹⁵⁶ Idem, p.1

¹¹⁵⁷ <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg88e.htm>

¹¹⁵⁸ Sur le fondement de l'article 227-17 du Code pénal qui prévoit de punir par deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende « le fait, par le père et la mère légitime, naturel ou adoptif, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur ».

démarche est, quant à elle, éducative¹¹⁵⁹ ». Par ailleurs, inclure l'absentéisme scolaire répété dans les délits donnant lieu à cette mesure répressive n'a rien d'éducatif.

Ce qui est étonnant dans cette mesure, c'est que son objet ne mérite pas d'avoir un cadre légal répressif. D'abord, en utilisant le mot stage qui fait référence plutôt à une démarche éducative que répressive. Ensuite, la réalisation de ce stage s'effectue en deux étapes qui n'ont aucune apparence répressive: une étape d'information sur les droits et les devoirs des parents et une étape de suivi individuel qui vise à contrôler et à vérifier les démarches des parents entreprises dans l'éducation de leurs enfants. Les questions qui se posent finalement sont les suivantes : est-ce que le législateur a été conscient de l'ambiguïté de cette mesure ? Si le stage est considéré comme une sanction pour les parents, l'infraction doit être commise par ces derniers. Pourtant, le stage parental constitue une responsabilité pour autrui. Alors, est ce que les parents peuvent être défendus par un avocat et faire appel de la décision? Quel genre de suivi après la conclusion du stage ?

640. Soutenir l'autorité parentale par le biais de la contrainte est malheureusement en progression. Outre les « stages de soutien à la parentalité », le décret d'application de la loi du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances a mis en place une sorte de « contrat de responsabilité parentale » qui a pour objectif de rappeler aux parents leurs droits et leurs devoirs et leur offrir un accompagnement social, afin de les soutenir dans l'exercice de l'autorité parentale.

Il s'agit d'un contrat d'une durée de 6 mois proposé aux familles des enfants manifestant un absentéisme scolaire grave (plus de 4,5 journées par trimestre), de trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire (dégradation du bâtiment, violence répétées entre élèves ou envers un professeur...), ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale . Même si cette mesure, ne provient pas du parquet, ce qui veut dire qu'elle n'a pas l'aspect d'une sanction, les parents sont tout de même contraints à signer ce contrat et à le respecter sous peine d'encourir une sanction pénale pouvant prendre la forme d'une mise sous tutelle des allocations familiales servies au titre de l'enfant dans les conditions prévues par la loi, ou bien d'une suspension de tout ou partie des prestations familiales. Les sommes concernées seront bloquées et restituées lorsque la situation sera rétablie.

¹¹⁵⁹ Béatrice LAMBOY, « Soutenir la parentalité : pourquoi et comment ? » Différentes approches pour un même concept, *Devenir*, 2009/1 Vol. 21, p.37

Au sujet des prestations familiales, celles-ci deviennent des outils de pression dans les mains des services publics pour inciter les parents à mieux exercer l'autorité parentale. En l'occurrence, il est difficile de parler d'un soutien. On se demande quel est le lien entre la suspension ou la suppression d'une prestation familiale et l'incitation des parents à assumer leur responsabilité ?

En effet, la loi du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire a prévu, à son tour, la sanction de la suspension des prestations familiales des familles d'enfants qui s'absentent de l'école au-delà de quatre demi-journées par mois et sans justificatif.

641. Ces formes de soutien aux parents dans leur fonction ne valorisent pas l'autorité parentale, au contraire, elle l'affaiblit de plus en plus. S'il y a une revendication de soutien à la fonction des parents, ce n'est que pour leur rendre la place qu'ils devraient occuper. Si les parents sont les premiers responsables envers l'enfant, leur fonction doit être reconnue et respectée malgré les crises qu'elle peut traverser. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'autorité parentale n'est qu'une dimension de la fonction parentale. Alors si, parfois, cette dimension n'est pas assurée complètement, les autres dimensions peuvent constituer des compensations. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'il faut accepter la défaillance de la fonction parentale. Il s'agit de sauvegarder, par tous les moyens, le lien parental et de le protéger des intrusions inutiles.

3. La brèche de la médiation familiale comme soutien à la fonction parentale

642. L'exemple du soutien à la parentalité par la médiation familiale peut répondre à cette équation de respect et de soutien à l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant.

En effet, dans le cadre d'un conflit familial suite à une séparation ou à un divorce, la fonction parentale devient de plus en plus compliquée. C'est pourquoi, le soutien aux parents dans cette période difficile doit se vêtir d'un aspect paisible et qui incite à la paix familiale d'autant plus que l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu. Les expériences jusqu'à là des pratiques de la médiation familiale ont démontré leur succès comme outil majeur d'apaisement et de pacification des conflits parentaux en cas de divorce ou de séparation. Ainsi, dans l'expérience du TGI de Tarascon, cette pratique a permis « de prendre pleinement conscience de l'impossibilité, pour une règle de droit, de résoudre à elle seule les conflits familiaux, où l'affectif et les passions sont en jeu. Cette réflexion a permis d'aider à laisser de côté la culture

juridique traditionnelle qui considère que le conflit doit permettre l'émergence d'un vainqueur et d'un vaincu, alors que la médiation familiale instaure un rapport gagnant/gagnant¹¹⁶⁰ ».

643. La médiation familiale inscrite dans la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale est une médiation judiciaire organisée dans le cadre d'une action en justice. Elle est encadrée par deux articles du Code civil :

L'article 255 du code civil relatif au divorce, qui 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 » et l'article 373-2-10 du code civil relatif à l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés, qui dispose qu' « en cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. À 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 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 ».

Selon la définition adoptée par le Conseil national consultatif de la médiation familiale le 22 avril 2003, « la médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision, le médiateur familial, favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution ».

644. C'est ainsi que la médiation familiale possède toutes les caractéristiques d'un soutien respectueux aux titulaires de l'autorité parentale : d'abord son ouverture à tous les membres de la famille, couple, parents, jeunes adultes et grands-parents, va de pair avec la spécificité de la vie privée qui a besoin de solutions souples et pragmatiques. Ensuite, son caractère volontaire, confidentiel, et librement consenti ne peut être qu'une assurance pour les parents d'une certaine ingérence. Finalement, la médiation peut intervenir à différentes étapes de la vie familiale dès lors qu'un conflit est susceptible de provoquer de graves dégâts. Cette flexibilité du temps d'accès à la médiation familiale peut anticiper les préjudices et raccourcir la durée du conflit. Les expériences des juridictions qui pratiquent la médiation familiale

¹¹⁶⁰ Marc JUSTON, *op.cit.*, p.9

témoignent de ses résultats significatifs et bénéfiques à la fois aux parents, à l'enfant et même au fonctionnement de l'appareil judiciaire¹¹⁶¹.

Le soutien à la fonction parentale par la pratique de la médiation familiale, notamment en situation de conflit est une façon « de responsabiliser les parents qui deviennent « acteurs » de leur séparation, en leur permettant de se réapproprier la solution d'un litige qui aura beaucoup plus de chance de se pérenniser que si elle est décidée par un juge¹¹⁶² ». Comme le dit Fabienne Allard, juge aux affaires familiales au TGI de Tarascon : « Ordonner une médiation, c'est dire aux parents qu'ils sont capables de décider¹¹⁶³ ».

Vu la logique de la médiation familiale, il est regrettable que le législateur l'a ouvert que dans le cadre d'une action en justice du fait d'un divorce ou d'une séparation. Pourtant, cette mesure est susceptible d'être pratiquée dans la majorité des conflits parentaux ou familiaux, particulièrement l'a où se trouve un enfant.

645. En dépit de son rôle positif, la médiation familiale n'a pas été suffisamment soutenue logistiquement et financièrement. Elle souffre d'une répartition inégale dans l'ensemble du territoire français, en plus d'un faible financement de la part du ministère de la justice¹¹⁶⁴. Au-delà de ces difficultés, il existe un frein culturel au recours à la médiation familiale. Comme l'a écrit le Médiateur de la République, dans son rapport annuel pour 2008,

¹¹⁶¹ L'expérience du TGI de Tarascon, dans sa pratique de la médiation familiale, affirme arriver à des résultats très significatifs comme :

- la pacification globale du contentieux des affaires familiales et simplification des procédures (les audiences des affaires familiales se déroulent incontestablement dans une ambiance apaisée, propice à la recherche de solutions consensuelles),
- la baisse spectaculaire des divorces pour « faute » (à peine 1 % des divorces prononcés). Aux personnes qui n'engagent pas une procédure amiable en divorce, à l'exception des procédures de violences conjugales, est systématiquement proposée une mesure de médiation familiale. Si elles ne l'acceptent pas, elles sont enjointes à rencontrer un médiateur familial,
- la protection des enfants trop souvent victimes des divorces conflictuels, par le rétablissement d'un dialogue parental,
- la rapidité de traitement des procédures familiales, en raison de la simplification des contentieux (délai de convocation devant le juge aux affaires familiales entre 3 et 4 semaines – délai moyen de traitement du contentieux familial 4,7 mois),
- la dynamisation des procédures d'appel. Les appels portent presque uniquement sur le montant des prestations compensatoires,
- la baisse des plaintes pour non-présentation d'enfants et pour non-paiement des pensions alimentaires,
- la réduction du nombre des procédures d'après divorce ou après séparation,
- et la réduction du nombre des demandes d'audition d'enfant (la médiation familiale, qui est un autre mode de penser les êtres et leurs relations a, à l'évidence, adouci les procédures judiciaires familiales, les enfants en étant les grands gagnants. Il est constaté que les enfants ne sollicitent pas leur audition, si leurs parents sont en capacité de dialoguer entre eux de leur avenir) : Marc JUSTON, *op.cit.*, p.9

¹¹⁶² Idem

¹¹⁶³ Idem

¹¹⁶⁴ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000484/index.shtml>

« force est de constater que la médiation familiale judiciaire, dont beaucoup d'observateurs et de praticiens reconnaissent les mérites, joue encore un rôle très marginal dans le processus de traitement de ces conflits¹¹⁶⁵ ».

Par conséquent, le faible recours à la médiation familiale s'explique par plusieurs choses : d'abord, le champ d'application de la médiation familiale prévu dans le code civil. Etant donné que cette mesure ne peut être mise en œuvre qu'avec l'accord des deux parties, le juge ne peut pas l'imposer. Ensuite, l'ensemble des acteurs du domaine judiciaire ainsi que les parents doivent être imprégnés d'une culture qui favorise l'apaisement des conflits et l'opportunité d'un traitement gracieux de leur indifférent. Finalement, la médiation familiale ne peut se développer davantage qu'en se détachant du cadre judiciaire. Opter pour une médiation familiale extrajudiciaire lui donnera une fonction à part entière différente de celle des instances judiciaires. D'ailleurs, dans la plupart des cas, le recours judiciaire est synonyme de situations conflictuelles qui ont dépassé le stade de recherche d'un accord.

646. C'est pourquoi, la médiation familiale perd tout son sens après que les parents entament leur action devant la justice. Le recours à la médiation doit être préalable à toute action judiciaire si nous voulons garder le caractère pacifique, amiable et apaisant de la médiation.

La médiation familiale extra judiciaire est une des meilleures façons de soutenir les parents dans leur fonction d'autorité parentale, notamment dans les moments de crises.

Cela dit, la valorisation de la fonction parentale, en sauvegardant l'autorité parentale et en soutenant la parentalité constitue l'un des moyens pour garantir l'équilibre des liens familiaux et la création d'une cohésion sociale. D'ailleurs, cela ne peut se produire que si l'enfant reste « un enfant » objet de protection et d'éducation.

Paragraphe 2 : Le droit de l'enfant d'être respecté dans son âge et dans son degré de maturité

647. La lecture approfondie de toutes les dispositions de la CIDE nous conduit à conclure que celle-ci conçoit l'enfant du point de vue de ses droits-protections, de ses droits-libertés et de son devenir d'homme. D'ailleurs, ces trois dimensions sont attachées l'une à l'autre et elles ne se concurrencent pas car le fait d'accorder à l'enfant des droits à la fois

¹¹⁶⁵ Idem

protectionnistes et libérationnistes est compatible avec l'évolution de l'enfant si les limites sont claires et bien définies.

C'est pourquoi, il est tout à fait urgent de mettre en œuvre son droit d'être respecté dans son âge et dans son degré de maturité comme c'est le cas pour ses droits-libertés. L'urgence en la matière est la conséquence d'un revirement de droit au niveau de l'incapacité de l'enfant et de la prise en compte de sa fragilité particulière. Pourtant, la CIDE a rappelé dès son préambule, son attachement au principe de La Déclaration des droits de l'enfant qui prévoit que « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant, comme après la naissance ». Ce rappel a été concrétisé dans une grande partie des dispositions de la CIDE, combien même dans l'affirmation des droits-libertés de l'enfant¹¹⁶⁶. Ainsi, la recherche de l'équilibre aux débordements de la logique individualiste des droits de l'enfant doit passer, d'abord, par respecter le droit de l'enfant à être tout simplement un enfant. C'est-à-dire, incapable juridiquement et soumis en parallèle à une éducation. Cette logique doit être préservée dans toutes les décisions concernant l'enfant, notamment quand il est en situation de danger ou lorsqu'il a des problèmes avec la loi.

648. En effet, le domaine de la protection de l'enfance a connu de grands bouleversements quant à la philosophie dominante, les pratiques ainsi que l'organisation. De la sorte, qu'il est pertinent de savoir si le droit de l'enfant d'être respecté dans son âge et de son degré de maturité a été respecté (A). De même, dans la justice pénale des mineurs dans lequel s'articulent deux logiques antinomiques: l'éducatif et le répressif, il est essentiel de remettre en cause la direction qu'elle prend désormais en s'alignant à la justice des adultes (B).

A. Dans le système de la protection de l'enfance

649. La prise en compte de la spécificité de l'enfant est le socle même de la protection de l'enfance¹¹⁶⁷ puisque celui-ci doit bénéficier d'une protection juridique appropriée lorsque

¹¹⁶⁶ Chaque fois que la CIDE prévoit un droit-liberté à l'enfant, elle précise que celui-ci doit être appliqué eu égard à son âge et à son degré de maturité. Comme par exemple l'article 12-1. Elle encadre également ses droits par l'autorité parentale ou par l'intérêt général de la société. (Par exemple les articles 13, 14 et 15)

¹¹⁶⁷ Le système de la protection de l'enfance est un héritage étatique qui débute au XIXe siècle : la charte des enfants assistés (1811), la loi sur les enfants moralement abandonnés (1889), la loi relative à la répression des enfants faites aux enfants (1898) et la loi sur les enfants assistés (1904) et un droit spécifique aux mineurs (1906) (1912). Avec l'avènement de la Vème République et le développement de l'État providence, le système de la protection de l'enfance a connu son apogée. En effet, « la Constitution de la Vème République légitime le principe de la coéducation des enfants par leurs parents et les pouvoirs publiques » (Alain GREVOT, Carl LACHARITE, Familles et dispositifs de protection de l'enfance, des relations marquées par les contextes

sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en danger¹¹⁶⁸. Ainsi, depuis l'ordonnance de 1958, le système de la protection de l'enfance ne faisait pas la différence entre l'enfant en danger et l'enfant auteur d'infraction. Fondée sur la logique de l'unité de « l'enfant malheureux », l'ordonnance de 1958 prenait en considération l'incapacité de l'enfant et son manque de maturité. En effet, « qu'ils soient des mineurs auteurs d'infractions ou objets de mauvais traitements, tous étaient des enfants victimes d'une situation familiale et sociale qu'ils ne maîtrisaient pas. Les uns et les autres devaient bénéficier de mesures de protection et d'éducation¹¹⁶⁹ ». En revanche, cette logique a commencé à changer avec les réformes qu'elle a connues, ouvrant la porte à des mesures qui ignorent les droits de l'enfant à avoir une protection juridique adaptée à son âge et sa fragilité (1). Ainsi, la loi du 5 mars 2007 a été la réponse concrète au dysfonctionnement du système de la protection de l'enfance, notamment à la prise en considération des droits de l'enfant ainsi que les droits des titulaires de l'autorité parentale. Cependant, bien que cette loi soit fondée essentiellement sur la prévention, cette dernière a été renforcée d'une façon considérable au risque de produire des résultats contradictoire (2).

1. L'unité de la protection de l'enfant en danger et de l'enfant délinquant

650. Le système de protection de l'enfance s'est longtemps stabilisé sur les principes philosophiques de l'ordonnance de 1958 avant qu'il ne se métamorphose complètement avec les réformes successives qu'il a connues (la loi du 10 juillet 1989, la loi du 17 juin 1998, la loi du 2 janvier 2004, la loi du 9 mars 2004).

La multiplicité des réformes et leur adaptation aux contextes et aux choix politiques démontrent la complexité de ce système¹¹⁷⁰. Malgré cette complexité, sous l'ordonnance de 1945 et celle de 1958 une seule philosophie prédominait, celle de prendre en considération la fragilité de l'enfant et son droit d'être pris en charge d'une manière qui respecte son âge et son degré de maturité.

nationaux : mise en perspective France-Québec *in Santé, Société et Solidarité*, n°1, 2009, p. 111) en élargissant son champ qui va couvrir la notion « d'enfance inadaptée ».

¹¹⁶⁸ Article 375 du Code civil

¹¹⁶⁹ Dominique YOUNG, « Enfance victime, enfance coupable » Les métamorphoses de la protection de l'enfance, *Le Débat*, 2004/5 n° 132, p. 214

¹¹⁷⁰ La protection de l'enfance est une matière qui se partage entre le droit privé (autorité parentale, administration légale, tutelle, adoption et assistance éducative pour l'essentiel) et le droit public de l'enfance (droit de l'aide sociale à l'enfance, adoption, droit de la santé publique) générant, en conséquence, de multiples mesures et dispositions

En revanche, loin d'être complet et parfait, « le dispositif s'était jusque-là ordonné à une finalité globale commune à tous ses segments : la protection du mineur qu'il soit délinquant ou « en danger », il apparaissait essentiellement comme victime de carences éducatives, d'une part, et d'autre part sa rééducation qui inclinait à diluer la dimension rétributive / répressive ¹¹⁷¹ ».

651. L'idée de considérer l'enfant victime et l'enfant délinquant des mineurs qui ont besoin de protection, émane de la profonde conviction que l'incapacité juridique du mineur est un principe intransigible. Cette incapacité juridique protège l'enfant de lui-même et des autres afin de lui laisser le temps de grandir et d'apprendre. « Aussi, dans le droit des incapacités y a-t-il de puissants et nobles sentiments : la solidarité et la miséricorde, la pitié, l'entraide et l'amour, la compassion et le combat contre la cupidité, contre l'exploitation de la faiblesse d'autrui, contre la domination des puissants et contre la déchéance de ceux qui sont fragiles ¹¹⁷² ».

652. L'incapacité juridique de l'enfant fait partie de son droit de bénéficier d'une protection juridique spéciale adaptée à son âge et à son degré de maturité. Selon Dominique Youf « l'idée de rassembler sous la catégorie d'enfance en danger l'enfance coupable et l'enfance victime n'était pas évidente et heurtait le sens commun. Il fallait une philosophie de l'enfance solide et profondément optimiste pour considérer que l'enfant délinquant et l'enfant maltraité devaient bénéficier de la même protection. Cette philosophie reposait sur l'idée que l'enfant, tant qu'il était mineur, devait jouir d'un statut d'incapable et d'irresponsable juridique. Être inachevé et en devenir, il devait bénéficier de protection et d'éducation ¹¹⁷³ ».

Dès les années 1980, cette vision de la protection de l'enfance a été rejetée sous l'effet de la montée d'une approche sécuritaire réponse à la délinquance juvénile actuelle, la multiplication des séparations et des familles « à risques » et la promotion des droits de l'enfant. Une lecture spécifique d'un contexte en mutation a fait que l'enfant en danger n'inclut plus le mineur délinquant. Celui-ci « a quitté le champ de l'enfance en danger » pour se rapprocher de celui des majeurs délinquants.

Désormais, l'enfant en danger est l'enfant maltraité, abusé, négligé ou délaissé par ses parents : l'enfant qui n'agit pas face à ces réalités peut faire l'objet d'une protection, celui qui

¹¹⁷¹ Robert LAFORE, « Les mutations institutionnelles de la protection de l'enfance : sens et portée », *Les Cahiers Dynamiques*, 2010/4 n° 49, p. 21

¹¹⁷² Philippe MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, Cujas, 5e édition, 2000, n° 499, p. 237.

¹¹⁷³ Dominique YOUNG, *op. cit.*, p. 214

agit est « un délinquant ». Par ailleurs, la nouvelle signification de l'enfant en danger renvoie toujours à un auteur présumé, responsable de sa « maltraitance » qui sera le plus souvent un parent. En l'occurrence, « l'équilibre entre les droits des parents et la protection de l'enfant a été défait par la montée en puissance de la notion de "maltraitance" »¹¹⁷⁴.

653. Mise en cause ou incrimination des parents, stigmatisation des familles, mise à l'écart de leur avis d'une façon ou d'une autre, sont toute une négation aux droits de l'enfant à son milieu naturel, notamment pendant son enfance. Il est force de constater que la place des parents en protection de l'enfance n'a jamais été reconnue positivement. Dans le cadre d'une recherche sur les parents d'enfants accueillis en protection de l'enfance, des travailleurs sociaux ont été interrogés sur les causes de leurs interventions. Dans leur réponse, ils ont cité en priorité les carences éducatives, les absences de limites, les défauts dans les interactions. L'auteur commente que « sur quinze raisons repérées, la pauvreté et la précarité n'apparaissent qu'en douzième et treizième position. Or, l'analyse sociologique révèle la grande vulnérabilité économique et relationnelle de ces mêmes familles, une vulnérabilité sous-estimée, oubliée, dans ses impacts possibles. Le repérage des familles à risque sur des bases qui restent discutables risque d'accroître la stigmatisation et de culpabiliser des parents qui sont plus empêchés dans leur parentalité que réellement démissionnaires¹¹⁷⁵ ».

654. Le droit de l'enfant d'être éduqué par ses parents et le droit de vivre avec eux ont été longtemps négligés dans le système de la protection de l'enfance. Il fallait attendre les années 1980 pour voir apparaître quelques textes qui légitiment l'intervention des parents dans l'évaluation des professionnels. Cependant, en 2000 le rapport de Pierre Naves et Bruno Cathala est venu affirmer clairement que le placement des enfants et adolescents dans des institutions ou dans des familles d'accueil doit être réduit. Dans leurs enquêtes et analyses, ils mettent en avant le problème de la marginalité de la place et de la parole des parents en protection de l'enfance. Ils décrivent une réalité très loin de ce qui est prévu dans les textes : une véritable incompréhension des logiques de la part des deux parties, des pratiques qui ne favorisent pas le dialogue, un sentiment d'impuissance et d'humiliation de la part des parents, un difficile accès des parents aux rapports éducatifs. De plus, « on parle des familles de façon négative sans faire ressortir les compétences qu'elles pourraient posséder¹¹⁷⁶ ».

¹¹⁷⁴ Robert LAFORE, *op. cit.*, p. 22

¹¹⁷⁵ Catherine SELLENET, « Familles et enfants sous haute surveillance », *Le Journal des psychologues*, 2007/7 n° 250, p. 70

¹¹⁷⁶ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004001642/0000.pdf>

Le rapport conclut que dans de telles conditions, il paraît abusif de parler de contractualisation de l'action sociale ou éducative. D'ailleurs, les objectifs de l'accueil provisoire et du placement sont rarement indiqués et les familles rencontrent de grandes difficultés dans leurs droits de visite et d'hébergement.

2. L'excès de la prévention dans la loi de 2007

655. Ainsi, la protection de l'enfance est devenue synonyme d'instabilité et d'incohérence, ce qui a poussé à l'adoption la loi du 5 mars 2007. Pour la première fois depuis la fondation du système de la protection de l'enfance, la France connaît une réforme globale de son dispositif.

Cette réforme a suivi la logique de ses précédentes qui ont rompu avec l'ordonnance de 1958 en dissociant l'enfant victime qu'il faut protéger, de l'enfant coupable qu'il faut sanctionner. D'ailleurs, « la promulgation, le même jour, de deux lois concernant au premier chef les mineurs, l'une pour les protéger : la loi n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance, l'autre pour réprimer leur comportement : la loi n° 2007-297 relative à la prévention de la délinquance, confine au paradoxe¹¹⁷⁷ ».

656. Le seul point commun entre les deux comportements est qu'ils doivent être alertés en développant des mesures préventives. A ce sujet, la réforme de 2007 exprime la volonté des services publics d'aller vers l'enfant et sa famille le plus précocement possible. Qu'il s'agisse d'un soutien à la parentalité, notamment en cas de difficultés ou pour opérer des risques de délinquance, le contrôle public s'installe très tôt dans les familles, pendant la grossesse de la mère et dans les premières semaines de la vie de l'enfant. En renforçant le dispositif de la PMI et en intégrant la problématique psychologique dans la médecine scolaire, l'action vise l'objectif de dépister des difficultés chez les enfants.

L'approche préventive de la réforme de 2007 a fait que les mesures prises en cas de situations problématiques se caractérisent par leur adaptabilité aux situations singulières des enfants et adolescents concernés, leur progressivité et leur prise en considération de la place et la parole des parents. Autrement dit, « la priorité est donnée à la collaboration avec les parents, à ce que l'on appelle communément l'intervention administrative plus consensuelle et moins

¹¹⁷⁷ Adeline GOUTTENOIRE, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance A la recherche de nouveaux équilibres », *Recueil Dalloz* 2007, p. 1090

stigmatisante¹¹⁷⁸», cela sous le pilotage d'une même institution, le département. C'est ce que dénomme Thierry Fossier par « le modèle contractuel » qui « consiste à s'assurer d'un consentement éclairé, en tout cas d'une participation réelle des parents au placement »¹¹⁷⁹.

657. En outre, la législation de 2007 affiche le principe de subsidiarité de l'intervention judiciaire avec une accentuation des logiques contractuelles qui lient les familles et les services (contrat de responsabilité parentale). Ces ambitions législatives ont été couronnées par l'introduction de la notion d'intérêt de l'enfant, complémentairement à celle de danger dans les dispositions de la protection de l'enfance. L'influence de la CIDE sur la loi du 5 mars 2007 a été concrétisé par le nouvel article L. 112-4 du CFAS qui constitue la traduction, presque fidèle, de l'article 3-1 de la CIDE qui prône la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant ; il dispose que « L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant »¹¹⁸⁰.

Ainsi, la référence à l'intérêt de l'enfant associé à la notion du danger et des droits « apporte au dispositif français des références conceptuelles comme le développement de l'enfant, la continuité relationnelle, l'attachement, des références juridiques comme le droit d'accès aux écrits le concernant, le droit d'être entendu dans les procédures judiciaires le concernant, et une référence opérationnelle comme le projet pour l'enfant qui regroupe l'ensemble des actions entreprises auprès de lui et de ses proches dès lors où il est pris en charge par les services de protection de l'enfance¹¹⁸¹».

658. Bien que la loi de 2007 prétende favoriser l'aspect préventif de la protection de l'enfance, l'intervention publique est, plus que jamais, renforcée. Ainsi, la subsidiarité du recours au judiciaire a été juste remplacée par une intervention administrative précoce et plus serrée. D'ailleurs, la réussite de la démarche administrative est subordonnée à l'existence de la solution extrémiste de l'intervention judiciaire. C'est ce qu'affirme Thierry Fossier en considérant que « le modèle contractuel n'a ses chances que parce qu'existe, au loin, le risque judiciaire¹¹⁸² »

¹¹⁷⁸ Catherine SELLENET, « L'art d'accommoder les parents » Dans la loi de 2007, *Les Cahiers Dynamiques*, 2010/4 n° 49, p. 88

¹¹⁷⁹ Thierry FOSSIER, « Les droits des parents en cas de placement éducatif », *AJ Famille* 2007 p. 60

¹¹⁸⁰ Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.1090

¹¹⁸¹ Alain GREVOT, « Ce que l'on appelle protection de l'enfance » Une mise en perspective internationale, *Les Cahiers Dynamiques*, 2010/4 n° 49, p. 62

¹¹⁸² Thierry FOSSIER, *op. cit.*, p.60

Dans le souci de lutter contre les causes qui mettent en danger l'enfant et de l'empêcher de se transformer en délinquant, le législateur a choisi le dépistage « périnatal » des femmes enceintes selon l'article L. 2112-2 du code de la santé publique, « notamment des actions d'accompagnement si celles-ci apparaissent nécessaires lors d'un entretien systématique psychosocial réalisé au cours du quatrième mois de grossesse » et « des actions médico-sociales préventives et de suivi assurées, à la demande ou avec l'accord des intéressées et en liaison avec le médecin traitant ou les services hospitaliers, pour les parents en période post-natale, à la maternité, à domicile, notamment dans les jours qui suivent le retour à domicile ou lors de consultations » et à la petite enfance selon l'article L. 2112-2 du code de la santé publique qui prévoit « des consultations et des actions de prévention médico-sociale en faveur des enfants de moins de six ans ainsi que l'établissement d'un bilan de santé pour les enfants âgés de trois à quatre ans, notamment en école maternelle (...) ». De même, « le service contribue également, à l'occasion des consultations et actions de prévention médico-sociale (...), aux actions de prévention et de dépistage des troubles d'ordre physique, psychologique, sensoriel et de l'apprentissage. Il oriente, le cas échéant, l'enfant vers les professionnels de santé et les structures spécialisées ».

659. Ces actions de prévention sont mises en œuvre par le dispositif des informations et l'obligation de signalement des situations préoccupantes par tous les professionnels en contact avec les enfants (L. 226-3). Il s'agit de « transmettre sans délai toute information préoccupante aux autorités administratives en charge de la protection de l'enfance sur un mineur en danger ou en risque de l'être ».

Ce dispositif donne le droit à une ingérence puissante à cause du flou conceptuel de l'information préoccupante : les critères d'utilisation de ce dispositif ne sont pas définis et encadrés juridiquement en plus de la subjectivité des notions de « préoccupation » et de risque de danger. Par ailleurs, le problème d'interprétation ne peut qu'augmenter le risque d'inflation en qualifiant toute information aléatoire de préoccupante.

De même, la façon dont ces informations sont collectées a fait partie des préoccupations exprimées par le Comité des droits de l'enfant dans ses observations à la France suite au rapport de 2009. C'est ainsi qu'il « prend note de la création d'un système centralisé de collecte et de suivi des données qui recueille des informations relatives aux enfants à risque, à savoir l'Observatoire national de l'enfance en danger (ONED). Toutefois, il reste préoccupé par le processus de collecte de données provenant de secteurs différents et se demande si les différentes sources utilisent une méthode uniforme d'évaluation et de description des données.

Le Comité est également préoccupé par les conditions dans lesquelles les entités qui fournissent ou traitent les données peuvent accéder aux informations recueillies, et en particulier par l'absence de politique générale relative à l'utilisation des données à caractère personnel ». Il propose donc « l'établissement d'un système national harmonisé permettant de recueillir et d'analyser des données ventilées sur tous les domaines couverts par la Convention et ses deux Protocoles facultatifs, afin d'évaluer les progrès accomplis dans la réalisation des droits de l'enfant, de contribuer à l'élaboration de politiques globales et complètes en faveur des enfants et de leur famille et de faciliter la promotion et la mise en œuvre de la Convention et de ses deux Protocoles facultatifs. Le Comité recommande en outre à l'État partie de ne saisir dans les bases de données que des renseignements personnels anonymes et de légiférer sur l'utilisation des données collectées en vue de prévenir une utilisation abusive des informations ».

Incomber la responsabilité de signaler ces informations préoccupantes aux professionnels autour de l'enfance est une remise en cause de la confiance établie avec les parents et leurs enfants et l'installation d'une sorte de suspicion : « peut-on en effet demander aux assistants sociaux polyvalents et aux personnels de protection maternelle et infantile de gagner la confiance de la population, d'être à l'écoute de ses besoins, de faire vivre les droits sociaux et de promouvoir la santé des mères et des enfants, sans que l'obligation qui leur est faite d'informer sans délai leur hiérarchie de situations qualifiables de préoccupantes – une notion terriblement subjective – et/ou d'évaluer les informations préoccupantes émanant d'autres sources, ne viennent ruiner à moyen terme la confiance nécessaire à leurs missions de base ?¹¹⁸³ ».

660. Bien que la loi de 2007 creuse un écart entre l'enfant victime et l'enfant coupable en supprimant cette dernière de la catégorie d'enfant en danger, elle les a rapprochés dans sa logique de la prévention. Si avant, l'enfant coupable rejoignait l'enfant victime dans l'enfance et le devoir de protection dans l'incapacité juridique, désormais c'est l'enfant en danger qui rejoint l'enfant coupable. Comment peut-t-on garantir qu'une simple demande d'aide précise et limitée aux services « accompagnateurs » de la protection sociale ne se transforme pas en une prise en charge globale et intrusive de toute une famille ? Quelles sont les limites d'une intervention de la protection de l'enfance, prend-elle fin dès que la situation rentre en ordre ou l'enfant et les parents en question restent-ils toujours « affichés » et stigmatisés ?

¹¹⁸³ Alain GREVOT, *op. cit.* p.63

Avec les dernières mesures de la loi de 2007, l'enfant en danger risque, lui aussi, d'être condamné, condamné dans son enfance, dans le rapport avec ses parents et aussi dans son avenir. Prévenir un danger présumé peut se transformer en un réel danger si les méthodes et les mesures prises ne sont pas appropriées, d'autant plus dans un contexte sécuritaire qui ne cesse de s'ancrer.

Certes, la loi de 2007 a voulu changer le visage de la protection de l'enfance en induisant un regard différent sur le travail éducatif en renforçant le travail avec les parents. Sous le nom d'un soutien à la parentalité, la protection de l'enfance se dirige, désormais, vers l'enfant dans sa famille. En revanche, il ne faut pas nier que cette loi est aussi une réponse d'ordre sécuritaire à un ensemble de phénomènes sociétaux et familiaux. Nous nous demandons comment cette loi peut concilier ces deux objectifs contradictoires tout en sachant que la protection de l'enfance est un domaine où les pratiques professionnelles peuvent prendre le dessus par rapport au dispositif juridique¹¹⁸⁴.

661. Au-delà des pratiques professionnelles et des modifications apportées par la loi de 2007, nous rejoignons Robert Lafore dans son interrogation sur la problématique posée par la protection de l'enfance dans la question suivante : « à partir de quels fondements et dans quelles perspectives légitimes les autorités publiques peuvent-elles s'immiscer au sein des familles au nom de l'intérêt de l'enfant construit comme un intérêt public supérieur ? ¹¹⁸⁵ ». A travers cette question, Robert Lafore détermine la façon dont l'intérêt public de protection de l'enfance peut être fondé. Dans sa réponse à cette problématique, il met en parallèle deux hypothèses. Pour résumer, d'une part, si la famille est considérée comme un contrat liant des personnes dotées de droits, la protection de l'enfant est de prendre en compte les droits de l'enfant en minorant ses rapports avec les autres membres du groupe. Ainsi, dans cette hypothèse, la logique répressive trouve tout son sens puisque l'objectif est de protéger des droits individuels. Alors, le juge est la personne qualifiée pour trancher dans ce genre d'affaire : D'autre part, si la famille revêt une dimension « institutionnelle » qui fait qu'elle surdétermine les individus qui la composent, la protection de l'enfance consistera aussi à prendre en considération l'enfant et ses droits, mais dans une vision globale et familialiste en essayant plutôt de maintenir le groupe familial en tant que tel en réaménageant les rapports entre ses membres. Dans cette vision des choses, c'est le régime préventif qui est favorisé parce qu'il tend à stabiliser le groupe familial en le considérant comme base

¹¹⁸⁴ Catherine SELLENET, *op. cit.* p. 91 et s

¹¹⁸⁵ Robert LAFORE, *op. cit.* , p.24

d'épanouissement de ses membres. De ce point de vue, il s'agit de s'appuyer sur des normes sociales et d'agir par le biais d'agences sociales diverses pour s'assurer des comportements des personnes. Robert Lafore, en analysant cette double vision, affirme que la tradition française de la protection de l'enfance se caractérise par sa logique familialiste et préventive. Néanmoins, il ajoute que les réformes de 2007 ne font qu'accuser cette logique. De même en ce qui concerne les mineurs délinquants.

B. Dans la justice pénale des mineurs

662. Rousseau avait toujours dit « qu'il faut considérer l'homme dans l'homme et l'enfant dans l'enfant » faisant référence au droit de l'enfant d'être respecté dans son âge et son degré de maturité. En effet, au sujet de la justice pénale des mineurs, la recommandation de Rousseau n'est pas à l'ordre du jour. Désormais, le traitement de la délinquance juvénile suit le modèle de la responsabilité pénale des majeurs et « le durcissement de la répression des mineurs délinquants se poursuit, dans la lignée de plusieurs lois récentes depuis 2002¹¹⁸⁶ ». Oui, il y a une responsabilité pénale des mineurs et cela est consacré par l'article 122-8 du Code pénal.

663. Reste que la responsabilité pénale dépende de l'âge de l'enfant. En générale, les peines ne sont encourues qu'à partir de l'âge de treize ans, et une diminution légale de peine s'applique, de façon obligatoire entre treize et seize ans, et de manière facultative entre seize et dix-huit ans¹¹⁸⁷. Désormais, avec les modifications l'ordonnance de 1945, s'il s'avère que l'enfant est responsable il est plus ou moins punissable, il encoure ainsi la moitié de la peine applicable à un majeur auteur d'une infraction de même nature. De cette façon, l'enfant ne bénéficie pas d'un statut spécifique, il est considéré, donc, comme un adulte en miniature seul responsable de ses actes. D'ailleurs, on ne parle plus d'enfants ou de juge des enfants mais de mineurs, de jeunes délinquants ou de juge des mineurs, « ce qui privilégie une catégorie pénale plutôt qu'une catégorie anthropologique¹¹⁸⁸ ».

664. Ce revirement catégorique dans le traitement de la délinquance juvénile marque la rupture avec la philosophie qui a fondé l'ordonnance de 1945. Le législateur de 1945 est venu instaurer le principe de l'éducabilité de tous les mineurs, qu'ils soient victimes ou

¹¹⁸⁶ Philippe BONFILS, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007 », *AJ Pénal* 2007, p. 363

¹¹⁸⁷ Cf. Philippe BONFILS, « Le droit pénal substantiel des mineurs », *AJ pénal* 2005, p. 45

¹¹⁸⁸ Denis SALAS, « Ce que nous appelons punir », *Études*, 2011/3 Tome 414, p. 319-330

coupables. Son approche de l'enfant est qu'il est « un être en devenir devant être éduqué, et non plus un adulte en miniature devant, s'il était considéré discernant, subir une peine réduite par rapport à celle prévue pour les adultes, ou, dans l'autre hypothèse, bénéficier d'un éloignement en centre fermé jusqu'à sa majorité¹¹⁸⁹ ». D'après cette vision, la loi comme la société donnent à l'enfant délinquant la chance de se rééduquer : « la société avec cette nouvelle approche du mineur délinquant, reconnaissait en 1945 la dette sociale qui la lie à l'ensemble des jeunes. Elle essayait de donner le maximum de chances pour que ces jeunes délinquants deviennent des adultes autonomes, responsables et non des êtres asociaux marqué par la violence symbolique et sociale de l'enfermement dans une période fragile de leur existence¹¹⁹⁰ ».

665. Force est de constater que les transformations actuelles de cette institution ont des explications plus profondes que nous le croyons. Il s'agit davantage d'un changement d'approche que d'un simple changement de loi. Avec l'ordonnance de 1945, l'objectif était de mettre le mineur dans un processus de responsabilisation dont participe le juge pour enfants qui avait une grande autonomie dans la fixation des mesures. Sa « pédagogie » consistait à mettre en parallèle la responsabilité du mineur et la responsabilité sociétale « quelle était sa responsabilité personnelle ?...Quelle était la responsabilité de la collectivité face à des conditions d'éducation et face à ses conditions de vie ?¹¹⁹¹ ». Aujourd'hui, le juge des enfants s'occupe plutôt des mineurs victimes, le mineur délinquant est laissé aux mains du parquet pour répondre à l'acte commis dont il est le seul responsable. Il est donc pleinement responsable de ses actes commis par libre choix.

666. En revanche, il est tout à fait légitime de se demander si la logique de l'ordonnance de 1945 est dépassée par le contexte actuel. Deux caractéristiques marquent la délinquance juvénile depuis maintenant une dizaine d'années et qui attirent l'attention des criminologues : le « rajeunissement » des auteurs et la « montée » de la violence¹¹⁹². Ces traits de la délinquance sont constants : les mineurs sont submergés par un sentiment d'insécurité manifesté par une partie de la population, ce qui pousse certains spécialistes à parler d'un phénomène de délinquance. Ainsi, l'approche éducative défendue par le texte de 1945 est remise en cause du fait qu'elle ne réponde plus à l'évolution et la gravité de la délinquance

¹¹⁸⁹ Francis BAILLEAU, « Les enjeux de la disparition programmée de l'ordonnance du 2 février 1945. Ouvrir la boîte de Pandore ? », *Droit et société*, 2011/3 n° 79, p. 667-688.

¹¹⁹⁰ *Idem*

¹¹⁹¹ *Idem*

¹¹⁹² Reynald OTTENHOF, « Aspects actuels de la minorité pénale », *Archives de politique criminelle*, 2008/1 n° 30, p. 37-44.

actuelle. Les autres arguments qui fondent les revendications de plus de sévérité envers les jeunes s'articulent entre la précocité des comportements délinquants et l'inadaptation du principe de l'irresponsabilité avec des jeunes de seize à dix-huit ans au même titre qu'un enfant.

A cet égard, la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance avait réécrit l'article 20-2 alinéa 2 de l'ordonnance de 1945, afin de faciliter l'exclusion de la diminution légale de peine pour les mineurs âgés au moment des faits entre seize et dix-huit ans. Cet article a été revu, ensuite, par la loi du 11 août 2007 qui a délimité davantage l'atténuation des peines prévues pour les mineurs âgés entre seize et dix-huit ans¹¹⁹³.

En outre, l'intervention judiciaire met au premier plan la victime et non plus le mineur coupable. C'est ce qu'a affirmé le Ministre de la Justice Rachida Dati par sa question : « Est-il besoin de rappeler que, du point de vue de la victime, il importe peu qu'elle ait été agressée par un jeune majeur ou par un mineur ? Quand un mineur se comporte comme un majeur, il faut qu'il sache qu'il encourt en théorie une peine du même ordre que celle encourue par un majeur¹¹⁹⁴ ». Dans la trilogie du coupable, de la victime et de l'ordre public, c'est ce dernier qui prime.

667. En conséquence, les réponses du législateur au dit phénomène de la délinquance sont purement pénales. Depuis 2002, les lois se sont succédées en matière de délinquance

¹¹⁹³ Article 20-2 alinéa 2 de l'ordonnance de 1945 : « Toutefois, si le mineur est âgé de plus de seize ans, le tribunal pour enfants ou la cour d'assises des mineurs peut décider qu'il n'y a pas lieu de le faire bénéficier de l'atténuation de la peine prévue au premier alinéa dans les cas suivants :

1° Lorsque les circonstances de l'espèce et la personnalité du mineur le justifient ;

2° Lorsqu'un crime d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne a été commis en état de récidive légale ;

3° Lorsqu'un délit de violences volontaires, un délit d'agression sexuelle, un délit commis avec la circonstance aggravante de violences a été commis en état de récidive légale.

Lorsqu'elle est prise par le tribunal pour enfants, la décision de ne pas faire bénéficier le mineur de l'atténuation de la peine doit être spécialement motivée, sauf pour les infractions mentionnées au 3° commises en état de récidive légale.

L'atténuation de la peine prévue au premier alinéa ne s'applique pas aux mineurs de plus de seize ans lorsque les infractions mentionnées aux 2° et 3° ont été commises une nouvelle fois en état de récidive légale. Toutefois, la cour d'assises des mineurs peut en décider autrement, de même que le tribunal pour enfants qui statue par une décision spécialement motivée.

Pour l'application des articles 132-8 à 132-11, 132-18-1 et 132-19-1 du code pénal et des deux alinéas précédents, les mesures ou sanctions éducatives prononcées contre un mineur ne peuvent constituer le premier terme de l'état de récidive.

Les dispositions de l'article 132-23 du code pénal relatives à la période de sûreté ne sont pas applicables aux mineurs.

L'emprisonnement est subi par les mineurs soit dans un quartier spécial d'un établissement pénitentiaire, soit dans un établissement pénitentiaire spécialisé pour mineurs dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat ».

¹¹⁹⁴ Rachida DATI, Ministre de la justice, Texte publié par le journal Libération, dans la rubrique « Rebonds » le 2 juillet 2007.

juvénile ayant tous pour slogan « tolérance zéro¹¹⁹⁵ ». Soutenue par certains spécialistes et professionnels¹¹⁹⁶ qui parlent d'une saine éducation garantie par la contrainte et la sanction, la réponse législative a été très influencée par une certaine position politique.

Ainsi, la multitude des textes votés depuis 2002 (la loi du 10 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la Justice, ; la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité; la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance ; la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ; la loi du 11 août 2007 de lutte contre la récidive ; le décret du 8 novembre 2007 relatif aux établissements et services de la PJJ ; la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental et la loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale des mineurs) , en plus du projet d'un Code de la justice pour mineur en préparation depuis 2008 donnent l'impression d'une situation chaotique de la délinquance des mineurs.

Les lois qui se focalisent sur les actes commis par les mineurs ainsi que la position de la victime ne peuvent en aucun cas régler le problème de la délinquance juvénile en profondeur. Pire encore si le législateur a opté pour la solution pénale à des troubles qui ne sont que les manifestations d'un malaise social plutôt que des actes commises de plein gré.

668. Certes, un enfant en bas âge n'est pas celui qui s'approche de l'adolescence, néanmoins les deux se rejoignent dans leur besoin continuels d'éducation et de prise en charge. En revendiquant un droit de l'enfant d'être respecté dans son âge et dans son degré de maturité ne s'agit pas de l'utiliser comme alibi pour laisser les enfants ainsi que les jeunes sans éducation. Bien au contraire, parler d'un respect de l'âge de l'enfant, c'est donner à l'enfant des repères, des bases ainsi que des limites. C'est aussi le mettre sous l'autorité de ceux qui le prennent en charge, famille et société, afin de lui permettre de s'autonomiser graduellement tout en étant responsable.

669. Respecter l'âge de l'enfant dans la justice des mineurs, c'est choisir les mesures compatibles avec l'objectif de faire sortir ces jeunes de ce désarroi et non pas simplement de les punir. Néanmoins, ce n'est pas ce qui est prévu dans les dernières lois adoptées. Nous

¹¹⁹⁵ Jean-Pierre GARNIER, « Société vulnérable ou population vulnérable ? Un débat biaisé » Compte rendu thématique, *Espaces et sociétés*, 2007/4 n° 131, p. 172

¹¹⁹⁶ Cf. Michel BOTBOL et Luc-Henry CHOQUET, « Une lecture renouvelée du droit pénal des mineurs. La prise en compte de la contrainte dans l'action éducative à l'égard des mineurs délinquants », *Cahiers philosophiques*, 116, 2008, p. 9, 10, 14, 19.

assistons à une accélération de certaines procédures comme la comparution immédiate qui est désormais possible pour les mineurs, une responsabilité pénale fixée à un âge très précoce puisque un jeune de 13 ans récidiviste doit être obligatoirement condamné à un minimum de 6 mois d'emprisonnement si on décide de le condamner à une peine, un élargissement de la détention provisoire entre 13 et 16 ans et la possibilité de juger des mineurs de 16 ans à 18 ans comme des majeures¹¹⁹⁷.

Ces mesures de caractère pénal ne peuvent pas arrêter l'agissement violent de ces jeunes pour la simple raison que ces derniers n'ont jamais été contraints par l'éducation. Dans un contexte où l'enfant naît individu, exerce sa liberté prématurément et participe à la prise des décisions concernant sa vie sans aucune guidance, il ne peut en aucune façon être dissuadé par une sanction.

La vision à court terme des solutions pénales frappe toujours les mêmes catégories d'enfants et de jeunes issus d'un milieu social précaire, socialement, matériellement et physiologiquement, sans pour autant toucher le problème directement et en profondeur. En punissant ces enfants, on leur reproche d'être les victimes d'une situation, qui est dans la majorité des cas, non choisie. Le fait de punir des mineurs selon le modèle des majeurs, c'est supposer avoir en face de nous des comportements fondés sur le contrôle de soi et le respect de la règle.

670. La vision actuelle de la justice des mineurs adopte le concept individualiste de l'enfant, elle le considère « un sujet libre, censé connaître la loi, responsable d'actes dont il faut mesurer la gravité pour le punir en conséquence¹¹⁹⁸ ». Toutefois, c'est pour instaurer le contraire de cette vision que l'incapacité juridique de l'enfant a été établie : « Voilà qui est valable pour un délinquant professionnel, mais fort peu pour de jeunes délinquants certes punissables mais aussi immatures, désocialisés et sans ressources¹¹⁹⁹ ». L'incapacité juridique du mineur a pour objectif de protéger celui-ci contre des actes qui peuvent être commis par lui-même.

671. Même en étant d'accord sur la lecture qui cautionne que la délinquance des jeunes enfants aujourd'hui est un phénomène sociétal, le rappel à la loi notamment par la sanction ne peut être qu'une partie du traitement. Ainsi, multiplier les rapports ainsi que les lois sur la justice des mineurs doit constituer des mesures complémentaires et

¹¹⁹⁷ La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

¹¹⁹⁸ Denis SALAS, *op. cit.* p. 323

¹¹⁹⁹ Idem

accompagnatrices d'un traitement globale du phénomène. En revanche, le législateur continue d'instaurer son approche en remettant le nième rapport sur la prévention de la délinquance par Jean-Marie Bockel (Secrétaire d'Etat à la Justice) en novembre 2010 en revenant sur des sujets tels que la détection de manière précoce les enfants dits « difficiles », le renforcement des stages parentaux et du coaching parental, la généralisation du Contrat de Responsabilité Parental, confier un statut aux beaux-parents, développer dès l'école primaire des programmes de prévention des comportements violents et discriminatoires, faire revenir l'éducateur de rue dans l'espace public etc.¹²⁰⁰.

A ce rapport s'ajoute l'ambition de créer un « code de la justice pénale des mineurs » supposé plus lisible et notamment plus précis, « c'est-à-dire un énoncé dissuasif pour un individu capable d'anticiper ses actes¹²⁰¹ » qui fixe à 12 ans l'âge de la responsabilité pénale. Finalement, le législateur ne fait qu'accentuer la sévérité des mesures appliquées aux mineurs en présentant un projet de loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs au Sénat le 4 mai 2011¹²⁰². Ce texte prévoit des réformes à l'ordonnance de 1945 et propose ainsi la création d'un « dossier unique » de personnalité des délinquants mineurs, la suppression des assesseurs du tribunal pour enfants au profit de professionnels et de simples citoyens, la procédure de convocation par officier de police judiciaire afin d'accélérer le jugement des mineurs et le jugement de mineurs récidivistes de plus de 16 ans par un tribunal correctionnel pour mineurs.

672. Cela dit, la justice ne peut exister et produire seule des résultats pour lutter contre un phénomène social. S'il est vrai que la délinquance des jeunes enfants est un problème centrale en France « l'appareil judiciaire n'a jamais été, et ne sera jamais, en capacité de gérer seul les désordres sociaux liés à cette transition entre un statut de jeune et celui d'adulte surtout en période de fragilisation du lien social, de crise de l'intégration des jeunes dans le monde du travail¹²⁰³.

¹²⁰⁰ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//104000585/0000.pdf>

¹²⁰¹ Denis SALAS, *op. cit.* p. 322

¹²⁰² <http://www.senat.fr/leg/pjl10-438.html>

¹²⁰³ Francis BAILLEAU, *op. cit.*, p. 687

Chapitre II : La nécessité de palier les manquements au respect des droits de l'enfant au Maroc

673. Sans sous-estimer les efforts effectués au Maroc pour concrétiser les droits de l'enfant que ce soit par le secteur public ou la société civile, il est indispensable d'attirer l'attention sur la question de qui est, premièrement et essentiellement, responsable du respect et de la réalisation des droits de l'enfant ? En se référant à l'article 2 de la CIDE. Ce sont les Etats qui s'engagent à « respecter les droits qui sont énoncés dans la (...) Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction » en prenant « toutes les mesures législatives, administratives et autres mesures appropriées ».

Ainsi, l'obligation initiale incombe à l'Etat pour réaliser les droits de l'enfant dans son territoire. Les autres acteurs de la société civile sont censés compléter l'action publique, l'examiner et la critiquer aussi. Toutefois, l'action associative au Maroc en matière des droits de l'enfant est une substitution au désengagement de l'Etat. D'ailleurs, celui-ci affirme son encouragement à tout travail associatif, notamment là où lui-même s'est retiré. Résultat, des droits fondamentaux de l'enfant tels que l'éducation, la lutte contre la pauvreté ou la protection de l'enfant contre la violence sont laissées à un secteur récent, moins expérimenté, de faibles ressources et, dans la plupart des cas, sans une vision claire de son action¹²⁰⁴ (Section 1).

674. Dans cet état des choses, la situation des droits de l'enfant au Maroc est loin de s'améliorer si l'Etat ne s'engage pas entièrement et efficacement dans la prise en charge effective des parents, premières personnes en relation avec l'enfant ; de la famille en général et de l'école (Section 2).

Lutter contre la pauvreté et l'ignorance des familles ; fournir les infrastructures nécessaires sanitaires, éducatives et de transports ; faciliter aux familles l'accès au service public : c'est ainsi et à partir de cela que les droits de l'enfant au Maroc seront effectifs et c'est à ce moment-là que l'action associatif aura du sens. Elle se consacrera alors à informer, mobiliser,

¹²⁰⁴ Cf. Etude sur les associations marocaines sur le développement : Diagnostic, analyse et perspectives, Rapport III synthèse et recommandations, publications Tanmia.ma, pp. 39-44

expliquer et éduquer les familles ainsi que les enfants à la culture des droits de l'enfant (Section 3).

Section 1 : Des manquements palliés par une action associative médiocre

675. Le mouvement associatif au Maroc est depuis quelques années en constante progression. Son domaine d'intervention est multiple et divers mais il concerne, en général, des thèmes bien souvent abordés : développement, droits des femmes, droits de l'enfant, culture, éducation et environnement etc. Parmi les 100 000 associations recensées au Maroc, 818 œuvrent dans le domaine de l'enfance¹²⁰⁵. Leur rôle est supposé être d'évaluer la politique de l'enfance tracée par les pouvoirs publics et être une force de proposition vis-à-vis de l'Etat. Leur implication directe sur le terrain auprès des enfants et des personnes les entourant ne constitue donc pas leur unique rôle. Néanmoins, en étudiant de près les associations de droits de l'enfant au Maroc, nous constatons que leurs actions souffrent de diverses « carences ». Concernant les actions entreprises par ces associations, nous pouvons en distinguer deux sortes: d'une part, des actions sociales et caritatives (paragraphe 1), d'autre part, des actions de plaidoyer (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le faible impact des actions sociales et caritatives

676. Les associations des droits de l'enfant d'une façon générale, et plus particulièrement celles qui sont quantitativement les plus nombreuses, font de l'action sociale. Cela signifie qu'elles sont des prestataires de services répondant aux besoins ponctuels des enfants. Ainsi, les types d'actions menées dans le domaine du droit à la survie se résument à une prise en charge des soins des enfants en leur procurant des médicaments, en organisant des campagnes de vaccination, de sensibilisation et de dépistage ambulatoires. Ces actions se traduisent également par la création de centres de santé et de rééducation pour les enfants handicapés, et un approvisionnement de soins primaires en cas de catastrophes et de séismes.

677. Certes, la bonne volonté de ces associations, dont la mission principale est de venir en aide aux enfants en situation difficile, n'est pas négligeable. Toutefois, l'impact de leurs actions est très difficile à mesurer, cela pour plusieurs raisons :

Des actions ponctuelles et de court terme : la pérennité des services est aléatoire et leur impact est temporaire, notamment dans le domaine de la santé où il est exigé de faire des révisions et de fréquents suivis. Ainsi, cela est nécessaire dans le cas du suivi de la femme enceinte, du

¹²⁰⁵ Chiffres avancés par le portail Tanmia Maroc qui regroupe l'ensemble des acteurs du développement sur le plan national.

nourrisson et de la vaccination des enfants en bas âge. La ponctualité des services pousse à une grande sollicitude de la part de la population. Or, les associations n'arrivent pas à faire face à une demande qui ne cesse de s'accroître.

Des actions reposant essentiellement sur du bénévolat et des financements irréguliers : la plupart des militants associatifs dans le domaine sont des bénévoles qui ne bénéficient pas du statut de salarié. En conséquence, leur engagement ne peut être que ponctuel lui aussi. En outre, ces associations ne disposent pas de financements réguliers et d'apports importants. Bien que certaines associations aient réussi à avoir des locaux ainsi que des centres d'accueil, leur entretien, leur aménagement et la procuration de matériel restent difficiles voire impossibles.

Des actions qui manquent de stratégie, de méthodologie et d'évaluation : la plupart des associations dont le domaine d'action est celui de l'enfance travaillent sans avoir de « feuille de route ». En effet, leurs objectifs ne sont tracés qu'à court terme sans finalités précises à atteindre. Aussi, elles ne planifient pas d'actions sur le long terme. Ces associations ne sont pas à même de mesurer l'impact de leurs actions car elles ne suivent pas de méthodologie particulière et n'ont pas de stratégie définie. Cette situation ne peut être améliorée en l'absence d'une formation suffisante des militants, de coordination et de synergies entre des acteurs œuvrant dans un même domaine.

678. Le Maroc bénéficie d'un mouvement associatif très dynamique, dont l'importance ne cesse de croître. Le domaine de l'enfance attire, de manière particulière, une partie importante des associations pour la simple raison qu'il y a une forte demande due au « caractère » jeune de la population. Cela s'explique également et principalement par le déficit des pouvoirs publics. Par ailleurs, on note encore une insuffisance du nombre d'associations œuvrant sur le terrain bien qu'elles soient nombreuses.

Néanmoins, cette insuffisance ne renvoie pas uniquement à la quantité des acteurs associatifs. En effet, elle renvoie aussi à la qualité de leur travail. Dans le domaine de l'éducation et du droit au développement de l'enfant, les actions sont multiples et diverses. Dès lors, des interventions d'appui à la scolarisation d'enfants non scolarisés et déscolarisés sont réalisées, notamment des filles, sous forme de campagne de sensibilisation, de distribution de fournitures scolaires, d'entretiens avec les parents etc. De plus, des solutions alternatives ont été trouvées : l'éducation non formelle pour les enfants de la rue, des animations culturelles telles que les colonies de vacances, les activités sportives et les campagnes au sein des écoles pour la promotion des valeurs citoyennes.

Pourtant, les actions de ces associations souffrent d'un manque de vision globale et commune. Il est étonnant qu'un domaine essentiel et vital tel que l'éducation et le développement des enfants ne soit pas fondé sur l'approche des droits. Le rôle des associations dans ce domaine n'est pas de remplacer l'Etat en termes de promotion de scolarisation et d'éducation des enfants en situation difficile et/ou précaire même si elles y sont très actives grâce à leurs dispositifs (locaux, cours dispensés...). Il incombe aux autorités publiques de prendre en charge l'éducation car il relève de son obligation matérielle et morale d'assurer à tous les enfants un droit à la scolarisation et au développement.

679. Les associations, en adoptant l'approche du droit, sont supposées être des forces de proposition et non pas seulement des demandeurs de réformes. La concrétisation de cela passe dans un premier temps par la mise en chantier d'un programme de formation destiné aux militants associatifs, puisque « l'approche droit » n'est pas réduite à une planification stratégique ni aux aspects techniques. Elle est davantage « une philosophie, une culture, un état d'esprit, un comportement au quotidien avec les enfants. Les formateurs devraient être sélectionnés, non seulement pour leur savoir et savoir-faire, mais également pour leur savoir être et leur sensibilité en matière de culture des droits humains »¹²⁰⁶.

680. Force est de constater qu'il y a des domaines dans lesquelles l'action associative est très limitée sinon inexistante. Il s'agit du droit de l'enfant à la protection contre la violence. Ce domaine recense les associations éducatives, juridiques, d'insertion, etc. En ce sens, nous pouvons donner l'exemple de deux associations : « *Bayti* » et « Touche pas à mon enfant ». La première a été fondée par le pédiatre *Najat M'jid* en 1995. *Bayti* est une Organisation Non Gouvernementale, régie par la loi marocaine sur les associations, reconnue d'utilité publique par le décret n° 2.9.9.38 du 21 Janvier 1999. Elle se considère comme pionnière dans la lutte pour la reconnaissance des droits des enfants de la rue, et en situation difficile de façon plus générale. La seconde a été créée il y a quelques années. Fondée en 2004 par Najat Anwar, elle se proclame garante des droits fondamentaux des enfants marocains, de leur protection contre toute forme de maltraitance, d'abus et d'exploitation sexuels à des fins commerciales, et cela conformément à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'Enfant.

L'implication de ces associations sur le terrain n'est pas négligeable. Elles tentent d'être présentes auprès des enfants en organisant des campagnes de sensibilisation sous forme de

¹²⁰⁶ Espace Associatif, « Droits de l'enfant et action associative au Maroc Eléments d'analyse et axes d'intervention », Save the Children UK publiée avec l'appui de l'UNICEF, p.88

colloques, de séminaires et de projections de films. Elles élaborent également des programmes culturels et sportifs. Plus particulièrement, *Bayti* essaye d'offrir aux enfants de la rue un abri en les intégrant dans des centres d'accueil qui constituent une étape transitoire vers la réintégration familiale, la rescolarisation ou la formation professionnelle. Malgré les efforts déployés par ces deux associations, il est difficile de juger de l'efficacité de leurs actions. En conséquence, nous nous demandons si elles couvrent réellement le domaine de protection de l'enfant. La réponse est nuancée du fait que ces associations, en dépit de leur réputation, ne travaillent qu'en échantillon. Leurs actions sont occasionnelles, restreintes à un nombre limité d'enfants et répondent à des besoins temporaires. Ni l'une ni l'autre ne combattent le phénomène « des enfants de la rue » ni celui de la pédophilie. Loin de là, elles n'ont pas mené à bien un travail de fond fondé sur « l'approche droit » et n'ont pas fixé de stratégie particulière pour lutter efficacement contre ce « fléau ».

D'autre part, leur mission n'est pas de se substituer à l'Etat dans sa responsabilité de protéger les enfants. En effet, elles doivent réaliser en priorité un travail de plaidoyer qui commence par une connaissance de la législation, des actions de l'Etat et des possibilités que ce dernier offre aux enfants. Elles doivent, dans un second temps, accompagner les réformes et les programmes mis en place par l'Etat (Code de la famille, Code du travail, la loi sur la *Kafala*, le PAN 2006-2015...) à travers une analyse et une évaluation claire et franche insistant essentiellement sur la mise en œuvre de ses lois et projets. Finalement, il s'avère que les engagements de l'Etat ne sont pas respectés, faisant ainsi des associations les « détentrices » d'un rôle de pression et de constitution de propositions réelles et originales.

681. Si nous nous penchons sur les cadres associatifs qui militent dans les associations de promotion des droits de l'enfant au Maroc, le premier constat qu'il en ressort est l'impossibilité de recenser leur nombre. Cette lacune est due, comme nous l'avons évoqué dans un précédent paragraphe, au bénévolat des acteurs impliqués dans les associations. Dans ce contexte, le bénévolat est loin d'être cette vocation « de se sentir utile, de faire quelque chose pour autrui, d'aider son prochain » sans aucune contrepartie. La majeure partie de ces associations se trouvent confrontées à un « nouveau bénévolat » : il s'agit dans la plupart des cas, reflétant parfaitement la description de Bernard Murat, « de personnes isolées, et parfois marginalisées qui viennent chercher dans l'association, dont elles sont souvent ou ont été les bénéficiaires, un groupe d'appartenance et « quelqu'un à qui parler » »¹²⁰⁷. Excluant le

¹²⁰⁷ Bernard MURAT, Rapport d'information sur le bénévolat dans le secteur associatif, Sénat commission des affaires culturelles, France, 2005, p.11

président ou la présidente de l'association et parfois les membres de bureau, les motivations et les aspirations des engagés sont différentes, voire divergentes.

S'ajoute à cela l'engagement périodique des militants. Court et irrégulier, il est incertain de parler d'un véritable engagement. En effet, pour une grande partie de ces associations, « fidéliser » leurs bénévoles, demeure une tâche difficile. Cela affecte inéluctablement le niveau de formation des engagés. En plus d'un manque de formation préalable, dans le cas d'une instabilité des bénévoles, leur soumission à un programme de formation n'est pas efficace.

Le problème du niveau de formation des bénévoles associative dans le domaine des droits de l'enfant est majeur. Le contact direct avec l'enfant ainsi que le dispositif intellectuel du concept des droits de l'enfant ne peut pas être acquis facilement. Ce domaine exige, en effet, un savoir, un savoir-faire et savoir être, en premier lieu, du contexte et de l'entourage de l'enfant, puis de sa propre personne. A titre d'exemple, le manque de prise en compte du droit de l'enfant à la participation démontre clairement l'insuffisance de cette culture chez les animateurs eux-mêmes. Savoir écouter un enfant, prendre en considération ses suggestions et l'impliquer dans la prise de décisions doit émaner d'une profonde conviction que ces valeurs sont inaliénables.

682. Cela dit, personne ne peut nier l'existence au Maroc d'associations qui militent, de manière engagée, pour une reconnaissance effective des droits de l'enfant. Néanmoins, peut-on parler pour autant d'un mouvement associatif des droits de l'enfant ?

On observe une dynamique initiée par la société civile fondée sur « l'approche droit » qui accompagne et renforce les sujets concernés à revendiquer leurs droits.

Paragraphe 2 : L'absence d'un véritable plaidoyer en faveur des droits de l'enfant

683. Au Maroc, la problématique de l'enfance a suscité l'intérêt d'un grand nombre d'acteurs associatifs. Grâce aux efforts fournis par les ONG internationales œuvrant dans le domaine, sans oublier la conjoncture internationale actuelle qui a donné une importance primordiale aux droits de l'enfant, une dynamique s'est produite, notamment sous forme d'action de plaidoyer. Cependant, en quoi consiste véritablement cette action ? Est-elle réellement investie ?

684. Une des principales organisations reconnues comme précurseurs en termes de plaidoyer dans le domaine des droits de l'enfant au Maroc est l'Observatoire National des

droits de l'enfant (ONDE). L'ONDE a été créée à l'initiative du roi Hassan II lors de la seconde édition du Congrès sur les droits de l'enfant en 1994 dont la Princesse Meryem est nommée présidente. La décision d'ériger le Congrès en Observatoire National avait pour objectif la consolidation et l'approfondissement des actions menées en faveur de l'enfant au Maroc. C'est ainsi que l'Observatoire devient un instrument de la réaffirmation déterminée de la politique de l'Etat dans le combat pour les droits de l'enfant. Actuellement, l'Observatoire rassemble un réseau d'associations œuvrant pour la même cause.

L'ONDE accomplit principalement un travail de plaidoyer qui consiste à :

- Analyser de façon continue la situation de l'enfant en matière de protection et promotion de ses droits, et évaluer l'impact des actions engagées dans les domaines afférant au bien-être de l'enfant afin d'actualiser les défis à relever.
- Informer, sensibiliser et conseiller les différentes instances concernées par la protection de l'enfant et la promotion de ses droits, tant à l'échelon national que régional.
- Engager des actions démonstratives et promotionnelles des droits de l'enfant dans les domaines de la santé, l'éducation, le juridique, les loisirs, la culture, etc.
- Coordonner les initiatives intersectorielles engagées par les partenaires nationaux et internationaux en faveur de la protection de l'enfant et la promotion de ses droits.

Dans la concrétisation de ses objectifs, l'ONDE a mis en place un Parlement de l'enfant¹²⁰⁸ qui apparaît comme une instance de dialogue et de concertation permettant aux jeunes d'exprimer leurs points de vue dans les sujets qui les concernent. Le Parlement tient des sessions nationales et régionales sous la présidence de la princesse Meryem dont la 7^{ème} session s'est déroulée entre le 17 et le 23 octobre 2010. Lors de ces sessions, le Parlement de l'enfant adresse d'abord au Roi une lettre d'allégeance et de confiance qui cite les efforts fournis par le souverain dans le domaine des droits de l'enfant. Durant ces trois jours, les enfants assistent aux conférences, ateliers et groupes de travail traitant des sujets tels que la santé, l'éducation ou l'environnement. Durant chaque session du Parlement de l'enfant, divers documents sont préparés comme des projets, des propositions, une liste de questions soumise au gouvernement...

Cette instance encouragée par l'Etat, effective depuis 1999, est méconnue jusqu'à aujourd'hui par la plupart des enfants au Maroc, ce qui nous pousse à nous interroger sur un nombre de points. La première interrogation renvoie à la représentation au sein du Parlement de l'enfant,

¹²⁰⁸ <http://parlementdelenfant.org/>

ce qui revient à se demander qui il représente réellement. Certes, il est une instance de dialogue et de débat, mais pour quels objectifs ? Quelle est la valeur juridique des décisions émanant de cette instance ?

685. Le rôle de l'ONDE a été mis en avant lors de la révision du statut de la femme et de l'enfant dans le nouveau Code de la famille, la *Moudawana* de 2004. L'étude réalisée en 2006 sur « les droits de l'enfant à travers le Code de la famille de 2004 » expose les revendications en la matière :

Principales propositions de l'ONDE¹²⁰⁹ (résumé)
<p>Principe de non-discrimination</p> <ul style="list-style-type: none"> • Uniformiser l'âge au mariage à 18 ans tant pour les garçons que pour les filles.
<p>Principe de l'intérêt supérieur de l'enfant</p> <ul style="list-style-type: none"> • Plusieurs propositions s'inscrivent dans ce registre (filiation, garde, pension, etc.).
<p>Mariage</p> <ul style="list-style-type: none"> • Elever l'âge au mariage à 18 ans. Le juge peut, toutefois, autoriser le mariage à partir de 16 ans sous certaines conditions ; • Ajouter de nouvelles dispositions concernant la conclusion, par les Marocains, de leurs actes de mariage à l'extérieur du Maroc ; • Homologuer l'acte de mariage.
<p>Filiation</p> <ul style="list-style-type: none"> • Etendre les cas de filiation ; • Procéder à une expertise en cas d'existence d'enfants ou de grossesse avant le mariage; • Faire intervenir le ministère public.
<p>Dissolution des liens du mariage (toutes formes confondues)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Organiser la procédure de séparation des deux époux en cas d'existence d'enfants de telle sorte à ce que les intérêts de ces derniers soient sauvegardés ; • Tenir compte des droits des enfants.
<p>Pension alimentaire et domicile</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tenir compte dans l'estimation de la pension alimentaire de la situation précédente des enfants et de la condition du père, ainsi qu'en garantir l'exécution ; • Incriminer l'arrêt du versement de la pension pendant un mois sans motif recevable ; • Obliger la mère à verser une pension si le père est incapable de le faire ; • Garantir un domicile pour les enfants, en fonction de leur nombre, état de santé, etc.
<p>Garde</p> <ul style="list-style-type: none"> • Charger le parent gardien de veiller à l'orientation scolaire ; • Faire intervenir la justice en cas de non-respect des engagements relatifs à la garde .
<p>Tutelle légale</p>

¹²⁰⁹ Cf. Mémoire de l'ONDE présenté à la Commission Consultative Chargée de la Réforme du Code du Statut Personnel, Revue : Les enfants ont des droits, n° double 5-6, juin 2002 (en arabe).

- Uniformiser les règles de tutelle sur les personnes et les biens pour préserver l'enfant et protéger ses biens et intérêts supérieurs.

Ces contributions au niveau législatif élaborées afin d'améliorer le statut personnel de l'enfant sont restées limitées au cadre indiqué par le pouvoir puisque leurs propositions n'ont pas pu apporter des réponses profondes à la question de l'enfant. D'ailleurs, le discours royal prononcé le 10 octobre 2004 à l'occasion de la promulgation du nouveau Code de la famille, a tracé la limite des réformes et calmé les ambitions associatives en la matière. Leur travail ne remet en cause, en aucune façon, la politique de l'enfance en cours. Au contraire, l'observatoire National de l'enfance légitime toutes les actions de l'Etat menées envers les enfants. En effet, tous les gouvernements qui se sont succédé ont travaillé ensemble avec l'ONDE, notamment pour l'organisation du Congrès national des droits de l'enfant.

Pourtant cette structure est censée adopter un rôle d'observatoire au sens propre du terme¹²¹⁰. Elle a notamment pour rôle la collecte de données, l'analyse de situation des droits de l'enfant, ce qui implique son impartialité et son objectivité. Cependant, cela n'a pas été le cas car les actions qu'elle mène suivent et s'approprient la politique de l'enfance tracée par l'Etat sans aucune remise en cause ni évaluation.

Autrement dit, l'ONDE ne peut constituer un exemple de plaidoyer. Elle représente, tout simplement, la vision officielle de la question des droits de l'enfant au Maroc. .

686. En fin de compte, il n'existe pas d'associations qui adoptent réellement l'approche plaidoyer dans le domaine des droits de l'enfant au Maroc. Celles qui prétendent remplir cette fonction ne parviennent pas à comprendre que le travail de plaidoyer consiste à formuler un positionnement fort, proactif et productif du tissu associatif par rapport aux approches adoptées par les pouvoirs publics.

Il s'agit essentiellement de pouvoir créer sa propre idée et stratégie pour la promotion des droits de l'enfant. De surcroît, une action de plaidoyer ne peut être conduite sans une certaine autonomie et indépendance vis-à-vis de l'Etat. Cela permet d'agir directement sur les politiques, d'être une force d'opposition et de proposition.

Nous pouvons ainsi formuler l'idée selon laquelle l'action associative en faveur des droits de l'enfant est un édifice à trois composantes interdépendantes et intimement liées¹²¹¹ :

¹²¹⁰ Espace Associatif, « Droits de l'enfant et action associative au Maroc Eléments d'analyse et axes d'intervention », Save the Children UK publiée avec l'appui de l'UNICEF, p.41

¹²¹¹ Idem.

1. Actions de plaidoyer auprès des décideurs	2. Actions de sensibilisation du grand public	3. Actions ciblant directement les enfants
<i>Agir sur les politiques, les décisions, du local au national (et même l'international)...</i>	<i>Susciter un soutien social au respect des droits de l'enfant, promouvoir la culture des droits de l'enfant...</i>	<i>Renforcer les capacités des enfants par des activités de terrain appropriées, les faire participer ...</i>

Parmi ces trois composantes, l'approche du plaidoyer constitue l'amorceur de toutes les autres actions. Cette approche permet une influence plus générale et plus importante sur les décideurs d'une part, et des impacts plus durables sur les populations ciblées, d'autre part¹²¹².

¹²¹² Idem.

Section 2 : Vers un engagement positif de l'Etat

687. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'engagement de l'Etat est vital pour la réalisation des droits de l'enfant. D'ailleurs, le fait de prendre les mesures nécessaires à l'application de la CIDE fait partie des obligations des Etats contractants. En effet, la portée des engagements de l'Etat s'étend à reconnaître, respecter, protéger et mettre en œuvre les droits énoncés dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Ainsi, « l'obligation de mettre en œuvre » appelle à l'adoption de mesures positives qui donnent pleine concrétisation et plein effet au droit de l'enfant.

688. Concrètement, l'Etat au Maroc doit viser en premier lieu les parents comme le souligne clairement la CIDE, notamment dans l'article 18-2 qui prévoit que « les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants » (paragraphe 1), en leur assurant un niveau de vie suffisant pour pouvoir prendre en charge les besoins de leur enfant. Cela n'est possible qu'en luttant contre le taux élevé de chômage qui frappe les foyers marocains. En outre, les droits de l'enfant au Maroc dépendent aussi de la situation de la femme marocaine. Bien que la loi actuelle lui ait garanti quelques droits, au niveau de la pratique, les violations subsistent encore.

689. Par ailleurs, l'Etat doit posséder une vision de son avenir démographique et social en mettant la famille au centre de ses priorités, notamment budgétaires. Se doter d'une politique familiale est une nécessité pour le Maroc s'il veut faire progresser les droits de ses enfants. Au-delà de cela, un enfant analphabète ne peut connaître ses droits. C'est pourquoi l'éducation et particulièrement l'école marocaine, constitue une autre responsabilité de l'Etat (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La prise en charge des parents

690. L'effectivité des droits de l'enfant au Maroc exige un engagement positif de l'Etat, c'est-à-dire : assurer les conditions matérielles et juridiques concrètes pour que l'enfant puisse jouir de ces droits réellement. Un de ces engagements est la prise en charge directe et indirecte des parents de l'enfant.

Il est difficile de réaliser effectivement les droits de l'enfant sans améliorer le milieu politique, économique et social de celui-ci, notamment dans des sociétés où l'enfant fait partie

de la sphère privée : ce qui veut dire que l'enfant n'est pas un créancier direct de l'Etat puisque l'action publique passe par l'intermédiaire du père et de la mère, sinon par le père seulement. En effet, il n'est pas étonnant d'avancer que la majorité des familles au Maroc sont encore patriarcales. D'ailleurs, ils n'en peu guère être autrement puisque le système politique en cours revêt, lui-même, un aspect patriarcal et paternaliste. Ainsi, il est encore possible au Maroc de parler de la famille institution basée sur la solidarité et l'entraide, en l'absence d'une politique de l'Etat envers la famille. En conséquence, l'enfant n'a concrètement de droits directs qu'envers ses parents. A ses yeux, à eux seuls incombent la responsabilité de mettre en œuvre ses droits. Dans ce contexte, le père et la mère prennent en charge leur enfant selon leurs capacités, leurs moyens et leur savoir-faire. C'est pourquoi, la réalisation des droits de l'enfant peut difficilement être effective, sinon impossible.

691. De ce point de vue, il s'agit d'abord, dans l'exemple du Maroc, de parler d'un engagement positif de l'Etat qui passe par l'intermédiaire de l'homme et de la femme d'abord, avant de parler d'une obligation de l'Etat qui vise directement l'enfant.

Ainsi, l'engagement positif de l'Etat doit s'intéresser en premier plan aux détenteurs de l'autorité parentale : le père et la mère et avant cela l'homme et la femme. D'abord, il est indispensable de leur procurer du travail, élément essentiel d'une stabilité familiale et sociétale, de reconnaissance de soi et une expression de la dignité humaine (A). En outre et plus spécifiquement le statut de la femme joue un rôle essentiel dans la promotion des droits de l'enfant notamment dans les pays en voie de développement. En effet, « les droits de l'enfant sont intimement liés aux droits des femmes¹²¹³ », parce que c'est grâce à une femme libre et responsable que les enfants peuvent jouir de leurs droits (B).

A. La dignité par le travail

692. « Le travail est un facteur clé du bien-être économique des individus. Plus qu'une source de revenus, le travail contribue au progrès socio-économique et renforce les individus, leurs familles et leurs communautés¹²¹⁴». En effet, le travail, avant d'être une source économique pour la famille, est une source de dignité personnelle, notamment pour un parent. Ainsi, dans la majorité des familles marocaines, le père est encore le seul à subvenir

¹²¹³ http://www.unicef.org/french/why/why_rights.html

¹²¹⁴ L'agenda pour le travail décent, L'Organisation Internationale du Travail (OIT), rubrique Mission et objectif : sur le site de l'OIT

financièrement aux besoins du ménage familial. En l'occurrence, l'absence de travail est synonyme de déchéance sociale, morale et aussi physique. Un parent sans travail perd rapidement sa place dans la société et dans sa famille aussi. De cette façon, demander à un parent déchu socialement et économiquement de respecter les droits de son enfant est irréaliste.

693. Il faut savoir que le Maroc connaît un taux d'activité de 49,6% et un niveau de chômage très élevé : 10% au premier semestre de 2010 avec un marché souffrant d'un déséquilibre sociodémographique lié en grande partie aux disparités relatives au genre et à la tranche d'âge, et qui couvrent à la fois le chômage, l'activité, et l'emploi.

Les jeunes et les femmes souffrent d'un taux très élevé de chômage mais le problème majeur de ces deux catégories réside donc bien plus dans l'accès à l'activité. Parmi 11,7 millions de personnes âgées de 15 à 34 ans (37% de la population totale) seulement 5,6 millions sont actives. Avec 54,6% des chômeurs n'ayant jamais travaillé (56,6% dans le milieu urbain). Le chômage de longue durée touche 73% des jeunes chômeurs et 79% des chômeurs âgés entre 25 et 34 ans. Le chômage de plus de 3 ans touche 31,3% et 54,2% des 15-24 ans et des 25-34 ans respectivement.

694. En conséquence, nous assistons à une baisse de natalités due à une baisse des mariages puisque les jeunes ne peuvent plus fonder une famille sans de vraies ressources économiques. La femme, quant à elle, ne peut être une productrice dans l'économie familiale son rôle est donc moins reconnu au niveau de la cellule familiale et aussi socialement. Elle est dans la plupart du temps accusée de n'être qu'une consommatrice bien qu'elle participe à plein temps dans l'éducation des enfants et dans la gestion des affaires familiales. Cette réalité, encore présente dans la famille marocaine, fait que la femme souffre d'une double injustice à cause de son chômage: une méconnaissance de son statut familial de la part de son mari, des autres membres de la famille, parfois de la part des enfants et une méconnaissance de son rôle non producteur financièrement de la part de la société entière.

Cette situation est encore dramatique quand l'homme, qui est à la charge principale de subvenir aux besoins de la famille, est au chômage, travaille de façon saisonnière ou possède un travail à rendement précaire, sachant qu'au niveau économique, au Maroc, il faut distinguer l'emploi privé du contre-emploi public, l'informel du formel, les diplômés des non diplômés. Le premier moteur de l'emploi au Maroc est le secteur privé qui a constitué 81.2% de l'emploi en 2008. Cependant, il se fait en grande partie par le biais du secteur informel qui reste toujours précaire, peu productif et exploiteur.

Sans travail ou avec un travail qui ne possède pas les caractéristiques d'un travail décent, les catégories productives marocaines souffrent de pressions professionnelles, sociales et psychologiques. Les pères de familles sont donc moins engagés envers la question de leurs enfants, de caractère violent et souvent absent totalement. L'homme dans le ménage marocain est synonyme souvent de « ressources financières » sans aucune référence à son rôle éducatif. Il est certes, le chef de la famille, mais surtout au niveau économique. La question des enfants fait partie d'une sphère majoritairement féminine.

La question du travail et de l'emploi joue un rôle essentiel dans la stabilité économique et sociale des familles et, avant tout, dans la fondation des familles. Comment peut-on parler d'un droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant quand l'homme et encore plus la femme sont au chômage de longue durée, n'ont aucun avenir professionnel et quand leur droit au travail est ignoré.

695. L'engagement de l'Etat en vue de concrétiser les droits de l'enfant passe d'abord par une amélioration de la situation économique et sociale des personnes qui sont en lien direct avec l'enfant. Établir une politique efficace pour promouvoir et soutenir les droits de l'enfant au Maroc nécessite un traitement global de la question, puisque les droits de l'enfant couvrent les trois dimensions politique, économique et sociale.

Ainsi, le premier pas vers la réalisation de cet objectif sera de prendre en charge plus sérieusement la question économique et sociale, en particulier l'accès à l'emploi et la lutte contre le chômage. Cette dynamique a été entreprise par le Maroc depuis maintenant dix ans, spécialement sous le cadre de l'Initiative Nationale pour le Développement Humain (INDH) en 2005. Cette initiative a tracé son programme 2006-2010 selon les objectifs suivants :

« L'INDH vise la réduction de la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, à travers des actions de :

- soutien aux activités génératrices de revenus,
- développement des capacités,
- amélioration des conditions d'accès aux services et infrastructures de base (éducation, santé, culte, route, eau et assainissement, protection de l'environnement etc.)
- soutien aux personnes en grande vulnérabilité.

L'INDH permet d'instaurer une dynamique en faveur du développement humain, cohérente avec les objectifs du millénaire, ayant pour valeurs :

- Le respect de la dignité de l'Homme,
- La protection et la promotion des droits de la femme et de l'enfant
- L'ancrage de la confiance des citoyens en l'avenir
- L'implication et l'intégration de tous les citoyens dans le circuit économique¹²¹⁵ ».

696. D'après le rapport de synthèses de l'audit des opérations de 2010, « cette expérience pionnière a permis le lancement de plus de 22 000 projets de développement au profit de 5 millions de bénéficiaires, pour une enveloppe budgétaire dépassant les 10 milliards de dirhams, ainsi que la création de plus de 3400 activités génératrices de revenus, générant 40 000 emplois et, partant, l'insertion effective dans le circuit économique des personnes démunies¹²¹⁶ ». Bien que ces résultats soient positifs, ils ne représentent qu'un « bouche-trou » : ils sont sectoriels, disparates et n'avance et ne font en rien avancer l'économie.

De même, des politiques de promotion de l'emploi, qui prennent en considération les nouvelles structures du marché du travail, ont été mises en place. Il s'agit des programmes : « IDMAJ », « TAEHIL » et « MOUKAWALATI ». Ces programmes visent successivement à promouvoir l'emploi des diplômés primo-demandeurs de l'emploi dans le secteur privé, l'adaptation de la formation aux besoins du marché en encourageant les reconversions et à apporter une assistance financière et technique aux porteurs de projets.

Selon le rapport du Conseil Economique et Social (CES) : « une première évaluation de ces trois programmes fait état de résultats contrastés. En effet, bien qu'ils comptent des points positifs pour les deux premiers, les résultats quantitatifs obtenus restent en deçà de l'ampleur du chômage des jeunes et ne bénéficient qu'à une partie limitée de la population des jeunes au chômage. De plus, ces mesures ont eu sans impact sur certaines catégories de jeunes les plus durement touchées par le chômage, en particulier les jeunes en rupture de scolarité qui n'ont pas de perspectives de « deuxième chance », soit dans le système de l'éducation non formelle soit en apprentissage(...) De même, les jeunes diplômés des petites villes ou villes moyennes ont peu bénéficié de ces programmes, en l'absence d'un tissu économique de proximité. Enfin, les chômeurs de longue durée ou en situation d'exclusion ou de handicap sont quant à

¹²¹⁵ http://www.indh.gov.ma/fr/programme_2006-2010.asp

¹²¹⁶ Ministère de l'Intérieur, Ministère de l'économie et des finances, Audit des opérations réalisées dans le cadre de l'INDH, Rapport de synthèse, Juin 2010, p. 3

eux exclus de ces mécanismes qui n'apportent pas dans la pratique de réponses spécifiques à leur situation ¹²¹⁷».

Relancer l'économie marocaine, adapter le système d'éducation-formation au marché de l'emploi, élaborer de politiques de suivis, d'évaluation et de contrôle des dérégulations institutionnelles, sont des démarches inéluctables pour une politique efficace de l'emploi au Maroc. Quand nous parlons d'emploi, il est normale d'avoir moins de précarité moins d'abandon scolaire, moins de travail d'enfant, moins de mortalité et de maladies infantiles etc. Grosso modo, les droits de l'enfant pourront être réalisés grâce à cela et à grâce à d'autre initiatives de l'Etat comme l'amélioration de la situation de la femme, le respect de ses droits et la garantie d'une égalité avec l'homme.

B. Les droits de la femme

697. Les droits de l'enfant sont intimement liés aux droits des femmes. Ainsi, une femme qui dispose de tous ses droits transmet un potentiel positif à sa progéniture. Analphabète, méprisée, privée de ses droits, humiliée, battue, son sort déteint forcément sur son environnement. De la sorte, elle ne peut plus être la clé de la survie et du développement de l'enfant, ainsi que de l'édification de la famille et de nations bien équilibrées.

Le rôle de l'Etat consistant à procurer des droits à la femme et de veiller à ce qu'ils soient respectés par son mari et la société entière est la garantie pour que les enfants naissent dans un environnement où leurs droits fondamentaux ne seront pas bafoués.

698. Parler d'une obligation de l'Etat de faire avancer les droits de la femme pour garantir les droits de l'enfant n'a pas pour objectif d'exposer les diverses initiatives et démarches entreprises par le Maroc dans ce domaine. L'objectif est de dépasser la technicité du sujet vers une idée plus profonde sur la façon dont un Etat, en particulier de référence musulmane et de tradition monarchique transcendante, puisse prétendre faire progresser le statut de la femme sachant que la première condition à cela est de bannir le système patriarcal sous tous ses aspects : privé et public. Cette « forme d'organisation sociale dans laquelle l'homme exerce le pouvoir dans le domaine politique, économique, religieux, ou détient le

¹²¹⁷ Conseil économique et social, « Emploi des jeunes », Rapport préparé par la Commission Permanente chargée des Affaires de la Formation, de l'Emploi et des Politiques Sectorielles Auto-Saisine n°2/2011, février 2012, p. 36

rôle dominant au sein de la famille, par rapport à la femme¹²¹⁸ » n'a pas disparu totalement, et caractérise encore le système marocain du haut de l'échelle sociale jusque tout en bas dans les foyers.

Nous ne pouvons pas songer à un changement intégral de la situation de la femme si le pouvoir exerce lui-même une tutelle sur les personnes comme sur les décisions.

699. A partir de ce point de vue, la question des droits des femmes au Maroc ne se limite pas à la sphère privée, elle est d'abord et essentiellement politique. Cela signifie que la pression politique, économique et sociale que vit la majorité de la population au Maroc ne peut que se traduire en violence et mépris à l'égard de la victime classique de toutes les sociétés décadentes : la femme et ainsi l'enfant. La précarité, le chômage, l'analphabétisme et l'ignorance représentent les facteurs clé de la dégradation du statut de la femme au Maroc.

La vision globale qui consiste à faire sortir la femme de l'origine de ses problèmes et ainsi offrir un contexte favorable à la promotion des droits de l'enfant au Maroc, se construit petit à petit grâce à une prise de conscience de la part de certains acteurs de la vie publique au Maroc. Ainsi, tous les efforts entrepris dans ce domaine doivent être déployés dans le cadre d'une approche générale qui ne dissocie pas les droits de la femme de la question politique.

700. Pour revenir à l'exposition des démarches accomplies par le Maroc en matière des droits de la femme, il est essentiel de préciser que le déclenchement de cette dynamique et la multiplication de ce discours, notamment durant vingt dernières années, est le fruit (propre) d'une forte pression internationale. C'est pour donner une bonne image de lui que le Maroc s'est toujours montré accueillant envers les traités et les Conventions internationales relatives aux droits des femmes. Jusqu'à aujourd'hui le Maroc a adopté la Convention sur la nationalité de la femme mariée; la Convention sur le consentement au mariage, l'âge au mariage et l'enregistrement des mariages; les Protocoles aux pactes internationaux sur les droits civils et politiques, sur les droits économiques, sociaux et culturels ; le Protocole facultatif de la CEDEF et dernièrement, il a levé l'ensemble des réserves émises à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDAF)¹²¹⁹.

¹²¹⁸ Il s'agit de la définition donnée par le dictionnaire Larousse. D'autres dictionnaires la définissent également comme la plus importante forme de pouvoir dont la légitimité repose sur l'autorité traditionnelle. C'est l'autorité du père de famille, de l'époux, du maître, du seigneur : définition de Max Weber cité par Alain MONTAUX, *Le dictionnaire des organisations*, Publibook, 2012, p. 485.

¹²¹⁹ Les réserves concernaient particulièrement les articles 9 et 16 de la CEDAF :

- l'article 16 relatif à l'égalité en droits et obligations des conjoints avant, pendant le mariage et après la rupture du lien conjugal ;

701. Depuis, le Maroc entreprend un processus de mise en œuvre des recommandations internationales et une prise en compte des revendications des associations féministes nationales qui a commencé par la réforme du code de statut personnel (1957-1993), devenu depuis 2004, le code de la famille et la réforme du code de la nationalité (1958) en 2007. Ces réformes ont été poursuivies par diverses actions et programmes visant l'intégration de l'approche genre dans les politiques publiques à travers la mise en œuvre du Budget Genre; l'adoption de la stratégie nationale de lutte contre les violences et son plan opérationnel et l'adoption de la Stratégie Nationale pour l'équité et l'égalité entre les sexes par l'intégration de l'approche genre dans les politiques et les programmes de développement.

702. Certes, il était urgent de faire changer le statut de la femme par le biais d'un code de la famille qui mette celle-ci au même niveau que l'homme. Néanmoins, sa situation socioéconomique n'a pas évolué. Les mortalités maternelles et infantiles n'ont pas suffisamment reculé : 62% des femmes marocaines sont analphabètes, dont 80% en zone rurale, le chômage et le non-exercice de l'activité touche essentiellement les femmes... C'est pourquoi le changement du statut de la femme ne donne pas de résultats effectifs sans son évolution socioéconomique.

Ce qui a suscité le Code de la famille de 2004, au milieu des femmes surtout, est un sentiment de confiance et de volonté d'aller de l'avant. Cependant, assez vite, cet enthousiasme est retombé ce qui est démontré par les chiffres et la réalité. Les effets provoqués par cette réforme tant attendue sont restés à l'état de sentiments positifs.

703. Il est certain qu'au niveau des dispositions juridiques, l'évolution est marquante. Cela signifie que la déficience ne provient pas des normes. Les manquements sont opérés, en effet, dans l'application des textes¹²²⁰. Si les avancées du statut de la femme issues du code de la famille, établissent un équilibre entre l'homme et la femme dans le droit du mariage, des rapports patrimoniaux des époux, du divorce et de la répudiation, ainsi que dans le droit de la filiation, de la garde des enfants et dans certaines dispositions du droit successoral, leur mise en œuvre n'est garantie par aucun texte à caractère contraignant.

En outre, leur application par la justice échappe au contrôle de l'Etat ou, au contraire, la non-indépendance de la justice n'assure pas l'effectivité des dispositions de la loi. Ajoutons à cela,

- l'article 9 relatif à l'octroi de la nationalité de la mère aux enfants issus du mariage mixte et au conjoint étranger.

¹²²⁰ Cf. Entretien avec Mme Rajaa Naji El MEKKAOUI, professeur de Droit à l'Université Mohammed V « Le Code de la Famille, six ans après », l'Opinion du 9 octobre 2010

le manque de budgets pour la mise en place de tribunaux familiaux, la reformation des juges, la création de postes d'assistantes sociales etc.

Les autres réformes en matière des droits de la femme, à noter dans le Code de la nationalité en droit commercial, en droit du travail, en droit pénal et dans la loi sur l'état civil attestent, malgré les écueils d'une grande évolution¹²²¹.

704. Dans ce contexte mitigé, entre l'application effective des dispositions de la loi et l'appropriation par la femme marocaine de ses droits, il y a encore du chemin à parcourir.

En somme, ce qu'il faut retenir, c'est que les droits de l'enfant comme les droits des femmes sont liés intrinsèquement aux contextes dans lesquels ils se trouvent. Tant que le contexte est favorable, leur mise en œuvre est possible. Dans le cas contraire, ces droits prennent uniquement la forme de discours et de lois inactives.

Cela dit, la prise en charge de l'homme et de la femme n'est que la première condition de l'accomplissement des droits de l'enfant. Par ailleurs, il est nécessaire que l'Etat possède une

¹²²¹ Les amendements du droit pénal ont permis :

L'incrimination du harcèlement sexuel sur base de l'abus d'autorité ; l'introduction d'une circonstance aggravante du viol lorsque la victime est enceinte ; l'aggravation des sanctions encourues lorsque la victime de l'acte de proxénétisme est enceinte ou lorsque l'auteur est le conjoint de la victime ; la suppression des discriminations à l'égard des femmes : les peines encourues lorsque les coups, blessures ou meurtres sont commis par l'un des conjoints sur la personne de l'autre s'il le surprend en flagrant délit d'adultère. Avant la levée de cette discrimination, le mari bénéficiait seul de l'excuse légale de provocation ; la suppression du secret professionnel auquel le corps médical est astreint, lorsqu'il constate la commission de violences entre conjoints, dont sont plus fréquemment victimes les femmes, et également lorsque l'enfant est victime d'actes de maltraitance ; l'aggravation des sanctions en cas de coups et blessures commis volontairement par l'un des époux à l'encontre de l'autre, les peines sont portées au double en cas de récidive ;

Le renforcement de l'égalité au niveau du code de procédure pénale (2002) via :

L'abrogation de l'article 336 du Code de procédure pénale qui interdisait à la femme mariée de se constituer partie civile contre son époux sans l'autorisation préalable du parquet ; l'élévation de l'âge de la majorité pénale à 18 ans au lieu de 16 ans, conformément à la CIDE, ratifiée par le Maroc en 1993.

L'adoption de la loi no 37- 99 relative au régime de l'état civil au Maroc (2002) consacre:

Le droit reconnu au père et à la mère de procéder à la déclaration des naissances ; le droit de l'enfant né de père inconnu de bénéficier d'un nom fictif dans le cas où la famille de la mère s'oppose à l'octroi de son nom à son enfant ; l'inscription des données relatives au mariage et au divorce sur le livret de famille ; le droit de la femme divorcée, exerçant le droit de garde, d'obtenir un duplicata du livret de famille.

L'adoption d'une nouvelle législation de travail a permis (2003) :

la consécration, pour la première fois, par le Code du travail du principe de la non-discrimination , basé sur le sexe, en matière d'emploi, de salaire, de promotion et tout autre avantage lié à l'emploi ; l'incrimination du harcèlement sexuel sur les lieux du travail, considéré pour la première fois comme « une faute grave » ; l'élévation de la durée du congé de maternité à 14 semaines ; l'interdiction du travail des enfants -filles et garçons- avant l'âge de 15 ans révolus . Un projet de loi interdisant le travail domestique des enfants, notamment les fillettes, a été mis dans le circuit législatif en avril 2009

Au niveau de la législation commerciale, l'exigence de l'autorisation du mari pour que la femme mariée exerce des activités commerciales a été supprimée (art 17 du code de commerce).

La révision du Code de la nationalité en 2007 a permis deux innovations majeures :

La mère, au même titre que le père, octroie sa nationalité à ses enfants nés de mariage mixte. Cette initiative, appliquée avec un effet rétroactif, est conforme à la CIDE et à la CEDEF. L'enfant pris en charge dans le cadre de la *Kafala* bénéficie de la nationalité du *Kafil*, les femmes célibataires bénéficient également du droit d'adopter des enfants.

politique familiale qui trace les traits de l'avenir démographique, social et en conséquence économique de la nation, en ayant la conviction que la famille reste un enjeu politique et économique majeur.

Paragraphe 2 : La prise en charge de la famille et de l'école

705. En prenant en charge les parents, économiquement et socialement, on aura plus de chance d'encourager la natalité actuellement en baisse. Cependant, quand nous parlons d'encourager la natalité, ce n'est pas une incitation à faire une quantité d'enfants, mais à programmer une natalité de qualité. Cet objectif ne peut se concrétiser sans une politique familiale de l'Etat (A) et sans préparer la formation et l'instruction de nouveaux venus (B).

A. L'instauration d'une politique familiale efficace

706. Dans un pays où la famille constitue la cellule de base élémentaire et essentielle, se munir d'une politique familiale est un investissement collectif important. En revanche, les pouvoirs publics marocains ont perdu de vue le fait que la famille joue un rôle économique majeur, que les dépenses pour l'enfant est un investissement en capital humain, que le soutien à la famille est une prévention de crises et de problèmes sociétaux que la programmation de la natalité maintient la solidarité entre les générations. Grosso modo, on manque d'une politique familiale qui fasse de la famille un acteur politique et économique et non pas seulement une composante sociale. Pour l'effectivité des droits de l'enfant, nous avons besoin d'une politique de l'Etat qui trace ses attentes réciproques vis-à-vis des familles et des choix individuels des personnes. Le fait d'avoir une vision publique par rapport aux familles n'est pas une immixtion dans la vie privée des individus mais la garantie d'une stabilité ménagère et d'une cohésion sociale.

707. Il est certain qu'au Maroc, la famille constitue une affaire privée qu'il est difficile de pénétrer. L'acceptation d'une politique familiale ne peut se faire que sur des fondements propres à la culture dominante, c'est-à-dire une politique familiale adaptée au contexte et aux références marocaines. Le potentiel familial marocain doit être investi et cela ne peut se faire qu'avec une politique familiale qui regroupe trois objectifs :

Organiser les natalités, soutenir les familles matériellement et moralement et concilier la vie professionnelle et la vie personnelle.

Plus de 31% de la population marocaine est âgée de 10 à 24 ans. Certes, le Maroc n'est pas menacé, pour l'instant, par le vieillissement de sa population, mais on a observé ces dernières années, un recul important de la fécondité. Si au début des années 1960, une Marocaine mettait au monde durant sa vie de procréation en moyenne 7,2 enfants, aujourd'hui, elle n'enfante plus que 2,19 enfants viable en moyenne, soit 5 enfants de moins qu'il y a cinquante ans (ou -70%)¹²²². La fécondité urbaine affiche un taux en dessous du seuil de remplacement des générations : 1,84 enfant par femme, alors que la fécondité rurale est de 2,7 en ce qui concerne le taux de la nuptialité, elle aussi est en pleine récession : parmi les femmes âgées de 20 à 24 ans, 61,4% et 28,9% des femmes âgées de 30 à 34 ans sont célibataires.

708. Ces chiffres démontrent une sorte de transition démographique, programmée ou subie, qui peut être interprétée positivement comme négativement. D'ailleurs, Monsieur Ahmed Lahlimi Alami, haut-commissaire au plan, explique le recul démographique par le fait que « la fécondité de plus en plus contrôlée est, à cet égard, révélatrice de ces mutations. Elle suppose, en effet, des choix individuels ou des choix de couple, qui sont en rupture avec les valeurs d'une société traditionnelle. Pour celle-ci, souvent pro-nataliste, un nombre élevé d'enfants est, comme on le sait, source de sécurité, même si dans la réalité, il se fait au détriment du bien-être des parents et des enfants. Une forte baisse de la fécondité constitue à cet égard un indicateur de l'émergence de l'individualisme dans la société avec ses implications économiques sociétales, voire politiques. Avec l'éclatement des cadres de solidarité traditionnelle qui ont vocation à atténuer le coût de l'entrée des jeunes dans la vie active et à prendre en charge les personnes âgées, cette évolution a tendance à décaler une population à majorité jeune des systèmes et des élites traditionnels d'intermédiation sociale et politique ». De son point de vue, le haut-commissaire au plan écarte totalement le rôle de l'Etat dans ces mutations. Il avance l'idée que les transformations sont uniquement de caractère social et dissociées de tout élément politique et économique. Il est certain que les solidarités familiales ne sont plus les mêmes, que la fécondité est en recul, que les jeunes ne se marient plus, mais affirmer qu'il ne s'agit que d'un choix individuel dû à la « modernisation » de la société marocaine est un argument simpliste et ne décrit pas, en profondeur, le contexte marocain.

¹²²² Allocution d'Ahmed LAHLIMI ALAMI, Haut Commissaire au Plan à l'occasion de la présentation des résultats de L'Enquête Nationale Démographique à passages répétés 2009-2010, diffusée sur le site du Haut commissariat au plan (www.hcp.ma)

709. Pour lier cela à l'organisation de la natalité par la politique familiale, il faut affirmer que l'action de l'Etat envers les familles doit prendre la forme d'une stratégie à long terme en introduisant l'élément qualitatif. Cela signifie que la politique d'encourager ou de faire baisser la natalité doit avoir comme finalité la qualité de la progéniture. Il ne s'agit pas de faire progresser les natalités si aucune condition, économique, sociale ou politique ne le permet. Le capital humain joue un rôle essentiel dans la prospérité d'une nation s'il est en bonne santé, bien éduqué, instruit et actif. Le contraire n'est qu'une charge, notamment dans des contextes peu favorables comme le Maroc. Le recul au Maroc de la natalité peut s'avérer favorable à court terme, le temps que les pouvoirs publics prennent en charge les mesures nécessaires pour relancer l'économie et le développement social. Entre temps, l'action publique doit profiter de ce recul pour établir une politique familiale qui soutienne les familles dans leur fonction afin de préparer une génération « de qualité », active et qui assure la solidarité intergénérationnelle.

710. Ainsi, le deuxième objectif de la politique familiale est de soutenir les familles dans l'effectuation de leur fonction. Ce soutien n'est pas seulement matériel, mais il est d'abord moral. En effet, l'Etat soutient moralement les familles en leur faisant confiance et en valorisant leur fonction puisque l'éducation d'un bon citoyen s'effectue d'abord au sein de la famille. C'est pour cette raison que l'Etat laisse une marge de liberté aux familles pour éduquer leurs enfants en toute confiance réciproque. L'Etat la soutient aussi en gardant sa place essentielle de structure de base de la société, en faisant en sorte de ne pas la concurrencer. Le soutien moral ne peut se faire tout seul, sans un soutien matériel. Les prestations que l'Etat doit assurer pour les familles commencent par la prise en charge de la maternité, l'enfance et la famille en général. Quand nous parlons d'un soutien matériel attribué à la famille, ce n'est pas une sorte d'incitation à l'assistanat, ces aides doivent garder le caractère d'une collaboration publique variable en baisse et en hausse selon les circonstances de chaque époque. Les prestations peuvent prendre la forme d'aides pécuniaires, de services ou d'avantages fiscaux et ils couvrent le domaine d'accueil, d'entretien, d'éducation et de garde d'enfants. Toutefois, il faut souligner que l'obligation de l'Etat reste a priori de procurer du travail aux personnes actives de la famille et non pas leur procurer des aides. Le soutien matériel de l'Etat aux familles constitue soit une compensation à l'absence d'activité de ses membres, soit une participation aux efforts de la famille dans la préparation des citoyens. Il faut aussi se rappeler que c'est la famille qu'incombe la

responsabilité de prendre en charge les enfants. L'Etat intervient comme un soutien, mais non comme un second paternalisme.

711. Le troisième objectif de la politique familiale est de concilier la vie professionnelle et la vie personnelle. Cet objectif est d'une grande importance dans une société où la famille prime encore sur les parcours et aspirations individuelles. Bien qu'on observe un changement dans cette donnée avec la hausse du nombre de femmes diplômées et du travail de la femme. Cependant en général la société marocaine malgré sa modernisation, elle est encore attachée aux principes familiaux.

712. Le décalage entre l'augmentation de femmes qui travaillent et le manque de moyens de garde a engendré le phénomène des « bonnes et domestiques » qui crée aujourd'hui une grande polémique au Maroc. C'est pourquoi la responsabilité de faciliter la tâche aux familles actives incombe des deux côtés à l'Etat. Au Maroc, la garde des enfants est encore assurée massivement par la famille au sens large. Ce n'est pas une mauvaise chose mais, elle ne constitue pas une solution de long terme. La solution est de penser à des structures et aussi à une aide matérielle procurée aux parents pour cela.

Finalement, la politique familiale que le Maroc doit adopter n'est ni une invention, ni une imitation. Elle est simplement une reconnaissance des valeurs propres des fondements de la société marocaine.

B. L'établissement d'un projet de l'enseignant et de l'école

713. Avec la politique familiale, on assure d'abord une première éducation de l'enfant au sein de sa famille avant sa socialisation qui lui permet ensuite d'être un membre de la société. Cette socialisation se fait d'abord par le biais d'un enseignant, le maillon entre l'enfant et le système éducatif et par le biais d'une école réussie. D'ailleurs, une école réussie passe d'abord par un enseignant compétent, motivé, respecté et bénéficiant d'une stabilité socioéconomique.

714. Dans l'exemple du Maroc, la situation de l'éducation est très préoccupante comme nous l'avons évoqué dans les paragraphes précédents. Malgré les efforts fournis par l'Etat dans ce domaine, l'éducation nationale souffre de vraies lacunes qui couvrent tous les indices : accès, équité, efficacité et qualité : « Une crise sérieuse à différents niveaux » comme l'a été souligné dans le rapport de l'UNESCO « éducation au Maroc: analyse du secteur ».

715. Ce qu'il est important de souligner, dans ce paragraphe, c'est que parmi les déficiences des écoles fondées et étatisées par l'Etat après l'indépendance, les programmes développés et les fonctionnaires que celle-ci a formés, on a oublié la grande déficience du rôle de l'enseignant.

L'enseignant est le lien vital qui relie l'enfant au système éducatif. C'est grâce à lui que l'école, les programmes et le système éducatif, en général, atteignent leurs objectifs. L'enseignant doit rester l'acteur important, voire le plus important du système éducatif : c'est lui qui a la possibilité de faire réussir ou échouer une école, un programme et un système en entier, parce que l'élément humain dans la question de l'éducation et de l'instruction est majeur, notamment pour des enfants en bas âge.

Si l'enseignant joue un rôle central dans la transformation de l'éducation et l'inculcation des savoirs, alors il importe de considérer ses conditions de travail comme un facteur déterminant du processus de changement, comme il est important de considérer le critère humain et moral dans le choix des enseignants.

L'enseignant n'est pas un simple fonctionnaire subordonné à une hiérarchie administrative. Il est en contact avec des personnes et non pas des dossiers. De même, son rôle consiste à former et à éduquer des humains et non pas de produire des marchandises. C'est pourquoi, le statut de fonctionnaire aliéné à un système ne lui donnera jamais l'élan de produire des générations responsables et actives. Le fait que la fonction de l'enseignement est devenue beaucoup moins prestigieuse, aux yeux de la communauté, a rendu l'enseignant moins motivé et moins confiant de ce qu'il fait.

716. Un des priorités du système de l'éducation au Maroc consiste à améliorer les conditions de vie et de travail des enseignants si on veut qu'ils participent à une promotion des droits de l'enfant marocain. Comment peut-on inciter les enseignants à respecter et à promouvoir les droits de l'enfant si, eux-mêmes, ne bénéficient pas de la plupart de leurs droits au quotidien et dans leur travail ? La situation socioéconomique de l'enseignant au Maroc est l'un des facteurs de sa démotivation, son insouciance vis à vis de ses élèves et de son incapacité. D'ailleurs, le rendement de l'enseignant est la condition d'un bon rendement de l'enfant.

717. Cela dit, l'amélioration de la situation matérielle de l'enseignant n'est qu'un facteur parmi d'autres de son efficacité, sa compétence et son efficience. Il faut avant après, et à tout moment, donner de l'importance au critère moral et humain dans le choix de

l'enseignant. Celui qui a la vocation de modeler l'avenir de la nation ne doit pas être dispersé à cause de ses problèmes matériels, méprisé dans sa fonction. L'enfant a besoin d'un enseignant stable économiquement socialement et psychologiquement, un enseignant compétent et en même temps patient dans l'apprentissage de ses élèves et étudiants. L'enfant a besoin aussi d'un enseignant motivé qui possède une aspiration qui le pousse à parfaire son travail. Les critères relatifs à la personne de l'enseignant sont primordiaux du fait que l'avenir de toute une nation se trouve entre ses mains.

Le Maroc dans les maintes programmes et projets effectués pour sortir de la crise de l'éducation, a totalement ignoré la question de l'enseignant. C'est la raison pour laquelle la situation n'a pas pu évoluer convenablement.

Enfin, l'engagement positif de l'Etat en faveur des droits de l'enfant au Maroc doit être complété horizontalement par celles de la société. Ce n'est qu'avec cette double lecture que l'effectivité en pratique des droits de l'enfant peut être réalisée.

Section 3 : Vers un engagement citoyen sur le thème des droits de l'enfant

718. Il est pertinent de savoir que dans les pays en voie de développement, il existe un grand fossé entre les discours officiels et les préoccupations de la majorité des couches de la société sachant que l'on compte encore 30% d'analphabètes au Maroc¹²²³ et un taux de pauvreté de 28%. Ce décalage fait que toute initiative entreprise par les pouvoirs publics rencontre, dans la plupart des cas, une très faible adhésion de la part de la population. A partir de ce point de vue, la question des droits de l'enfant fait partie des questions qui ne touchent directement pas la population.

719. Bien que le Maroc connaisse, durant ces dix dernières années, une dynamique associative très active en matière de l'enfance, la société voit en la question une chose qui vient en deuxième degré face à d'autres questions plus vitales. En outre, la façon dont sont présentés les droits de l'enfant fait de ceux-ci une invention extérieure aux yeux de la population marocaine, notamment avec la lecture libérationniste. Pour une adhésion complète et effective à la question des droits de l'enfant, deux choses doivent être prises en compte : intégrer la référence musulmane dans la conception des droits de l'enfant (paragraphe 1) et faire un travail de terrain auprès de la population pour lui simplifier la réalisation des droits de l'enfant. Ce travail ne peut être assuré que par une action associative indépendante (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un dispositif juridique proche des fondements sociétaux marocains

¹²²³ Ce chiffre ne fait pas l'unanimité parmi les responsables en la matière :

Selon El Habib Nadir directeur de l'Alphabétisation du ministère de l'Education nationale, le taux d'analphabétisme est aujourd'hui de 30% : « Nous nous basons sur la dernière enquête de recensement de la population marocaine, réalisée en 2004 par le Haut Commissariat au Plan (HCP) et sur notre propre enquête réalisée en 2006 et rendue publique en 2007 qui a concerné 12 000 ménages et établissait le taux d'analphabétisme à 38,5% des Marocains. C'est en fonction de ces données et des modèles mathématiques élaborés par nos statisticiens que nous évaluons actuellement le taux à 34% ».

Par contre, selon Youssef Mouaddib, directeur général de la Fondation Zakoura Education, le taux d'analphabétisme se situerait plutôt autour de 50% : « Je pense que parler de 30% d'analphabétisme est trop optimiste. Il existe un biais dans le calcul effectué par la direction de l'Alphabétisation : les associations qui font une grosse part de l'alphabétisation au Maroc reçoivent des subsides publics en fonction du nombre de personnes alphabétisées. Pour recevoir plus de subventions, elles ont donc tendance à recenser les personnes inscrites au départ de la formation et non celles qui ont acquis les compétences nécessaires ».

Finalement, selon M. Kissami, spécialiste Alphabétisation au bureau de l'Unesco à Rabat le chiffre de 30% est crédible : « Le taux d'analphabétisme était de 43% en 2004. Sachant que jusque là le taux a toujours baissé d'un point par an, il devrait être aujourd'hui de 36%. Cependant, parallèlement, le niveau de scolarisation a augmenté, et l'offre d'alphabétisation également, il est donc raisonnable de croire que la baisse de l'analphabétisme soit passée à 1,5 ou 2 points par an. Dans ce cas 30% est un chiffre crédible ».

720. Dans notre chapitre sur la perception des droits de l'enfant en droit musulman, nous avons démontré la façon dont ce droit concevait la question de l'enfance, des droits de l'enfant et l'approche à adopter pour mettre en œuvre tout cela. Nous avons aussi expliqué que la référence du droit musulman classique est une source, certes, du droit au Maroc, mais elle n'est pas essentielle.

À cause d'un concours de facteurs historico-politiques, la référence du droit musulman ne constitue qu'« un outil légitimateur » dans les mains des régimes politiques puisque, après l'indépendance, la majeure partie de la population est restée profondément attachée à l'islam.

Dans ce contexte, le droit musulman est devenu une carte idéologique politique, dépourvu de tout sens, archaïque et en conséquence néfaste pour l'Homme, au lieu d'être générateur de sens, évolutif et bénéfique. De tous les domaines du droit, c'est le droit de la famille qui est resté marqué par la référence musulmane. Dans cette parenthèse, nous pouvons nous demander sur le fait de préserver la prégnance du religieux dans la sphère familiale n'a été qu'une manœuvre politique pour attirer l'allégeance des populations, en sachant que le statut personnel revêt un caractère anthropologique et concerne l'identité d'un groupe, et surtout, enfermer la famille dans un modèle d'Islam patriarcal et inégalitaire. Pourquoi cette interrogation ?

721. Il est important de savoir que tout le dispositif du droit de la famille, que ce soit dans l'ancienne *Moudawana* ou dans le Code de la famille, n'est qu'une lecture jurisprudentielle du droit musulman classique. Il est le résultat d'un effort de réflexion réalisé par un groupe de juristes vivant dans un temps et dans un contexte loin d'être celui d'aujourd'hui. Bien qu'il y ait eu une réforme du droit de la famille, les vraies questions n'ont pas pu être posées, parce que, comme nous l'avons déjà évoqué, la famille est, avant tout, une affaire politique et publique. Le choix d'un certain modèle familiale est subordonné au modèle gouvernemental mis en place. En conséquence, les réformes ne changent pas grand-chose dans la réalité des gens.

722. Ainsi, en ce qui concerne les droits de l'enfant à mettre en relation avec le droit de la famille, peu de dispositifs font une référence directe à l'enfant et à ses droits. En outre, le peu de règles prévues en matière des droits de l'enfant n'arrive pas à se concrétiser, au niveau de la population, défaut d'une référence claire et d'un renvoi aux fondements sociétaux marocains¹²²⁴. La population marocaine aspire à la modernité mais elle continue

¹²²⁴ Il faut noter que ce n'est pas la seule cause de la non-réalisation des droits de l'enfant, il en existe d'autres mais celle-ci est essentielle.

d'être attachée à ses principes. En conséquence, s'inspirer amplement de la référence du droit musulman (A) et appliquer la CIDE directement devant les juridictions marocaines (B) est une garantie d'une mise en œuvre effective des droits de l'enfant.

A. La référence musulmane des droits de l'enfant

723. Il n'est pas question d'écarter, au sujet d'une référence musulmane des droits de l'enfant, les autres références. Il s'agit juste de les renvoyer à une conception reconnue par la majorité de la population marocaine pour garantir une réalisation concrète des droits de l'enfant.

724. Le droit musulman classique, au-delà de la jurisprudence musulmane, propose une conception globale et générale sur la question de l'enfant, de ses droits et de sa place dans la société. Il s'agit d'une conception qui n'est pas très loin du concept des droits de l'enfant reconnus au niveau international. En revanche, cette pensée ne prend pas la forme de normes, elle consiste essentiellement en des apprentissages, recommandations et surtout en un esprit global qui fait de l'enfant un être à aimer, à éduquer et à rendre autonome et responsable. Une parole d'*Omar Ibn Al Khatab* affirme : « Ton enfant, joue avec lui pendant ses sept premières années ; puis éduque-le pendant les sept années qui suivent ; et fais-en un compagnon pour les sept années suivantes, puis laisse-le agir à sa guise » démontre que le droit musulman a traité la question de l'enfant avec des termes généraux sans prévoir de dispositions détaillées et de caractère juridique, dans le but de laisser le champ libre aux juristes et aussi aux familles. A partir de cela, le droit musulman souligne le caractère pluridisciplinaire de la question de l'enfant, c'est-à-dire qu'il adopte lui-même une approche globale vis-à-vis de l'enfant et de ses droits.

725. La conception musulmane des droits de l'enfant rejoint le psychologique, le pédagogique et le juridique. C'est pourquoi nous trouvons des sources incitant tantôt sur le comportement affectif envers l'enfant, tantôt sur la nécessité d'une éducation et d'une instruction accordée à l'enfant, et tantôt sur les obligations des parents et de la société vis-à-vis des enfants. La conception musulmane des droits de l'enfant consiste à prévoir des droits à l'enfant pour une finalité et un objectif qui est celui de son épanouissement et de son bien-être, mais non en dépit de la famille et de la société. Les droits de l'enfant en droit musulman est un outil et non pas un objectif en soi, c'est grâce à un enfant épanoui et responsable que la cohésion et la fusion sociale sont garanties.

De ce point de vue, l'enfant a des droits, comme il a des devoirs ; il jouit de son enfance mais il est soumis à une éducation ; il est d'une grande importance mais la famille aussi ; son intérêt est supérieur mais selon des considérations.

726. Cette conception des droits de l'enfant peut trouver une adhésion rapide de la part de la société parce qu'elle est proche de leurs références. Nous allons prendre l'exemple des enfants nés hors mariage pour démontrer que le fait de se fonder sur une référence de droit musulman peut être la solution au problème de la non reconnaissance des droits des enfants naturels dans le droit marocain.

Il est vrai que les enfants nés hors mariage ne sont pas rattachés à leur père selon le droit marocain. Ils ont uniquement un lien de filiation maternelle. En effet, ils ne peuvent ni être reconnus par leur père biologique, ni porter son nom, ni avoir droit à son héritage. Cette disposition du droit positif trouve son origine dans une lecture jurisprudentielle majoritaire du droit musulman. Il s'agit de l'avis des quatre écoles juridiques célèbres : les Malikites, les Hanafites, les Chafrites et les Hanbalites. Pour ce courant majoritaire, la filiation ne peut pas être établie à l'égard d'un enfant naturel et cela sans aucune discussion. Cependant, d'autres interprétations admettent le contraire et ouvrent le débat sur le statut des enfants nés hors mariage. A titre d'exemple, citons le courant juridique de l'Imam *El Basri* et *Isâak, Ibn El Kaim El Jawzya* etc. Ces remarquables savants ont essayé de s'opposer au *Taqlid*¹²²⁵, osant lever la bannière de l'*Ijtihad*¹²²⁶. Ainsi, ils ont recommandé aux musulmans de retourner aux sources et de s'appuyer sur elle avant toute chose. Cette interprétation plus discutable à l'appui des textes sources, a fait de la filiation des enfants naturels un débat possible.

727. En réformant la *Moudawana*, les associations féministes ont fait la demande d'étendre les cas de la filiation faisant allusion à une reconnaissance des enfants nés en dehors du cadre du mariage. Sans qu'elles puissent le faire explicitement, leur revendication n'a pas pu aboutir puisque la réponse du Code de la famille de 2004 a été formelle à cet égard : « la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père » (article 148 du code de la famille). En outre, la recherche en paternité naturelle est impossible et ne peut aboutir à l'établissement d'un lien juridique de filiation entre l'enfant et

¹²²⁵ L'Imam *Ibn Taymya* disait pour s'opposer au *taqlid* : « Quand un musulman fait face à une situation problématique, il doit chercher un verdict de celui dont il croit qu'il lui donnera un verdict basé sur ce que Dieu et Son messager ont légiféré ; quelle que soit l'école de pensée (*madhab*) à laquelle il appartient ». Ainsi, on peut définir le *taqlid* comme le suivi aveugle d'un juriste de l'Islam ou d'un courant jurisprudentiel.

son père biologique. La seule exception introduite dans le nouveau code de la famille est la possibilité d'établir la filiation à l'égard du père en cas de conception d'un enfant au cours des fiançailles (article 156). Cette disposition, applaudie et considérée comme une avancée par certaines associations féministes, n'est absolument pas une reconnaissance des enfants naturels. L'article 156 est venu calmer l'enthousiasme féministe sans traiter directement la question. D'autre part, nous ne pouvons pas songer à un changement radical, en sachant que le pouvoir a une légitimité religieuse qui lui permet de trancher dans toutes les questions en rapport avec le droit musulman. Néanmoins, pour changer les mentalités d'un contexte à la fois moderne mais ancré dans la tradition musulmane, il est plus approprié de renvoyer à des notions courantes et reconnues socialement. En effet, la reconnaissance des enfants nés en dehors du cadre légitime ne peut être acceptée socialement que si la référence est clairement tirée du droit musulman, c'est-à-dire, tout simplement, adopter la lecture jurisprudentielle qui reconnaît l'attachement de l'enfant à son père biologique.

728. La modernité de la société marocaine n'a pas exclu la place de la famille et du groupe en général. Bien que les rapports intergénérationnels changent, ils s'orientent toujours vers la primatie du groupe sur l'individu. C'est pourquoi la nécessité d'une applicabilité de la CIDE par les juridictions internes doit être encadrée par ce principe. Pour que la CIDE soit véritablement une référence transposable d'une façon effective au contexte marocain, l'interprétation des juges quant à ses dispositions ne doit pas heurter les principes de la société marocaine dont la primatie du groupe sur l'individu.

B. L'applicabilité de la CIDE cadrée par la primatie du groupe sur l'individu

729. Pour que les droits de l'enfant deviennent une réalité sociale au Maroc, il ne faut pas mettre en supériorité la lecture libérationniste de ces droits. Le praticien du droit doit toujours avoir à l'esprit que la famille prime sur l'individu et que l'intérêt de l'enfant recherché et recommandé par la CIDE se trouve au sein de la famille même.

730. Inspirer à l'applicabilité directe de la CIDE en droit marocain ne met pas en péril les principes fondamentaux de la société marocaine, dont la primatie de la famille sur l'individu. En effet, reconnaître l'enfant comme sujet de droit ne signifie pas qu'il soit supérieur à la famille ou à la société. L'enfant doit être, certes, passer en priorité par rapport à ses parents, mais sans être pour autant au centre de tout. D'ailleurs, dans le contexte marocain, la famille garde encore sa place centrale : « c'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 ¹²²⁷». Avec la modernisation de la société marocaine, il est vrai que le bonheur de l'individu est également crucial, mais il se situe au sein de la famille. Il ne peut la devancer et il est limité par les considérations du groupe. Ainsi, le juge, en interprétant la norme applicable de la Convention cherche à garantir les droits et l'intérêt de l'enfant tout en prenant en compte l'élément de la stabilité familiale et de la cohésion sociale. D'ailleurs, la Convention ne remet pas en cause ce principe. Au contraire, on trouve les fondements de ce raisonnement dans le texte international lui-même.

731. Le juge marocain doit considérer que les mutations de la famille au Maroc s'opèrent dans les forces unificatrices de la famille qui se situent de plus en plus dans les relations interpersonnelles et les interactions familiales, ce qui fait qu'il n'y a pas un personnage central de la famille, mais chacun des membres s'épanouit en contact avec les autres et en veillant à une harmonie du groupe. En même temps, il doit veiller à ce que les garanties accordées par la Convention à l'enfant ne soient pas mystifiées sous prétexte de conserver la valeur de la famille. D'ailleurs, l'une des raisons qui poussent les juges ainsi que la doctrine à se méfier des Conventions internationales est l'alibi des fondements sociétaux de l'Etat marocain qui sont « la monarchie, l'Islam et l'unité territoriale ».

732. Sans rentrer dans ce vaste sujet, il est important de rappeler que la conception des droits de l'enfant en droit musulman n'est absolument pas contradictoire avec les droits de l'enfant reconnus à l'échelle internationale. Le seul point qui pose problème est au niveau de l'interprétation donnée aux dispositions du texte international. Ce qui est néanmoins reprochable, c'est d'adopter une lecture libérationniste de l'enfant au mépris de la famille et de la société. C'est pourquoi le juge est amené à concilier les droits de l'enfant et l'intérêt général. Cela n'est pas impossible dans une optique de non excès.

Cela dit, la contextualisation des droits de l'enfant est la meilleure façon de les mettre en œuvre dans des contextes complexes comme celui du Maroc, parce que l'adhésion sociétale à la perception des droits de l'enfant n'est pas une question de droit, ni de lois. Elle est plus

¹²²⁷ Mokhtar EL HARRAS, « Les mutations de la famille au Maroc », *50 ans de Développement Humain*, 2006, p. 123

complexe, couvre plusieurs dimensions et ne peut être assurée qu'avec un discours proche de la population.

Paragraphe 2 : Une dynamique associative autonome et proche du citoyen

733. Dans notre paragraphe précédent, sur l'action associative en faveur des droits de l'enfant au Maroc, nous avons distingué les deux aspects (caritatifs et plaidoyer) de cette action. En revenant sur ce sujet, il s'agit de mettre en avant les conditions de la réussite d'un travail associatif pour la promotion des droits de l'enfant. Ainsi, bien que les associations marocaine en matière de l'enfance soit dynamiques, elles connaissent plusieurs lacunes. Ce qui fait que leur résonance est très limitée au niveau de la population. Pourtant, la société civile au Maroc est la meilleure placée pour assurer, efficacement, un soutien concret aux familles (A) pour qu'elles puissent mettre en œuvre les droits de leurs enfants et diffuser, aussi, une culture des droits de l'enfant (B).

A. Visant le soutien à la famille

734. Qu'elles choisissent une action sociale ou une action de plaidoyer, les associations militant en faveur des droits de l'enfant doivent être d'abord indépendantes des pouvoirs publics et ensuite proche de la population. D'ailleurs, les deux conditions se rejoignent et elles ont un rapport de cause à effet. Ainsi, tant que l'action associative au Maroc est subordonnée au pouvoir et au domaine politique, il est difficile de toucher toutes les couches de la société.

735. L'autonomie de l'action associative, notamment dans le domaine de la vie des familles et des enfants est une condition sinéquanone. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, la famille marocaine fait encore partie de la sphère privée, c'est-à-dire qu'il est difficile de s'y immiscer, que ce soit de la part d'une instance publique ou privée. Ainsi, les acteurs associatifs peuvent être des bons interlocuteurs au niveau de la population pour promouvoir les droits de l'enfant et les faire appliquer quotidiennement. En se mettant au niveau de la population, en créant une relation de confiance et en partant de la réalité des individus, la réalisation des droits de l'enfant est possible grâce à une action associative indépendante et de proximité de soutien à la famille,

- qui ne vient pas remettre en cause le fonctionnement des familles, notamment dans un contexte où les traditions et les valeurs collectives tiennent encore une grande place au sein de la société.

- qui travaillent pour et avec les familles en les informant d'abord sur les droits de l'enfant en simplifiant la portée, en les contextualisant et surtout en évoluant progressivement. Il s'agit ensuite d'impliquer les familles dans des pratiques citoyennes pour qu'elles intègrent facilement le concept des droits de l'enfant.
- qui engage la mère, le père et l'enfant sans qu'elle ne les mette en rivalité ni en « concurrentialité ».
- qui soutienne la famille sans prendre sa place ni celle de l'action étatique dans sa responsabilité envers les familles. Son rôle est d'aider les familles à mieux cerner les droits de l'enfant et à les appliquer dans la vie de tous les jours avec leurs enfants et ceux de la société.

736. Si l'action étatique est responsable du bien-être de la famille au niveau matériel de façon plus générale, l'action associative soutient la famille moralement et au cas par cas. Elle complète positivement l'action étatique pour promouvoir les droits de l'enfant en encourageant, critiquant et proposant de nouvelles démarches.

Le soutien à la famille par une action citoyenne, proche des préoccupations des gens et qui tient bien compte du contexte en question, constitue l'approche avec laquelle les associations en faveur de l'enfance doivent militer.

B. Et l'éducation aux droits de l'enfant

737. L'action associative doit adopter comme méthode l'éducation aux droits de l'enfant. Pourquoi l'éducation ? Parce que c'est la meilleure façon de faire inculquer une connaissance, non pas seulement au niveau intellectuel mais aussi au niveau du comportement et des actions. Ainsi pour mettre en œuvre les droits de l'enfant, leur connaissance est la première condition et ensuite les intégrer pour qu'ils deviennent des pratiques et des attitudes. L'éducation aux droits de l'enfant englobe les connaissances et compétences, les valeurs, attitudes, comportements ainsi que les actions.

738. En ce qui concerne le rôle de l'action associative dans l'information aux droits de l'enfant, elles se chargent de faire savoir aux parents, à l'enfant et aussi aux enseignants les différents droits dont doivent bénéficier un enfant. Il est essentiel, avant de pouvoir exercer un droit, de le connaître d'abord. Le vrai rôle alors de ces associations est de simplifier la portée des droits de l'enfant et de leur donner une explication claire et concrète. Bien que cette démarche nous apparaisse simple et à la portée des acteurs associatifs, la réalité est tout autre, parce qu'il faut d'abord accepter l'information et le message des droits de l'enfant avant de le

comprendre. Cette démarche exige une action associative à long termes et qui ne se précipite pas sur les résultats. C'est pourquoi il est important que les militants associatifs ne cessent d'informer les populations sur les droits de l'enfant pour une meilleure mémorisation. Cependant il ne faut pas se contenter d'informer « magistralement ». Il est important d'argumenter, d'ouvrir des espaces de discussion et d'objection.

739. L'éducation aux droits de l'enfant dépasse la dimension informative. Celle-ci est un outil pour intégrer convenablement les droits de l'enfant par les parents, l'enfant et les enseignants. A ce stade, l'objectif de l'action associative est de rendre cohérente l'information avec l'opinion. Cela signifie que l'information sur les droits de l'enfant doit devenir une attitude et que le message doit commencer à produire un effet sur les personnes concernées. Pour cela, la tâche des acteurs associatifs est de provoquer des réactions, des motivations et des intentions. Finalement, pour changer les comportements, l'éducation aux droits de l'enfant doit proposer d'autres comportements car c'est là que réside toute la difficulté. En effet, entre la conception et la pratique, il y a tout un chemin à parcourir.

Cela dit, l'éducation aux droits de l'enfant assurée par l'action associative ne peut produire ses fruits que si les militants associatifs sont eux même porteurs d'une telle culture des droits de l'enfant, et donc d'une éducation en la matière.

Conclusion du Titre II :

740. L'ambition de rechercher une effectivité des droits de l'enfant qui réponde au contexte français et marocain découle d'une vision « pragmatique » de ce sujet. Comme le souligne parfaitement Françoise Deukeuwer-Défossez « l'effectivité pratique de la CIDE est évidemment la plus importante. Peu importe que le droit français (ou marocain) 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 Convention¹²²⁸ ».

741. Dans la réalisation des droits de l'enfant, les Etats ne sont pas obligés de se copier les uns les autres, ni d'avoir le même processus, ni la même méthode. Ils se partagent, certes, leurs expériences et renforcent entre eux les coopérations mais, sans pour autant imposer une quelconque vision des choses.

742. Les débordements de la logique des droits de l'enfant en France est une réalité juridique comme de fait, qui préoccupent désormais et de plus en plus une partie de la doctrine ainsi que les praticiens du droit. Le seul remède à ce glissement est de remettre chacun à la place qui lui appartient : l'enfant à sa place, les parents à la leur place et la société. Cela ne veut pas dire qu'il faut renoncer aux droits de l'enfant, tout au contraire, il s'agit de reconnaître ses premiers droits d'être en progression et, en conséquence, de ne pas être traité comme un adulte, d'être éduqué par ses parents et d'avoir des parents responsables. Il s'agit aussi de responsabiliser les parents et de leur rappeler que « quand on met des enfants au monde, il faut s'en occuper ».

743. Remédier aux conflits que suscitent les débordements de la logique des droits de l'enfant consiste à affirmer qu'il est « incohérent » de parler des droits sans parler de devoirs. Comment peut-on imaginer l'avenir d'une société dont les éléments ne revendiquent que des droits ? D'ailleurs, il est sûr que le déséquilibre provoqué par la logique des droits de l'enfant par le biais de la CIDE n'aurait pas eu lieu si le texte international était une référence de liberté et de responsabilité, de droits et de devoirs : une référence qui valorise les enfants, qui les place à la tête des priorités de chaque société mais sans pour autant « sacraliser leurs droits » ni les « infantiliser » longtemps.

¹²²⁸ Françoise DEUKEUWAR-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p.35

744. En parallèle, les violations aux droits de l'enfant et la faible appropriation de ce concept au Maroc est également une question de fait et de droit en dépit des efforts entrepris par l'Etat et la société civile. Ainsi, changer ces données passe inévitablement par une véritable démocratisation de la vie publique ainsi que par l'instauration d'une justice sociale. Un changement global qui touche tous les domaines et toutes les classes de la société est la condition pour que la situation des droits de l'homme et forment des droits de l'enfant s'améliore. Il s'agit pratiquement du même constat que celui qui a été fait dans une thèse sur l'intégration de la CIDE dans les droits nationaux en Amérique latine¹²²⁹. L'auteur de cette thèse affirme que « l'impact des droits de l'enfant imprègne la culture juridique et également une conception de l'Etat ». Il ajoute : « La CIDE est contemporaine d'un questionnement sur l'Etat de droit. Son enjeu dépasse le cadre de l'enfance ».

Enfin, rechercher une effectivité des droits de l'enfant qui réponde à chaque contexte n'est pas « une aberration ». Elle est, bien au contraire, une nécessité et une obligation si nous recherchons honnêtement la réalisation des droits de l'enfant et non pas « la gloire d'un texte international fruit d'une politique internationale ».

¹²²⁹ Cf. Philippe DE DINECHIN, « La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l'Homme », Thèse de Doctorat, université de Paris III, 2006, p. 242

Conclusion de la Deuxième Partie :

745. Concrétiser les droits de l'enfant dépasse la question du droit. C'est un enjeu politique, économique, social, culturel, éducatif etc. qui affecte tous les domaines. C'est pourquoi, la réalisation des droits de l'enfant n'est pas un résultat, elle est plutôt une dynamique¹²³⁰. Leur acquisition ne sera jamais absolue comme ce qui est des droits de l'homme. En effet, bien qu'ils soient internationalement protégés depuis 1948, l'Homme n'a pas encore acquis entièrement « ces fameux droits ». L'essentiel pour l'enfant est qu'on est arrivé, après un moment, à comprendre qu'il est une personne à part entière¹²³¹.

746. La dynamique de la concrétisation des droits de l'enfant a commencé, certainement, dans tous les pays du monde avec l'adoption de la CIDE. L'intérêt porté à ses droits, à sa place dans la famille et dans la société, à sa parole et à son intérêt supérieur ont été initiés sous le patronage du texte international et de ses instances notamment le Comité des droits de l'enfant. En revanche, l'allure de cette dynamique se distingue d'un contexte à un autre.

747. En générale, il n'existe pas de modèle parfait dans la réalisation des droits de l'enfant mais on trouve, certes, de bons exemples à suivre. Métaphoriquement, il y a de bons et de mauvaises élèves. Ce qui est commun entre les deux est que la mise en œuvre des droits de l'enfant n'est pas sans entraves. Si la France rencontre des obstacles juridique et pratique très avancés sur la question de l'enfant et qui dépassent le débat de ses droits vitaux¹²³², le Maroc n'a pas encore surmonté les problèmes d'ordre sanitaire et éducatif. De manière générale et selon l'expression de la CIDE, le droit à un niveau de vie suffisant n'est pas garanti, jusqu'à aujourd'hui, à tous les enfants marocains. Ainsi, l'écart entre les deux exemples exige la recherche de solutions propres à chacun. De nouvelles reconsidérations, des remises en cause et un travail de fond doivent s'effectuer par chaque contexte et cela en

¹²³⁰ Françoise DEUKEUWAR-DEFOSSEZ, *op. cit.* p.35

¹²³¹ Pourtant, dans d'autres références comme celles du droit musulman, l'enfant a été reconnu comme personne à part entière il y a maintenant 15 siècles.

¹²³² Françoise Deukeuwer-Défossez cite dans son article précédent, comme obstacles les interrogations que posent en générale la logique des droits de l'enfant. (Déjà cité dans la conclusion du Titre 2). En outre, les obstacles au niveau de la pratique se résument dans la question financières comme les budgets serrés réservés à l'ASE par exemple ou au bon fonctionnement de la résidence alternée ... ; l'amélioration des pratiques de professionnels de l'enfance : juges, travailleurs sociaux... ; l'insuffisance des structures d'accueil de certains enfants ; l'évolution générale de la société en particulier le droit pénal etc.

renforçant les collaborations, en échangeant les expériences et, surtout, en respectant, mutuellement les principes de chacun.

Conclusion générale

748. La Convention relative aux droits de l'enfant va bientôt fêter son quart de siècle. Toujours avec le même enthousiasme, la Convention continue à être un instrument juridique efficace pour la réalisation des droits de l'enfant.

Grâce à son ambition d'être universelle, tous les enfants ont le droit à la vie, à la santé, à l'éducation, à l'expression etc. L'obligation de réinterpréter ces dispositions dans les lois des Etats parties est celle qui a incité les législateurs ainsi que les juges à réaliser des réformes, à rajouter de nouvelles lois, à en abolir d'autres et à reconnaître l'effet direct de quelques-uns des articles pour qu'ils s'appliquent directement en justice. En effet, le bilan de la mise en œuvre de la CIDE par les Etats parties, notamment en ce qui concerne le Maroc et la France affiche, comme nous l'avons démontré tout au long de cette étude, une dynamique d'amélioration continue.

749. En revanche, toute seule la Convention ne peut guère faire des miracles. D'ailleurs, comme le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » n'est pas une potion magique, de même pour les textes qui ont été créés à cet effet. Ce sont les Etats partie qui décident de sa valeur juridique et symbolique. Ainsi, la France a cru fortement à la CIDE en mettant tous les moyens à sa disposition pour prospérer : de nombreuses lois ont été votées pour rendre, globalement, le droit français conforme à la CIDE, outre l'application directe de certaines de ses dispositions devant le juge, tels que les articles 3-1, 12-2, 7-1 et 9 à partir de 2005 qui constitue le grand revirement vers l'effectivité du texte international.

750. Cependant, le plus important dans la ratification d'une convention ce n'est pas uniquement la mise en œuvre de ses textes, mais surtout, l'adhésion à sa logique et l'adoption de sa philosophie. En effet, la logique « des droits de l'enfant » fait de l'enfant, un individu à part entière dans sa famille et au sein de la société, bénéficiant de tous les droits de l'Homme et dont l'intérêt est supérieur à celui des autres. Bien qu'en principe, cette logique ne constitue pas tellement un danger pour la stabilité des institutions familiales et sociétales, elle y crée quand même un grand bouleversement. Le risque réside alors, quand cette logique déborde et devient omniprésente partout où le mot « enfant » apparaît, lorsque les lois et le droit en entier deviennent le miroir des droits subjectifs de l'enfant et lorsque les adultes se prosternent devant l'enfant mythe...

751. Les débordements de la logique des droits de l'enfant commencent juste à apparaître en droit français. C'est pourquoi il est encore temps de les limiter, avant qu'ils « rendent superflues toutes les institutions du droit familial ». D'ailleurs, la logique des droits de l'enfant porte en elle-même des failles ainsi que des paradoxes, puisqu'elle prétend libérer l'enfant, en lui accordant plus de droits et en le protégeant davantage. Cependant, « plus de droits peut aboutir à moins de protection, et plus de protection à moins de droits¹²³³ ». Ainsi, en élargissant le droit de l'enfant à la parole, on donne à l'enfant une arme qui peut se retourner contre lui si les garanties ne sont pas assurées à l'avance par la loi et par le juge. Certes, plus de libertés conçues sans éducation et sans limites aboutit à moins de protection en particulier concernant des mineurs délinquants. Pourquoi fait-on subir aux mineurs la responsabilité de leurs actes tandis qu'à l'âge de l'éducation et du traçage des limites, la première chose qu'on leur apprend à dire est « j'ai le droit » ? Drôle de contradiction !

752. De plus, la logique des droits de l'enfant cache, comme paradoxe le fait de mettre l'enfant au centre de toutes les institutions : de l'autorité parentale, du droit de la filiation, de la famille toute entière, en sacrifiant simultanément sa spécificité, son âge, son irresponsabilité, tout simplement son enfance. On lui a fait échoir la responsabilité de « faire la famille », mais ce n'est pas l'enfant qui unit le couple ni le fait durer dans le temps, ce sont les adultes par contre qui font que comment et combien de temps leur union va durer.

753. La logique des droits de l'enfant crée, malheureusement, des conflits d'intérêt entre des personnes censées être en fusion et vivre en harmonie. Or le plus flagrant des débordements de la logique des droits de l'enfant est « la consécration non avouée, mais bien réelle, d'un droit à l'enfant¹²³⁴ ». Pourtant « on répète (...) que « l'enfant n'est pas objet de droit », puis on distribue des droits sur lui à tout le monde¹²³⁵ ». Il s'agit ici d'un recul de deux pas en arrière, par rapport à l'époque de « l'enfant objet », mais d'une autre manière. Tout cela pour en arriver là ?

Justement, c'est pour ne pas arriver à réduire en miette tout ce qui a été réalisé en tant que droits de l'enfant, que la recherche des équilibres est nécessaire en droit français. D'ailleurs, ce dernier possède en lui les éléments de cet équilibre qu'aucun droit européen n'a pu

¹²³³ Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Rapport de synthèse du colloque « Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections » organisé le 10 Juin 2011, *Petites affiches*, 09 mars 2012 n° 50, p. 68

¹²³⁴ Hugues FULCHIRON, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gazette du Palais*, 08 décembre 2009 n° 342, p. 15

¹²³⁵ Jean HAUSER, « Rapport de synthèse », *Petites affiches*, 08 octobre 1997 n° 121, p. 38

conserver, comme par exemple l'autorité parentale, l'interdiction du mariage et de l'adoption des homosexuels, l'inceste, l'adultère...

754. Cela dit, dans cette étude, une conclusion est indispensable en qui concerne les droits de l'enfant en France : la réalisation des droits de l'enfant passe également et principalement par la préservation des acquis. Cela ne peut être garanti que par deux choses : le retour aux repères et à la limitation des droits subjectifs¹²³⁶. Ainsi, le droit doit retrouver sa vraie fonction qui est celle « d'offrir un cadre de référence », d'être « une boussole pour les individus » et un « facteur d'équilibre individuel et de cohésion sociale¹²³⁷ ». Le législateur doit donc être conscient que l'émission des lois n'est pas seulement une réponse politique et qu'il doit « légiférer en tremblant¹²³⁸ ». D'ailleurs, le retour aux repères ne concerne pas que le droit car « tout n'est pas du droit¹²³⁹ », « le droit n'est pas tout¹²⁴⁰ » et de toute façon, « tout n'est pas mon droit¹²⁴¹ ». En effet, pour préserver sa valeur et son caractère contraignant, le droit doit rester un dernier recours, laissant les autres formes normatives agir dans les choses ordinaires.

755. Outre le retour aux repères, la limitation des droits subjectifs constitue également une nécessité. Par le biais de la contrainte du droit ou par d'autres normes reconnues en société, les aspirations des individus doivent être cadrées, guidées et parfois limitées. Il ne s'agit pas de nier le pouvoir que le droit objectif reconnaît à l'individu dans une situation donnée ; la question est de ne plus le reconstruire qu'à partir des désirs et des passions individuelles, de « ne plus raisonner qu'en termes de droits subjectifs¹²⁴² ».

756. Par ailleurs, en ce qui concerne les droits de l'enfant au Maroc, nous rappelons que la ratification de la CIDE par ce dernier en 1993 a été le début d'une prise de conscience générale sur la question. Ainsi, le Maroc a créé à cette occasion, l'Observatoire national des droits de l'enfant (ONDE) et l'institution du parlement de l'enfant en 1999. Cependant, ces deux institutions ne représentent qu'un geste symbolique pour les droits de l'enfant et n'avance pas leur réalisation. Ce n'est qu'à partir de 2002 que des réformes juridiques cruciales relatives à l'enfant ont vu le jour : la loi sur l'Etat civil, la loi sur la *Kafala* des

¹²³⁶ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, « Evolution du droit français de la famille », *Deffrénois*, 15 juillet 2009 n° 13, p. 1347

¹²³⁷ Idem

¹²³⁸ Jean CARBONNIER, *Flexible droit, LGDJ*, 2001, p.50

¹²³⁹ Irene THERY, *op.cit.*, p.422

¹²⁴⁰ Gérard CORNU, *op. cit.*, p.13

¹²⁴¹ Irene THERY, *op.cit.*, p.422

¹²⁴² Jean HAUSER, *op.cit.*, p.38

enfants abandonnés, le code de la famille, le code de la nationalité, le code de la procédure pénale etc. apportent de vraies garanties pour les droits de l'enfant. Inspirées par la CIDE, ces lois améliorent davantage le statut de l'enfant et lui accordent des nouveaux droits. En outre, le Conseil de gouvernement a adopté en 2006 le « Plan d'action national pour l'enfance » (PANE) 2006-2015, pour un « Maroc digne de ses enfants » afin d'apporter une vision stratégique pour concrétiser les dispositions phares de la CIDE.

757. En revanche, les manquements persistent, d'après le témoignage des rapports du Comité des droits de l'enfant et ceux de l'UNICEF. D'abord au niveau de l'effectivité normative, l'adaptation des lois internes aux dispositions de la CIDE n'est pas suffisant pour rendre applicables ces droits. Il est indispensable que le juge, lui aussi, ait la responsabilité d'appliquer directement les dispositions de la CIDE. En effet, en affirmant la suprématie de la norme internationale sur la norme interne dans la Constitution de 2011, le juge peut appliquer directement la CIDE. Ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. De cette façon, le texte international demeure inactif en justice.

758. Plus profondément, l'effectivité des droits de l'enfant au Maroc souffre de deux réticences : le caractère composite du système juridique marocain en se référant au droit musulman et sa situation politique et socioéconomique. Ainsi, le droit marocain, notamment celui de la famille et de l'enfant est fondé sur le droit musulman dont la perception de l'enfant demeure particulière. Mais, ce n'est pas là où réside le problème ; il s'agit plutôt de l'interprétation du droit musulman adoptée par le droit marocain. Etant donné que ce dernier ait pour source les divers courants jurisprudentiels élaborés il y a des siècles auparavant, le droit musulman, notamment sur la question de la femme et de l'enfant a perdu tout son sens. Ainsi, ces règles juridiques ne répondent plus aux besoins de l'époque ni même, aux grands objectifs de la loi musulmane (*Shari'a*).

759. Quant à la situation politique et socioéconomique du Maroc, il est essentiel d'affirmer que l'effectivité des droits de l'enfant, en particulier en pratique, ne peut se détacher de son contexte. Dans cette étude, on a rappelé que les droits de l'enfant ne sont que la réalisation des droits de l'Homme sur l'enfant. C'est pourquoi, il faut se demander si ceux-là sont appliqués également pour les adultes ?

En plus de cela, l'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant ne sera pas résolue par des dispositifs législatifs ou réglementaires qui ne portent pas attention aux réalités sociales, qui ne traitent pas les questions prioritaires et d'urgence.

760. Cela dit, la conclusion de cette étude en ce qui concerne les droits de l'enfant au Maroc est que la référence au droit musulman en ce qui concerne l'enfant ne doit pas être un alibi au non-respect de ses droits reconnus par la CIDE. En effet, prendre comme excuse le fait que le droit musulman ne reconnaît pas la filiation des enfants nés hors mariage, n'empêche en rien l'Etat de leur garantir tous leurs droits, dans le cadre de sa responsabilité envers les enfants. Cela, dans le cas où la réponse juridique n'est pas obtenue. Pourtant, cette étude n'a pas hésité à affirmer que le droit musulman n'est pas figé sur cette question et qu'en dehors d'une reconnaissance explicite des droits de l'enfant né hors mariage, une autre solution juridique peut être appliquée telle que le dédommagement de la mère de l'enfant au préjudice subi du fait du père naturel. Finalement, tout ce qui bloque la réalisation concrète des droits de l'enfant, d'ordre économique et social doit être dépassé, notamment l'instauration d'une véritable démocratie.

En fin de compte, l'étude des droits de l'enfant en droit français et marocain n'est que l'introduction d'études plus spécialisées et techniques sur la question. Ainsi, l'analyse d'en haut menée dans cette recherche pourrait alors leur servir de plate-forme et de trame.

Bibliographie

Ouvrages, Rapports, Actes de colloques, Thèses

ARIES PH.

- *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Edition du Seuil, Coll. Points-Histoire, Paris, 1973, 316 pages

ARISTOTE,

- *Histoire des animaux*, trad. BERTIER (J.), Gallimard, «Folio», 1994, 586 pages

ATTIAS-DONFUT C., SEGALEN M.

- *Grands-parents : la famille à travers les générations*, Odile Jacob, Paris, 1998, 330 pages

BAUER M. SCHERER-DARSCH CH.

- *De l'enfance à la majorité: droits de l'enfant , de sa famille, de ses éducateurs*, ESF Editeur, 1990, 194 pages

BERNARDIN DE SAINT PIERRE J.H.

- *Etude de la nature*, in *Oeuvre complètes*, Tome VII, Méquignon-Marvis, Paris, 1964, 416 pages

BERRAMDANNE A.

- *La hiérarchie des droits, droits internes et droit international et européen*, l'Harmattan, 2002, 276 pages

CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.A REVET T., COMBACAU J.

- *Le droit des traités, Que sais-je ?* PUF, 1991, Paris, 123 pages

CARBONNIER J.

- *Droit et passion du droit dans la Ve République*, Flammarion, Paris, 1996, 276 pages

- *Droit civil : la famille, l'enfant, le couple*, Tome 2, PUF, avril 2002, 756 pages

- *Flexible droit*, LGDJ, 2001, 493 pages

CARON M.

- « Conversation intime et pédagogie dans Les conversations d'Émilie de Louise d'Épinay », thèse (de Maîtrise), Faculté des lettres, Université Laval, 2003, 190 pages

CORNU G.

- *Droit civil introduction Les personnes Les biens*, Montchrestien, 11^{ème}, 729 pages

- *Droit civil La famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 654 pages

COUDOING N.

- « Les distinctions dans le droit de la filiation », thèse sous la direction du Professeur Elisabeth PAILLET, Faculté de droit Uni. du Sud Toulon Var, 2007, 424 pages

DAGENAIS D.

- *La fin de la famille moderne : signification des transformations contemporaines de la famille*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2000, 267 pages

DE CARITAT J.A

- *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, 392 pages

DECHAUX J.H

- *Sociologie de la famille*, Paris, La Découverte « Repères », 2009, 126 pages

DE DINECHIN Ph.

- « La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l'homme », thèse de Doctorat, Jean Michel BLANQUER (dir.), Université de Paris 3, 2006, 515 pages.

DEI-France, Association Française KORCZAK Janusz

- *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions : leurre ou levier au service de ses droits ?*, journée d'études, 20 novembre 2010

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et CHOAIN C.

- *L'autorité parentale en question*, Presses Universitaires du Septentrion, 2003, 240 pages

DEKEUXER DEFOSSEZ F. et JEAMMET PH., ROULAND N. DONVAL A.

- « *La filiation en question* » in *Inventons la famille !* (Ouvrage collectif), Collection : Société : version numérique réalisée le 27 juin 2011 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Québec,

- (En version papier) *Inventons la famille*, Bayard éd. (Paris), 2001, 245 pages

DELAGRANGE G.

- *Comment protéger l'enfant ?*, Khartala, 2004, 256 pages

DELON M.

- *La somme et le fragment*, dans Robert Mauzi, *Précis de littérature française du XVIIIe siècle*, PUF, 1990, 280 pages

DE SINGLY F.

- *Enfants- adultes : vers une égalité de statuts ?* Universalis, Paris, 2004, 194 pages

DESCARTES R.

- *Discours de la méthode*, éditions F. Tandon et cie, 1863, 96 pages

DUPEYRON J.F

- *Nos idées sur l'enfance : Etude des représentations de l'enfance en Occident*, l'Harmattan, 2010, 307 pages

GADBIN D. et KERNALEGUEN F

- *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, 2004, Bruylant, 514 pages

GIL- ROSADO M.PH

- *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Defrénois, 2006, 363 pages

GOBERT M.

- « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Conférence, Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, Neuvième conférence, 11 décembre 2006, publiée sur le site de la Cour de cassation.

HENNETTE-VAUCHEZ S.

- *Le droit de la bioéthique*, La Découverte « Repères », 2009, 125 pages

HOBBS T.

- *Léviathan*, trad. François Tricaud, Dalloz, Paris, 1999, 780 pages

HUMBERT C. de CHAMOUSSET P.

- *Vues d'un citoyen*, Pans, 1757, 229 pages

INCOLLINCO-MONA H.

- « La normativité et le droit de la famille », thèse de doctorat de droit sous la direction d'Elisabeth PAILLET, université Toulon Var, 2000, 536 pages

JOLIBERT B.

- *L'enfance au 17^{ème} siècle*, Librairie Philosophique J .Vrin, 1981, 163 pages

KRULIC J.

- Droits des minorités : Protection individuelle et protection collective en Europe (UE, Conseil de l'Europe), Colloque International sur « Les Balkans de l'Ouest-Nouveau défi pour l'Union européenne. Quelles conditions pour une coopération étroite avec l'UE ? », Budapest, 04-06 juillet 2005. Document PDF, p. 1

LAGARDE P.

- *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959

LA ROSA A.

- « La protection de l'enfant en droit international pénal : Etat des lieux », Mémoire de Master, Université de Lille 2 – Droit et santé, 2003-2004, 171 pages

LAURENT-BOUTOT C.

- « La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme », thèse de doctorat, Université de Limoges, 2006, 597 pages

LEGENDRE P.

- *L'inestimable objet de la transmission : Etude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985, 407 pages

LIEBECH A.

- *Le libéralisme classique*, Presses de l'université de Québec, Québec, 1985, 632 pages

LOCHAK D.

- *Les droits de l'Homme*, La Découverte, 2009, 3^{ème} édition, 127 pages

LOCKE J.

- *Quelques pensées sur l'éducation*, Vrin, 2007, 384 pages

MAMOUD Z.

La Convention internationale des droits de l'enfant, portée et limite, Publisud, 1996, 223 pages

MALAURIE PH.et AYNES L.

- *Droit civil. La famille*, Cujas, 1987, 507 pages

- *Les personnes, les incapacités*, Cujas, 5e édition, 2000, n° 499, 571 pages

MEDDOUR S.

- « L'enfant et la liberté religieuse à la lumière du droit international, européen et français », thèse sous la direction de Christine FERRARI-BREEUR, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011,

MEULDERS-KLEIN M.

- *La personne, la famille et le droit : 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant/LGDJ, 1999, 589 pages

MEUNIER G.

- *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, L'Harmattan, 2002, 253 pages

MONTOUX A.

- *Le dictionnaire des organisations*, Publibook, 2012, 710 pages

MURAT P.

- « Filiation et vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH* (dir. Frédérique. SUDRE), coll. Institut du droit européen des droits de l'Homme, Fac. de droit Univ. Montpellier I, 22-23 mars 2002, Némésis/Bruylant, 2002, coll. « Droit et justice » : n°38

NEYRAND G.

- *L'enfant face à la séparation des parents : Une solution, la résidence alternée*, édition la découverte, Paris 2004, 247 pages

PECES-BARBA MARTINEZ G.

- *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, 502 pages

PICART M.F

- *La Grande Loge Féminine de France*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2009, 128 pages

PLANA S.

- *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, l'Harmattan, 2006, 588 pages

RAYMOND G.

- *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, éditions Juris-classeur, Litec, 1997, 383 pages

RENAUT A.

- *La libération des enfants*, Bayard, 2002, 396 pages

REUTER P., BLONDEAU A., QUESTIAUX N., DUBOIS L., RUZIE D.

- *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Armand. Colin, 1972, 128 pages

RIDEAU J.

- *Droit international et droit interne français*, Paris, Armand Colin, 1971, 111 pages

ROUSSEAU J.J

- *Œuvres de Jean- Jacques Rousseau : Emile ou de l'Education*, Werdet et Lequien, Volume VIII, 1826, 470 pages

SNYDERS G.

- *La pédagogie en France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, PUF, 1965, 459 pages

THERY I.

- *Le démariage, justice et vie privée*, Odile Jacob, 1993,97 août 2001, 396 pages

VASSEUR-LAMBRY F.

- *La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme*, L'Harmattan, 2000, coll. Logiques Juridiques, 522 pages

VERDIER R.

- Jean Carbonnier 1908-2003 écrits, PUF, 2008, 1376 pages

VILLEY M.

- *Philosophie du droit : Définitions et fins du droit, les moyens du droit*, Dalloz, 2001, 339 pages

YONNET P.

- *Travail, loisir. Temps libre et lien social*, Paris, Gallimard, 1999, 324 pages

YOUF D.

- *Penser les droits de l'enfant*, PUF, Questions d'éthique, Parais, 2002, 192 pages

Droit marocain :

BENRABI M., ALAMIM'CHICHI H., OUNNIR A., MOUQIT M., BENKAISSI F.Z, ZEIDGUY R.,

- *Le Code de la famille : perception et pratiques judiciaires* », Friedrich-Ebert, 2007, 290 pages

CHAFII M.

- كفالة الأطفال المهملين دراسة في القانون المغربي و التبنني في القانون الفرنسي سلسلة البحوث القانونية 2008

- *Le prénom et le nom de famille dans le régime de l'état civil au Maroc*, Collection des recherches juridiques, édition *l'waraka l'watania*, 2004 (ouvrage en arabe)

CHERIFI R.

- *Le Makhzen politique au Maroc*, Afrique/Orient, 1988, 125 pages

EL HAJJAMI A.

- *Le code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire : enquête de terrain*, Edition du Service de coopération et d'Action culturelle Ambassade de France au Maroc, 2009, 195 pages

EL MRAHI R.

- « Rapport de la Cour suprême du Maroc » *in Actes des conférences en promotion des droits de l'enfant*, Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), 2009, 332 pages

EL YAAGOUBI N.

- *La problématique des enfants de la rue au Maroc : le cas de la région Salé-Rabat et de Casablanca*. Sous la direction de FALL Marie, mémoire de Maîtrise : sociologie, Université du Québec à Chicoutimi, 2009, 169 pages

MERROUNI M.

- *Le problème de la réforme dans le système éducatif marocain*, édition OKAD, Rabat 1993, 180 pages

PAPI S.

- *L'influence juridique islamique au Maghreb*, L'Harmattan, 2009, 398 pages

TATOUTI R.

- « La sécurité sociale au Maroc : défis, enjeux et mutations des valeurs », Thèse de Doctorat, Université Abdelmalek Saadi de Tanger, ENCG, 2008, diffusée sur le site de mémoire en ligne.

TOZY M.

- *Monarchie et islam politique au Maroc*, Presses de Sciences Po, Paris, 1999, 303 pages

VOGEL M.

- « La démocratisation au Maroc (9 mars 2011 – 1^{er} juillet 2011), CJB, Etudes et Essais, n°7, novembre 2011, 73 p

خطب وندوات، المجلد الخامس

Droit musulman :

Dictionnaires :

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز
- ابن منظور، لسان العرب
- أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، مقاييس اللغة
- الجوهري، الصّحاح في اللغة
- الحسن بن محمد الصغاني، العباب الزاخر
- مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط
- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، ضبط و توثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، إشراف مكتبة البحوث و الدراسات، 1995

Ouvrages :

- أبو زهرة، احكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر(د.ر)1383هـ 1964م
- ابن همام، كمال الدين محمد، شرح فتح القدير، القاهرة
- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، القاهرة
- ابن عاشور، مقاصد الشريعة
- الامدي علي بن محمد ، الاحكام في أصول الاحكام ج 3
- البيضاوي ناصر الدين، أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي. المطبعة العثمانية مقداد يالجن ، 1406هـ
- الجرجاني علي بن محمد بن علي ، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط4، 1417، 1988
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، وفاته 666هـ، مختار الصحاح، كتاب الصاد، ص:154، مكتبة لبنان بيروت 1995، تحقيق محمود خطير
- الراغب الأصفهاني ، (1412هـ / 1992م) . مفردات ألفاظ القرآن . تحقيق : صفوان عدنان داو ودي ، دمشق : دار القلم 1412هـ

- الزركشي ، البحر المحيط ج4
- الزمخشري ، أساس البلاغة
- الزبيدي محمد مرتضي ، تاج العروس ، ج8
- الفاسي علال مقاصد الشريعة الاسلامية و مكارمها ، مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء
- السبكي تاج الدين بن عبد الكافي ، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1411، 1هـ 1991م ج1
- السنهوري، مصادر الحق، م1 ج1
- الشاطبي، الموافقات، ج2
- الشاطبي ابراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام ج1 ، دار الرحمة، ط1/ 1988
- الغزالي أبو حامد المستصفي
- الغزالي ، شفاء الغليل
- الشيخ الطوسي، المبسوط، 4، طبعة 2، 1388
- الميرزا نوري ،مستدرك الوسائل، طبعة 2، 1408، 1988
- محمد ابن صالح العثيمين، مكارم الأخلاق، مدار الوطن للنشر، 1428
- علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي، كنز العمال
- حسب الله علي ، أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، 1997
- عرقسوسي خيرالدين 419 هجرية، محاضرات في الاصول الاسلامية للتربية ، المكتبة الاسلامية ، بيروت
- علي حمد محمود عبد الحميد ، المصلحة المرسله و تطبيقاتها المعاصرة في الحكم و النظم السياسية أطروحة الماجستير في الفقه و التشريع تحت إشراف الدكتور حسن خضر ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس 2009
- محمد ابن يعقوب الكليني، الكافي
- شلبي محمد مصطفى، تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر 1947
- *Adardir, Acharh assaghir ila akrabi almassalik ila madhabi al imami malik, partie2*
- *Al Boukhari, Kitabou'lilm, volume1*
- *Alaa Eddin Abdel Aziz bin Ahmad Al-Bukhari, Kachf al assrar 3an oussouli fajre al Islam al bazdawi, partie 4, Dar al kutoub al ilmiya, Bayrouth, 1418*
- *Al assrouchni, Al imam mohamed ibn mahmoud ibn al houssein, Jamii ahkam assighar, tahkik abu mosaab albadri wa mahmoud abde arrahmane abde al mouniim, partie2, Le caire, Dar al fadila*

- *Al faoumi, Al missbahou al mounir, partie 2*
- *Al mawssil , Alikhtiyar, partie 3*
- *Arramli, Nihayatou almouhtaje, partie 8*
- *Assargassi, Oussoul assargassi, partie2, Tahkik abou al wafa al afghani, Bayrouth, Dar al ma3rifa*
- *Ibnou jouzay, Abou alkassim mohamed ibn ahmad, Al kawanine al fikhiya, dar al koutoub al ilmya, Bayrouth*
- *Al ghazali, Ihyae ouloumou adine, partie2*
- *Assalih soubhi, Maalim a chri3a al islamiya, édition 1, DAR el Ilm lmalaine, Bayrouth, 1975*
- *Azzuhaili, Alfiqh wa adilatouhou, partie 4, 1^{ère} édition, 1974*
- *Hassaba allah, Oussoul attachri3 al islami, 3^{ème} édition, Dar al ma3rifa, Egypte, 1964*
- *Ibn abidine, Alhachiya, Dar Al Fikr li tibiaa wa nachre, , 8 parties, 1421, 2000, Bayrouth*
- *Ibnou Rouchd, Bidayatou al moujtahid wa nihayatou al mouktassid, partie2, Dar al koutoub al ilmiya, Bayrouth, 1988*
- *Ismail ibnou omar ibnou kathir, Tafsir Ibn kathir*
- *Ibnou koudama, Al moughni, partie9*
- *Oumrane abderahim, Tandhime al oussra fi turrath al islami, 1970*
- *Muslim, Sahih Muslim, partie3*
- *Moustapha Abdelouahed, Al oussra fi lislam, troisième édition, Dar al i3tissam, le Caire, 1980*

AL REHAILI A.M.

- *This is the Truth, Al Haramain Islamic Fondation, 1998, 88 pages*

BONTENS C.

- *Mariages-Mariages, actes de colloque sous la direction de, l'Association française d'Anthropologie du Droit en collaboration avec l'Université Paris-Sud XI, Paris-Sceaux, 9 et 10 mai 1997, Paris, PUF, 2001*

HUNKE S.

- *Le soleil d'Allah brille sur l'occident, Albin Michel, 1997, 414 pages*

LAMRABET A.

- *Le Coran et les femmes: une lecture de libération*, Editions Tawhid, 2007, 217 pages

MOUQUIT M.

- «Positivisme Vs « Fiqhisme » Analyse dynamique d'un système juridique et normatif « composite » », in *De l'anthropologie du droit musulman à l'anthropologie du droit dans les mondes musulmans* : réflexion sur les conditions de possibilité d'une anthropologie du droit dans le contexte des sociétés en tout ou partie musulmanes ,Textes des rencontres des journées d'études tenues à Rabat les 21 et 22 janvier 2011, dans le cadre des programmes ANDROMAQUE (ANR SudsII) et PROMETEE (ANR FRAL), Centre Jacques Berque pour les études en sciences humaines et sociales, Rabat, 2011

NOKKARI M.

- *Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna, l'enfant en droit musulman* (Afrique et Moyen -Orient), Actes de Colloque du 14 janvier 2008 sous la direction de Lucette Khaiat et Cécile Marchal, société de législation comparé, 2008

PAPIS.

- *L'influence juridique islamique au Maghreb*, L'Harmattan, 2009, 397 pages

TEBOUL G.

- *Procréation et droits de l'enfant*, Bruylant, 2004, 304 pages

Articles et chroniques

ABEL O.

- « La fragilité conjugale », *Dialogue* 4/2006 (n° 174), p. 85-94.

AGUILA Y.

- « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *AJDA* 2012 p. 729

BAILLEAU F.

- « La France, une position de rupture ? » Les réformes successives de l'ordonnance du 2 février 1945, *Déviante et Société*, 2009/3 Vol. 33, p.

- « Les enjeux de la disparition programmée de l'ordonnance du 2 février 1945. Ouvrir la boîte de Pandore ? », *Droit et société*, 2011/3 n° 79, p. 667-688.

BARTHELEMY C.

- « Réflexion d'un biologiste de la reproduction sur la révision des lois de bioéthique », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/HS n° 261, p. 225

BEIGNIER B.

- « Le législateur », *Droit de la famille*, mars 2005, repère, p. 3.

BENHAMOU Y.

- « La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », regard critique, *RTDH*, 1996, n° 25, p. 23

BERRO-LEFEVRE I.

- « L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'Homme », *Journal du Droit des Jeunes*, n°272, février 2008, p. 12.

BETTIO N.

- « Le «Droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *RDJ* 2010, n° 2, p. 473

BEVIERE B.

- «Quelques propositions de réflexions sur l'évolution législative de l'assistance médicale à la procréation, notamment avec tiers donneur(s)», *Revue Générale de droit médical*, Les Etudes Hospitalières, Septembre 2008, n°28, p.47

BICHERON F.

- Accouchement sous X : irrecevabilité d'une rétractation tardive, *AJ Famille* 2004 p. 241 ;

BLAIS M.C.

- « Une libération problématique », *Le Débat*, 2002/4 n° 121, p.145

BOICHE A.

- « Une double illustration des dispositions de la Convention franco-marocaine en matière de protection des mineurs », *AJ Famille* 2007 p. 356

BOISSON M.

- Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine enquête de sens commun, *Informations sociales* 2006/3, n° 131, p. 102-111.

- « Soutenir la fonction parentale dans l'intérêt des enfants : de la théorie aux instruments », *Informations sociales*, 2010/4 n° 160, p. 35

BONFILS Ph.

- Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011), *Revue de science criminelle* 2011, p. 440

- « Le droit pénal substantiel des mineurs », *AJ pénal* 2005, p. 45

- « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007 », *AJ Pénal* 2007, p. 363

BOTBOL M. et CHOQUET L.

- « Une lecture renouvelée du droit pénal des mineurs. La prise en compte de la contrainte dans l'action éducative à l'égard des mineurs délinquants », *Cahiers philosophiques*, 116, 2008, p. 9, 10, 14, 19.

BOULANGER F.

- Applicabilité directe de la Convention de New York et intérêt supérieur de l'enfant : *D.* 2006, p. 554

BOUTON J.

- « Le nom des conjoints : un domaine à réglementer » ?, *AJ famille* n° 5/2009, p. 192

BOUZEMBRAK T. et SCHULZ M.

- « Changement de nom », *AJ famille* n° 5/2009, p. 204

BUREAU D.

- « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *Revue critique de droit international privé* 2005, p. 679

BRIBOSIA H.

« Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », *Réflexions générales sur le point de vue dans l'ordre juridique belge*, *RBDI*, 1996, p.33

CARCASSONNE G.

« Rapport introductif » in *L'indépendance de la justice*, Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Dakar 2007, p.36

CHABERT C.

- « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP* 2003, I. 129, p. 761

CHADEVILLE M.

- « l'application des dispositions de la Convention au niveau national », in *Vingt ans d'application de la Conventions des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, colloque, juin 2010, *JDJ-RAJS* n° 296, p. 34

CHAUVIERE M.

- « La parentalité comme catégorie de l'action publique », *Informations sociales*, 2008/5 n° 149, p. 21

CHENEDE F.

- « Les grands-parents face à l'accouchement sous X : l'épilogue de l'affaire d'Angers », *AJ Famille* 2011, p. 156

COMMAILLE J.

- « Droit de la famille, droit des individus », *Revue Quart Monde*, n°179 - Projets familiaux, 2001, *Revue Quart Monde. Org.*, pp.1, 3

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 *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions : leurre ou levier au*

service de ses droits ?, Journée d'études, 20 novembre 2010, DEI-France et l'Association Française Janusz Korczak,

COURBE P.

- « L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant », *D.* 2006, doctrine p 1487

COUTURIER- BOURDINIÈRE L.

- « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits des enfants » *in Liberté, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, volume 1, Bruylant, 2004, p.523.

DAHAK D.

- « Le juge de Cassation et l'application de normes supranationales protectrices des droits fondamentaux » *in Le juge de cassation à l'aube du 21ème siècle*, Colloque AHJUCAF, 2004, p. 106

DAYAN J.et TROUVE C.

- « Désir d'enfant et PMA : quelques aspects sociologiques », *Spirale*, 2004/4 no 32, p. 28

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. :

- « Rapport de synthèse du colloque « Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections » organisé le 10 Juin 2011, *Petites affiches*, 09 mars 2012 n° 50, p. 68

- « L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse », *Petites affiches*, 07 octobre 2010 n° 200, p. 35

- « L'application de la Convention de New York sur les droits de l'enfant », *D.* 1. 1994, somm. , p. 34,

- « Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *Rev. Lamy droit civil* 2010, n° 70, p. 39-43

- « La Convention internationale des droits de l'enfant : quelles répercussions en droit français ? », *CRDF*, n°5, 2006, p. 41

DIENG P.L.

- *La dignité de l'enfant*, Mémoire de Maîtrise *en Droit*, 2003, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar.

DIONISI-PEVRUSSE A.

- « La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 », *Recueil Dalloz* 2006 p. 612

DOLLAT P.

- « La citoyenneté française : une superposition de citoyennetés », *RFDA* 2005 p. 69

DOUBLEIN C.

- « Tableaux récapitulatifs », *AJ famille* n° 5/2009, p. 208

DOUCHY-OUDOT M.

-« L'audition de l'enfant en justice », Procédures, *Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasseur*, août et septembre 2009, p.6

DREIFUSS-NETTER F.

- « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.*, 1998, chron. p. 100.

DURAND E.

- « Table ronde consacrée aux familles en difficulté », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 20

EGEA V.

- « Le port du nom d'un seul parent à l'épreuve des droits fondamentaux », *Dalloz actualité* du 26 janvier 2010

ENCINAS DE MUNAGORRI R.

- « Qu'est-ce qu'un texte directement applicable », *RTD Civ*, 2005, p 556.

EUDIER F.

- Adoption, *Répertoire de droit civil*, octobre 2008

FARGE M.

-« La Cour de cassation refuse d'atténuer la conception abstraite de l'intérêt de l'enfant retenue par le législateur », *Droit de la famille*, 2009, comm.82

FENOUILLET D.

- « Présentation », « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 7

- « La parentalité en question : l'effet probable d'entraînement », *Petites affiches*, 24 mars 2010 n° 59, p. 18,

- « La parentalité en question : des fondements incertains », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 25

FOSSIER T.

- « Les droits des parents en cas de placement éducatif », *AJ Famille* 2007 p. 60
- « Un droit de la famille centré sur la parentalité », *Informations sociales* 2008/5, n° 149, p. 32-38.

FRELAT-KAHN B.

- « Entre nature et contingence : de la normalité à la normativité », *Le Télémaque* 2/2009 (n° 36), p.47

FULCHIRON H.

- « Les conventions internationales, présentation sommaire » in *L'enfant et les Conventions internationales*, Colloque, PUF, 1996, p. 19 et s. précis. p.24
- « Toute vérité est-elle bonne à dire ? Note à verser au dossier de ratification de l'ordonnance du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation », *Dalloz*, 2008, p. 3035
- « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant » *Gazette du Palais*, 08 décembre 2009 n° 342, p. 15
- L'autorité parentale rénovée, *Deffrénois* 2002, p. 959
- « Adoption sur *Kafala* ne vaut », *Dalloz*, 2007, chronique, p.817
- « Témoins de Jehovahs et intérêt de l'enfant », *JCP G*, 1995, I.3855, p.288, n°14
- « Statut des tiers et/ou statut des «familles» homosexuelles ? », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 17.

GALLANT E.

- « Autorité parentale et convention de New-York Droits de l'enfant », note (Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007), *Rev. crit. DIP* 2007, p. 606

GARNIER J.P.

- « Société vulnérable ou population vulnérable ? Un débat biaisé » Compte rendu thématique, *Espaces et sociétés*, 2007/4 n° 131, p. 172

GAUCHET M.

- « L'enfant du désir », *Le Débat*, 2004/5 n° 132, p. 98
- « L'enfant du désir », *Champ psychosomatique*, 2007/3 n° 47, p. 13

GEBLER L.

- « Fiche pratique : Le nom de famille : schéma procédural », *AJ famille* n° 5/2009, p. 210

GEORGET B.

- « Contestation de paternité », *AJ Famille* 2012 p. 21

GOUTTENOIRE A.

- « Touche pas à ma filiation ! », *Recueil Dalloz* 2007 p. 3052
- « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *CRDF* 5, 2006, pp. 60 et s.
- « La protection de l'enfant par la loi du 4 mars 2002 », *Droit de la famille* 2002, chronique 27.
- « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance A la recherche de nouveaux équilibres », *Recueil Dalloz* 2007, p. 1090
- « Le bien-être de l'enfant dans la Convention internationale des droits de l'enfant », *Informations sociales*, 2010/4 n° 160, pp. 30-33.
- « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ Famille* 2010 p. 12
- *Droit de la famille*, chapitre 232, autorité parentale, 2010
- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 » : *Droit de la famille*, 2002, n°11, 85 chron. n° 24, pp. 4-6.
- « les enfants interdits d'adoption : la Cour de cassation refuse le recours au droit fondamentaux », *JCP G*2009, II, n° 10072
- « La Convention internationale des droits de l'enfant a enfin trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation ! », *Droit de la famille*, juillet-août 2005, p. 26
- *Mineurs, Répertoire de procédure civile*, juin 2010

GOUTTENOIRE A. et BONFILS Ph.

- Droit des mineurs, *Recueil Dalloz* 2012 p. 2267
- Droits de l'enfant, *Recueil Dalloz* 2010 p. 1904
- Droit de l'enfant, *Recueil Dalloz* 2009, p.1920

GRANET- LAMBRECHTS F.

- « La filiation par ordonnance: présentation générale de la réforme », *Recherches familiales*, 2010/1 n° 7, p. 7-16.
- Droit de la filiation, *Recueil Dalloz* 2007 p. 1460
- *Recueil Dalloz* 2008, p. 1371

- Droit de la filiation, *Recueil Dalloz* 2011 p. 1585

GREVOT A.

- « Ce que l'on appelle protection de l'enfance » Une mise en perspective internationale, *Les Cahiers Dynamiques*, 2010/4 n° 49, p. 62

GREVOT A., Carl LACHARITE.

« Familles et dispositifs de protection de l'enfance, des relations marquées par les contextes nationaux : mise en perspective France-Québec » in *Santé, Société et Solidarité*, n°1, 2009, p. 111

GUY R.

- « L'autorité parentale sous contrôle ? », *Enfances & Psy*, 2003/2 n° 22, p. 26

HAUSER J.

- « Accouchement sous X et rétractation : de mieux en mieux... », *RTD Civ.* 2004 p. 496

- « Rapport de synthèse », *Petites affiches*, 08 octobre 1997 n° 121, p. 38

- « La référence à 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

- « L'enfant supranational : Mythe ou réalité ? », *Petites affiches*, 03 mai 1995 n° 53, P. 36

- « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », *RTD Civ.* 2004 p. 75

- « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD Civ.* 2008 p. 93

- « Le temps et la filiation (6) : la *Kafala* et l'intérêt de l'enfant », *RTD Civ.* 2009, p. 308

HIGY C.

- « Panorama de droit comparé sur le nom du conjoint », *AJ famille* n° 5/2009, p. 195

HILTENBRAND J.P et AMIEL G.

- « Interview sur le Droit de la famille avec Monsieur le Professeur Pierre MURAT » *Juriste de droit de la famille. Université Grenoble II, La revue lacanienne*, 2010/3 n° 8, p.50

ISOLA A.

- « La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », in *L'enfant et les conventions internationales*, Jacqueline RUBELLIN- DEVICHI et Franck RAINER, Pul, 1996, pp.84 et s.

JUSTON M.

- « La pratique de la médiation dans le contentieux familial du TGI de Tarascon : un changement de culture », *Gazette du Palais*, 31 août 2010 n° 243, p.9

- « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gazette du Palais*, 12 août 2006 n° 224, p. 2

KAUFFMAN O.

- « le droit social comparé », *Electronic Journal of ComparativeLaw*, Vol.8, mars 2004, p.5

KHAÏAT L.

- « Filiation : l'inscription essentielle », *Association française des psychiatres d'exercice privé, Psychiatries A.* 2001, n° 135-36, pp. 25-32

KOUDÉ R.K

- « Les droits de l'Homme : De l'intuition universaliste à l'universalité récusée », *RDTH*, n°68, 2006, p. 918.

LABRUSSE-RIOU C.

- « Couple et filiation : un lien chaotique » Un déplacement du droit, *Informations sociales*, 2006/3 n° 131, p. 64-69.

LACROIX X.

- « Qu'est ce qui fait la famille aujourd'hui ? », Les conférences d'ouverture du 60ème anniversaire de l'UNAF sur le thème "Qu'est-ce qui fait Familles aujourd'hui" ? 2005, p. 2

LAFORE R.

- « Les mutations institutionnelles de la protection de l'enfance : sens et portée », *Les Cahiers Dynamiques*, 2010/4 n° 49, p. 21

LAGARDE P.

- « La convention de la CIEC sur la reconnaissance des noms », *AJ famille* n° 5/2009, p. 213.

LAMBERT P.

- « La définition de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002* organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (UMR. CNRS. 5415), Faculté de droit de l'Université Montpellier I, SUDRE Frédéric (dir.), Némésis, Bruylant, Coll. Droit et Justice, 2002, Bruxelles

LAMBOY B.

- « Soutenir la parentalité : pourquoi et comment ? » Différentes approches pour un même concept, *Devenir*, 2009/1 Vol. 21, p.37

LASBATS M.

- « Résidence alternée et besoins de l'enfant : l'opinion des psychologues », *AJ famille*, 2005, p. 140

LEBERTON 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, p.79

LEGRAND V.

- « La naissance de l'enfant dans l'histoire des idées politiques », *CRDF*, n° 5, 2006, p.13

LEVENEUR L.

- « Dans les familles recomposées », *Petites affiches*, 24 février 2010 n° 39, p. 11

MALAURIE Ph. et FULCHIRON H.

- « Evolution du droit français de la famille », *Defrénois*, 15 juillet 2009 n° 13, p. 1347

MALLET-BRICOUT B.

- « Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position » : *D.* 2006, Tribune, p. 1177

MANN C.

- « L'enfance est-elle possible en Afghanistan ? », *Enfances & Psy* 3/2008 (n° 40), p. 165-174.

MARIE C.

- « Le nom de l'enfant », *AJ famille* n° 5/2009, p.199

MASSIP J.

- Répertoire Defrénois 2005, p.1418

MOUMMI S.,

- « Rapport sur l'influence des Conventions internationales sur le droit interne de l'environnement » in *Actes de Réunion constitutive du comité sur l'environnement de l'AHJUCAF* Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de l'OHADA Porto-Novo (Bénin)

MOISDON-CHATAIGNER S.

- « L'avenir d'un enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels », *Revue de droit sanitaire et social*, 2011 p. 329

MOREL M.F.

- « L'amour maternel : aspects historiques », *Spirale*, 2001/2 n°18, p. 30

MOSLER H.

- « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », *Recueil des cours* Vol. 091 (1957), p. 635

MURAT P.

- « L'évolution du droit de l'adoption en Europe », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, 2004, Bruylant, pp. 119 et s., spéc. pp. 125 et s.

- « Le refus de se prêter à une expertise biologique et la preuve de la réunion de fait », *Droit de la famille*, mars 2004 p 20 ; *RTD Civ* 2004, p.494

- La portée de l'expertise biologique de droit, *Droit de la famille*, juin 2004, p. 25

- « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Droit de la famille*, juin 2004, note 94, p. 9.

- « L'homologation des accords parentaux à propos de la résidence de l'enfant : le fond et la forme », *Droit de la famille*, p.210

- « le refus de la transformation en adoption », *Droit de la famille*, 2009, étude 8

- « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et être élevé par eux en doit positif », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p.17

MURAT P. et Garé T.

- « L'expertise biologique peut servir à démontrer la recevabilité d'une action en recherche de paternité naturelle », *Revue juridique personnes et famille*, 2004, p. 23

NEIRINCK C.

- « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ? », *Revue de droit sanitaire et social* 2002 p. 189

NEIRINCK C. et MARTIN P.

- « Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt Lejeune » ; *JCP* 1. 1993, I. 3677 ;

- « L'application de la Convention internationale de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence », *RTD san. et soc.* 2005, spéc. p. 818.

NEIRINCK C.

- « Désaveu et contestation de paternité », Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation (dir. L. KHAÏAT), coll. IRCID-CNRS, 9-11 fév. 1995, Erès, 1995, coll. Actes « De la nécessité de prôner la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'élaboration des lois » in *Les droits de l'enfant 20ans après, l'intérêt supérieur de l'enfant face au politique*, Colloque, 18 novembre 2009, p.53

NIBOYET F.

- « Le nom de famille et les couples binationaux », *AJ famille* n° 5/2009, p. 211

OTTENHOF R.

- « Aspects actuels de la minorité pénale », *Archives de politique criminelle*, 2008/1 n° 30, p. 37-44.

PANNIKAR R.

- « La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental » *Diogène*, n°120, UNESCO, Paris, octobre-décembre1982, p. 87-115

PETIT L.

- « Désir d'enfant », *Spirale*, 2004/4 no 32, p. 24

PICHARD M.

- « L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode », *Petites affiches*, 07 octobre 2010 n° 200, p. 7

PIOLI D.

- « Le soutien à la parentalité : entre émancipation et contrôle », *Sociétés et jeunesses en difficulté* [En ligne], n°1 | printemps 2006, mis en ligne le 23 octobre 2006. URL : <http://sejed.revues.org/index106.html>, paragraphe. 24, 07 octobre 2010 n° 200, p. 7

PLAZY J.M.

- « Droit de l'enfant et incapacité juridique de l'enfant, entre droit international et législation national », *Informations sociales*, 2007/4 n° 140, p. 29

POILLOT PERRUZZETO S.

- « Les droits de l'enfant dans l'ordre communautaire », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, pp.31 et s.

REVEL J.

- « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *Le Dalloz*, 29 juin 2006, n° 25, p. 1707-1710

RONDEAU-RIVIER M.C

- « La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors-jeu », *D.* 1993, chronique p.203

RONGE J.L

- « Une absence volontaire de protection : les mineurs isolés étrangers victimes de maltraitance institutionnelle », *JDJ* n° 311, janvier 2012, p. 19-24

ROUSSEL L

« L'enfant dans la famille incertaine », in *Les droits de l'enfant : quelle protection demain ?* : Actes du colloque organisé par la Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence les 8 et 9 novembre 90 à Lyon, JACOB A. (dir.), Lierre et Coudrier, Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence, 1991, Paris, Lyon

ROUYE V.

- « Coparentalité : un mythe pour quelles réalités ? », *Empan*, 2008/4 n° 72, p. 99

RUBELLIN-DEVICHI J.

- « La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP G* 1. 1993, I. 3688 ;

SALAS D.

- « Ce que nous appelons punir », *Études*, 2011/3 Tome 414, p. 319-330

SALVAGE-GEREST P.

- « Un autre regard sur l'affaire "Benjamin" », *Recueil Dalloz* 2007 p. 879

SCHAUDER C.

- « Souffrances psychiques liées à la séparation conjugale, droit à l'enfant et postmodernité », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2009/4 n° 78, p.16

SCHWARTZ R.

- « La jurisprudence du Conseil d'État et les droits de l'enfant », 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. 37

SELLENET C.

- « L'art d'accommoder les parents » Dans la loi de 2007, *Les Cahiers Dynamiques*, 2010/4 n° 49, p. 88

- « Familles et enfants sous haute surveillance », *Le Journal des psychologues*, 2007/7 n° 250, p. 70

SOETARD M.

- « Jean- Jacques Rousseau » (1712-1778), *Perspectives revue trimestrielle d'éducation comparée*, vol. XXIV, n° 3/4, 1994 (91/92), p. 443-456: publiée au site de l'UNESCO, Bureau international d'éducation (document pdf), p.1

SUDRE F.

« La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux » in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, paris, Dalloz, 2007, pp. 33-52.

SULTAN C. et EGLIN M.

- « Droit pénal des mineurs français » Vers la fin d'une justice spécialisée ?, *Enfances & Psy*, 2008/3 n° 40, p. 91

TAXIL B.

Méthodes d'intégration du droit international en droits internes in *Internationalisation du droit , internalisation de la justice* , 3^{ème} Congrès de l' Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), 21 et 23 juin 2010

THEVENON O.

- « Indicateurs comparés du bien-être des enfants dans les pays de l'OCDE », *Informations sociales*, 2010/4 n° 160, p. 21

TIGROUDJA H.

- « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA*, 2003- 1, p. 156

TULKENS. F.

- « La Convention européenne des droits de l'Homme et les droits des enfants », *Journal du Droit des Jeunes*, n°272, février 2008, p.5.

VALLANCON F.

- « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Civitas*, n°8, mars 2003, p. 2

VASSALLO B.

« 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

VERDIER P.

- « Le nouveau droit de la filiation » in *Journal des droits des jeunes*, n° 247, septembre 2005, pp. 25-30

- « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », *Enfance et Psy*, 2009, n° 43, p.86

VERHOEVEN J.

- « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980-2, p. 243.

YOUF D.

- « Enfance victime, enfance coupable » Les métamorphoses de la protection de l'enfance, *Le Débat*, 2004/5 n° 132, p. 214

Droit marocain :

AGENOR P.R. et EI AYNAOUI K.

- « Politiques du marché du travail et chômage au Maroc : une analyse quantitative », *Revue d'économie du développement* 1/2005 (Vol. 19), pp. 5 et s.

BA MOHAMMED N.

- « La réforme constitutionnelle marocaine dans la durée », *Revue marocaine d'Administration Locale et de Développement*, Collection Manuels et Travaux universitaires', n° 27, 2001, p. 54.

BENABDALLAH M.A

- « Les traités en droit marocain », *REMALD*, n° 94, septembre-octobre 2010, p. 13

BENALI D.

- « Etat de reproduction sociale au Maroc : le cas du secteur public », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, Vol. 26, 1987, p.120

BREJON DE LAVARGNEE. N.

- Équipements collectifs et système scolaire au Maroc *in Tiers-Monde*, 1991, tome 32 n°125, pp.137-142

BONO I.

- « Pauvreté, exception, participation. Mobilisations et démobilités dans le cadre de l'INDH au Maroc » *in L'Etat face aux « débordements » du social au Maghreb par Myriam CATUSSE, Blandine DESTREMAU et Eric VERDIER* Karthala, Paris, pp. 229 et s.

BOTIVEAU B.

- « Le droit islamique comme ensemble de normes et de valeurs, comme savoir et techniques, comme modes de réalisation d'une exigence sociale de justice » in *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.197

BOUGROUM M. et IBOURK A., LÖWENTHAL P.

- « La politique d'alphabétisation au Maroc : quel rôle pour le secteur associatif ? », *Mondes en développement*, 2006/2 n°134, p. 64

BOUHARROU A.

- « Le droit pénal du travail et de la sécurité sociale : Les infractions à la législation sociale et leurs sanctions », *Friedrich Ebert Stiftung*, 2012, pp.56-58

BOUMEDIENNE M.

- « Le régime constitutionnel marocain », *Revue du droit public*, n° 6, 2003, p. 1745

BOURQUIA R.

- « Les aspects sociologiques dans le Code de la famille, in *Code de la famille : nouveautés et dimensions*, Actes du colloque organisé par l'Université Moulay Ismail, Meknès, publications de l'UMI, Série : Tribune de l'Université n° 5-2004

CATUSSE M

- « Le « social » : une affaire d'Etat dans le Maroc de Mohammed VI », *Confluences Méditerranée*, 2011/3 n° 78, p. 66

CHERKAOUI A.

- « L'évolution du droit marocain à travers la législation », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, n° 10, Rabat, 1981, p. 171.

CLEMENT J.F.

- « Les effets sociaux du programme d'ajustement structurel marocain » in *Politique étrangère* n°4 - 1995 - 60e année, p. 1006

DEPREZ J.

- « Pérennité de l'Islam dans l'ordre juridique au Maghreb » in *Islam et politique au Maghreb*, ouvrage collectif publié par le C.N.R.S., Paris, 1979, p. 316

DOUFAR N.

- « Les nouveautés du dahir sur l'état civil du 3 octobre 2002 », Les journées thématiques sur le Code de la famille, édition *Dar es-Salaam*, 2004 (article en arabe), p. 128

EL HARRAS M.

- « Les mutations de la famille au Maroc » in *50 ans de développement humain au Maroc*, Alakhawayn University, 2005

ELMADMAD KH.

- « Le Maroc et la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille », Note d'analyse et de synthèse- module juridique, *CARIM-AS* 2009/11, RSCAC, p.6

GRANGUILLAUM G.

- « L'arabisation au Maghreb », *revue d'Aménagement linguistique, Aménagement linguistique au Maghreb*, Office Québécois de la langue française, n°107, hiver 2004, p. 23

FIERENS J.

- « La dignité humaine comme concept juridique », in *Fondations et naissances des droits de l'Homme, l'odyssée des droits de l'homme*, textes réunis par Jérôme FERRAND et Hugues PETIT, L'Harmattan, 2003, p. 171.

HENRICOT C.

- « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », *Etudes et Essais du Centre Jacques Berque*, n° 3, Rabat, 2011, p. 15

KHADDURI M.

- « Le droit islamique dans la culture, la structure du style de vie islamique in *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.

KHIDANI A.

- « Les unités de protection de l'enfance au Maroc, Défis et perspectives » in *Quelles perspectives pour les unités de protection de l'enfance au Maroc ?* Colloque, Tanger 14 janvier 2011 (accès web : www.initiativesenprotectiondelenfance.org 2012)

LAHLOU M.

- « Le travail des enfants au Maroc. Cadre Macroéconomique, social et données de base », *INSEA*, Rabat, p. 5

LAMARKBI N.et LAFAY DE MICHEAUX E.

- « L'ouverture de l'éducation primaire rurale aux ONG. » Les enseignements du Maroc contemporain, *Mondes en développement*, 2006/2 n° 134, p. 83

MESSAOUDI L.

- « Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 47 N°1, Janvier-mars 1995. pp. 146-154

NACIRI KH.

- « Le droit constitutionnel marocain ou la maturation progressive d'un système évolutif », *Centre d'étude des droits du Monde arabe*, p. 7

PAPI S.

- « Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée », *L'Année du Maghreb* [En ligne], I | 2004, mis en ligne le 08 juillet 2010, consulté le 26 juin 2012. URL : <http://anneemaghreb.revues.org/331>, 2004, CNRS édition, p. 443

PASCON P. et BOUDERBALA N.

- « Le droit et le fait dans la société composite : Essai d'introduction au système juridique marocain », *Bulletin économique et social du Maroc* n°131, 1970, pp. 1 et s.

SEDDIKI D.

- « L'islam: une concertation continuelle » in *Procréation et droits de l'enfant*, Bruylant, 2004, pp. 272-273

SGHIR JANJAR M.

- « Droits civils et politiques : État des lieux et perspectives d'avenir in Développement démocratique et action associative au Maroc », *Droits et Démocratie*, Montréal (Québec) Canada, 2004, p. 15

TERRAB M.

- « Le dispositif juridique marocain et sa relation avec la qualification et la formation des magistrats » in *Être juge au Maroc et en Espagne*, Cidob, p.47- 49

Jurisprudence

Jurisprudence française :

Conseil d'Etat

- CE section du 23 avril 1997, requête n° 163043,
- CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*,
- CE, 31 octobre 2008, n° 293785
- CE, 11 avril 2012, requête n°322326,

Conseil constitutionnel

- 91- 290 DC § ,9 mai 1991 sur le Statut de la Corse

Cour de cassation 1^{ère} chambre civile

- Cass. civ. 1^{er}, du 17 avril 1953 (l'arrêt Rivière)
- Cass. civ. 1^{ère} 7 avril 1965, JCP 1965, II, 14270
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1977, Ballesteros, arrêt n°386 cité dans la référence précédente.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, D 2, 1991, 521
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993 : n° 91-11.310
- Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, Bull. I, n°195, p. 135
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, Bull. I, n°2, p 1 : la disposition invoquée dans cet arrêt était l'article 12 de la CIDE
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, *Mazurek c/Richaud*, JCP, éd. G., p.113
- Cass. civ. 1^{ère}, 18 novembre 1997, n° 95-20.777
- Cass. civ. 1^{ère} 23 février 1999, n° 97-15.098, et 97-20.514 : Bull. civ. 1999, I, n° 66
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. n° 103
- Cass. civ. 1^{er}, 30 mai 2000,
- Cass. civ. 1^{er}, 8 janvier 2002

- Cass. civ. 1^{er}, 17 septembre 2003, pourvoi n° 01-03.408
- Cass. civ. 1^{er}, arrêt du 9 décembre 2003,
- Cass. civ. 1^{er}, 17 février 2004, pourvoi n° 02-10.245
- Cass. civ. 1^{er}, 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16.849
- Cass. civ. 1^{ère} 6 avril 2004, n° 03-19.026
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613
- Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1^{re} Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336 : Bull. civ. I, n°212, p 180 ; GP du 3 au 5 juillet 2005, jurisprudence p.9
- Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, n° 891 FS-P+B+R+I : Juris-Data n° 2005-028424
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° de pourvoi 04-16942 ;
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 juillet 2005, n° de pourvoi 05-10519
- Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, Bull., 2005, I, n° 434, p. 364
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2005, n° 03-15.588,
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, pourvoi n° 05-13.202
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, n° de pourvoi 05-13.627
- Cass. civ. 1^{ère}, 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. civ. 1^{ère}, 04 juillet 2006, pourvoi n°05-14442
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, n° de pourvoi 06-18379
- Cass. Civ. 1^{er}, 10 octobre 2006, pourvoi n°06-15.264
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 05-19.673, Juris-Data, n° 035922
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2007
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 06-17.869
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2008, n° de pourvoi 07-14.301
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2007, pourvoi n°06-13872, Bull. civ. 2007, I, n° 163
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-16.886
- Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, n° de pourvoi 06-12687, Bull 2007, I, n°199

- Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2007, pourvoi n°06-17002
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, pourvoi n° 07-12.116
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n° 06-17.006
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n°07-11273
- Cass. civ., 1^{ère}, 16 avril 2008, n°07-13232.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, Arrêt n° 1214, n° de pourvoi 07-11.552
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, n° de pourvoi 07-19.767
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, n° 08-13.985
- Cass. Civ. 1^{er}, 17 décembre 2008, arrêt n°1285, pourvoi n°07-20.468
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2009, n° 08-11.337, NP
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2009, pourvoi n°08-11.
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009 n° de pourvoi 07-16427
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-20153
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2009, pourvoi n°09-68179
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2010, n° de pourvoi 08-18.871
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.619
- Cass. civ. 1^{ère}, 15 avril 2010, n° de pourvoi 09-14.939
- Cass. civ. 1^{er}, 27 mai 2010
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010 n° de pourvoi 09-66406 ;
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010 n° de pourvoi 08-21161 ;
- Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, n° 09-16.
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 avril 2012, n° 11-20.357
- Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 08-20.475
- Cass. civ. 1^{er}, 28 septembre 2011, n° 10-23.502

- Cass. civ. 2^{ème}, 18 juin 1975, *Yamani*, arrêt n°462
- Cass. civ. 2^{ème} 7 juillet 2005, n° 04-17663.
- Cass. civ. 2^{ème}, 11 juin 2009, n° 08-15571

Cour de cassation chambre criminelle

- Crim. 24 novembre 2010, n° 10-86.347
- Crim. 2 février 2011, n° 10-87.868

Cours d'Appel

- CA Agen, 9 juillet 2008, RG n° 08/010311
- CA d'Agen, 21 février 2008, n° 07 / 00713
- CA Agen, 11 septembre. 2008, RG n° 08/00034.
- CA Aix-en-Provence, 13 avr. 2006, Juris-Data n° 316445.
- CA d'Angers, 26 janv. 2011, n° 10/01339
- CA Bordeaux, 3 octobre 2006, Juris-Data n° 315794
- CA Bordeaux, 2 septembre 2008, RG n ° 08/01199.
- CA Dijon, 30 avril 2003, Juris-Data n° 224187
- CA Douai, 29 janv. 2004,
- CA Douai, 6 juin 2008, préc. ss n° 232.258.
- CA Lyon, 28 novembre 1991
- CA Lyon, 23 mai 2006, Juris-Data n°317920
- CA Lyon, 6 juin 2006, Juris-Data n° 317910.
- CA Lyon, 2 avril 2009, RG n° 07/00552
- CA Metz, 11 janvier 2005
- CA Montpellier, 5 février 2008, RG n° 03/747
- CA Montpellier, 24 juin 2008, n°07/06728
- CA Montpellier, 6 oct. 2009, RG n° 08/04014.

- CA Nîmes, 3 juillet 2002,
- CA Nîmes, 10 août 1993 : Juris-Data 1993-030583.
- CA Paris, 12 juillet 1991, Gaz. Pal. 1992, 2, 522
- CA Paris, 13 octobre 1966,
- CA Paris, 10 novembre 2004,
- CA Paris, arrêt du 25 octobre 2007, n° 06/00507
- CA Paris, 10 janvier 2008, RG n° 06/11349.
- CA Paris, 28 févr. 2008, RG n° 07/01394
- CA Paris, 11 juillet 2008, RG n° 07/15819
- CA Paris, 26 février 2009, n°07/18559
- CA Rennes, 16 mars 1993,
- CA de Rennes, 25 mars 2008 n° 06/06345
- CA Rennes, 4 novembre 2008, RG n° 07/02057,
- CA Rennes, 2 juin 2009, RG n° 08/02690 ;
- CA Rennes, 2 juin 2009, RG n° 08/07653.
- CA Rennes, 30 juin 2009, RG n° 08/06133 ;
- CA Rennes, 19 juin 2008, RG n° 07/00809 ; 1^{er} avril 2008, RG n° 07/02058 ; 12 février 2008, RG n° 07/02057
- CA Rion, 12 novembre 2008, RG n° 08/00291
- CA Rouen, 10 septembre 2009, RG n° 08/05948 ; 18 juin 2009, RG n° 08/02027 ; 26 mars 2009, RG n° 08/00402 ; 5 février 2009, RG n° 07/04815 ; 18 décembre 2008, RG n° 07/03222 ; 11 décembre 2008, RG n° 07/00371
- CA Toulouse, 14 novembre 2006, Juris-Data n° 2006-330021
- CA Toulouse, 15 mai 2007, Juris-Data n° 2007-341320
- CA Toulouse, 1er juin 2007, Juris-Data n° 2007-340465
- CA Versailles, 4 mars 2008, RG n° 07/2580

Tribunal de grande instance :

- TGI Nantes, 18 août 1989, inédit,
- JAF Aix-en-Provence 23 janvier 2003

CEDH

- Burghartz c. Suisse, 22 février 1994
- Palau-Martinez c/ France, 16 décembre 2003, requête n° 64927/01
- Dickson c. Royaume-Uni, 4 décembre 2007, requête n° 44362/04,
- Evans c/Royaume-Uni, 10avril 2007, requête n° 6339/05
- S. H. ET AUTRES c/Autriche, 1^{er} avril 2010, requête ° 57813/00
- Dudgeon c/ Royaume-uni, 22 octobre1981, requête n° 7525/76
- Wagner et J.M.W.L c/ Luxembourg, 28 juin 2007, requête n° 76240/01

Conseil de l'Europe :

- Réclamation n° 14/2003de la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France enregistrée le 3 mars 2003
- Réclamation n° 47/2008 de la *Defence for Children International* c. Pays-Bas enregistrée le 4 février 2008
- Réclamation n° 67/2011 des Médecins du Monde - International c. France enregistrée le 19 avril 2011
- Réclamation n° 69/2011 de la Défense des Enfants International (DEI) c. Belgique enregistrée le 21 juin 2011

Jurisprudence marocaine :

- CA d'Al Jadida du 30 mai 2005, arrêt n° 06-362, dossier n° 15-48-20065
- CA de Fès, 21 décembre 2006, arrêt n° 06-1082, dossier n° 05-258
- CA de Setat, 15 juin 2005, arrêt n°05-453, dossier n° 2-05-723
- CA de Setat, 1^{er} novembre 2006, arrêt n°, 06-827, dossier n° 2-6-1159
- CA de Tanger, 28 septembre 2006, arrêt n° 06-682, dossier n° 06-297

- CA de Tanger, 25 mai 2005, arrêt n° 06-432, dossier n° 7-05-147
- CA de Tétouan, 4 novembre 2004, arrêt n° 2104-2004, dossier n° 200-2003
- CA de Tétouan, 7 mars 2006, arrêt n° 06-63, dossier n° 05-145
- CA de Wejda, 22 mars 2003, arrêt n° 244, dossier n° 05-507
- CA de Wejda, 14 décembre 2005, arrêt n° 879, dossier n° 05-16
- CA de Wejda, 22 mars 2006, arrêt n° 239, dossier 05-52.
- Tribunal de première instance de Kenitra, 30 décembre 2005, dossier n°3352-2005
- Tribunal de première instance de Kenitra, 30 décembre 2005, jugement n°3968, dossier n° 3026-05
- Tribunal de première instance de Kenitra, 14 décembre 2005, jugement n°3608, dossier n° 2669-05
- Tribunal de première instance de Marrakech, 16 mars 2006, dossier n° 05/11648
- Tribunal de première instance de Marrakech, 27 avril 2006, dossier n° 3950
- Tribunal de première instance de Marrakech, 16 mars 2006 (précité)
- Tribunal de première instance de Rachidya, 9 juin 2006, dossier n° 04/02 et 04/13
- Tribunal de première instance de Tétouan, 12 avril 2012, dossier n° 07/11
- Chambre constitutionnelle de la Cour suprême, décision n° 1 du 31 décembre 1963
- C.S.A., 19 mars 1962, Société huilière annexe, Recueil des Arrêts de la Cour suprême, 1961-1965, p. 42.

Notes, observations et conclusions de jurisprudence

ABRAHAM R.

- Conc. sous, CE section du 23 avril 1997, requête n° 163043, *RFDA* 1997. 585
- Conc. sous, CE 22 septembre 1997, *RFDA*1983-3, p. 563
- Conc. sous, CE GISTI 1997, *RFDA.*, p.17

ARDEFF I.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, n° 09-16.968, *AJ famille* 2011, p. 107

AVENA-ROBARDET V.

- Note sous, CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339, *AJ famille* 2011, édito 63

BICHERON F.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2004, n° 03-19.026, *AJ Famille* 2004 p. 241

BOSSE-PLATIERE H.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, pourvoi n° 05-13.202 *JCP* 2006. I. 199, n°13

BRIAND L.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, n° 10-23.502, *AJ famille* 2011, p. 546

CHENEDE F.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, n° de pourvoi 07-19.767, *AJ Famille* 2009 p. 31
- Obs. sous C.A d'Angers, 26 janv. 2011, n° 10/01339, *AJ famille* 2011, p.156
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 08-20.475, *AJ famille* 2011. 376
- Note sous Civ. 1^{ère}, 9 janv. 200, *AJ famille* 2007, p. 141
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006 *AJ Famille* 2006, p. 249

CHEUVAUX D. et GIRARDOT T.X

- Chro. sous CE section du 23 avril 1997, requête n° 163043, *AJDA* 1997. 435

COURDIER-CUISINIER A.S. EGEA V.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336, D 2005, jurisprudence p.1909

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Recueil Dalloz IR* 1993 (abrégé), 153 et *Recueil Dalloz Som. Com.* 1994 (abrégé), 34

DOUCHY-LOUDOT M.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, n° 10-23.502, *D.* 2012, p. 1033

EGEA V.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336, D 2005, jurisprudence p.1909

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2010, n° de pourvoi 08-18.87, *Dalloz actualité* du 26 janvier 2010

EUDIER F.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, pourvoi n° 05-13.202, *RJPF* 2006-6/27

GALLANT E.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 606

GALLMEISTER I.

- Note sous, C.A d'Angers, 26 janv. 2011, n° 10/01339, *D.* 2011, p.1053

- Note sous, CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339 *D.* 2011. 442

GARE T.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. n° 103 *Dalloz*, 2000-10-12, n° 35, p. 731

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-16.059, *JCP* 2000, II, 10410

- Note sous, CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339, *D.* 2011. 1053

GOUTTENOIRE A.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2009, », *JCP G*2009, II, n° 10072

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613, *Droit de la famille* 2005, comm. 15

- Note sous CEDH, 16 décembre 2003, requête n° 64927/01, Palau-Martinez c/ France, *JCP* 2004, II, 10122, *GACEDH* 2007, p. 520
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, n° 891 FS-P+B+R+I : *Juris-Data* n° 2005-028424 *Droit de la famille* 2005, comm. 156
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1999, n° 97-15.098, et 97-20.514 *Droit de la famille* 1999, comm. 146
- Note sous, CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339, *JCP* 2011. 298

GRANETLAMBRECHTS F.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336, *JCP G* 2005, II, 10081
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-20153, *Dalloz* 2010, p. 1442
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, n° 09-16.968, *D.* 2011, p. 161; *ibid.* 1585
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.619, *D.* 2010. 892, et 1442

HAUSER J.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, n° de pourvoi 07-19.767, *RTDciv* 2009, p.112,
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, n° de pourvoi 05-11285 et 05-11286 *RTD civ.* 2006, p. 292
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613, *RTDciv* 2005, p. 585
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2010, n° de pourvoi 08-18.871 *RTD civ* 2007, p. 307
- Notes sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 06-17.869, *RTD civ.* 2007. 330
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, n° 09-16.968 *RTD civ.* 2011. 114
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 08-20.475, *RTD civ.* 2011. 524
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, n° 10-23.502, *RTD civ.* 2011. 757
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2004, n° 03-19.026, *RTD Civ.* 2004 p. 496
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, *RTD civ.* 2006 p. 292,

JOURDAIN-FORTIER J.

- Note sous Cass.Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n°98-16.059, *Droit de la famille*, juillet-août 2003, n° 23, p. 17

LAGARDE P.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Recueil Dalloz RCDIP* 1993, p. 449

LAMARCHE M.

- Obs. sous, CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339, *Droit de la famille* 2011, Focus 17

LAMBERT L.

- Note sous CEDH, Dickson c. Royaume-Uni, GC, 4 décembre 2007, requête n° 44362/04, § 78, *RLDC*, 2007/38, n°2548

MARGUENAUD

- Obs. sous CEDH Evans c/Royaume-Uni, GC, 10 avril 2007, n° 6339/05, *RTD civ.* 2007, p.295

- Obs. sous CEDH, Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, *D.* 1995, p.5

MASSIP J.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1^{re} Civ., 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336, *Répertoire Defrénois* 2005, jurisprudence 38230, p. 1418

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 novembre 1997, n° 95-20.777, *Defrénois* 1998. 722,

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Recueil Dalloz Jur.* 1993 (dispositif), 361

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° de pourvoi : 04-16.942

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 *Defrénois* 2005, p. 1418 et 1493

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. n° 103, *Defrénois*, 2000-06-30, n° 12, p. 769

MALLET-BRICOUT B.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, *D.* 2006, Tribune, p. 1177

MILLEVILLE S.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.619, *AJ famille* 2010, p. 239,

MOISDON-CHATAIGNER S.

- Note sous, C.A d'Angers, 26 janv. 2011, n° 10/01339, *Revue de droit sanitaire et social* 2011, p. 329

MURAT P.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, Arrêt n° 1214, n° de pourvoi 07-11.552, *Droit de la famille* 2009, comm.n°27
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, n° de pourvoi 07-19.767, *Droit de la famille* 2008, n°31
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, n° de pourvoi 05-11285 et 05-11286, *Droit de la famille* 2006, n° 124
- Comm. sous JAF Aix-en-Provence 23 janvier 2003, *Droit de la famille*, 2003, 60
- Comm. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, pourvoi n° 07-12.116, *Droit de la famille*, 2007, 203
- Comm. sous Comm. Sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-16.886, *Droit de la famille*, 2007, 143
- Comm. sous CA Paris, 10 novembre 2004, *Droit de la famille* 2005, 101
- Comm. sous CA Metz, 11 janvier 2005, *Droit de la famille* 2005, comm. 101
- Comm. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2005, n° 03-15.588, *Droit de la famille* 2006, n° 26
- Comm. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, n° de pourvoi 06-18379, *Droit de la famille*, 2007, 192
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, *Droit de la Famille* 2006, 124
- Comm. sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 novembre 1997, n° 95-20.777, *Droit de la famille* 1998. 20

NEIRINCK C.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613, *RDSS* 2005, 814
- Comm. sous, CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339 *Droit de la famille* 2011. 37

OLINGA A.D

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Rev. trim. D. H.* 1995 (abrégé), 673,

PETIT C. et CHABERT C.

- Conc. et note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 *JCP G*, 2005, II, 10115, p. 1576
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, Washington, *JCP G*, 2005, II, 10115, p. 1576

PETIT C. et MONSALLIER-SAINTE-MIEU M.C.

- Conc. et note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. n° 103 *JCP* 2000-10-25, n° 43/44

REMY-CORLAY P.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336, *RTDCiv.* 2005, p 750

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° de pourvoi : 04-16.942, *RTDCiv.* 2005, p 750

RENAUD-DUPARC C.

- Obs. sous Cass. Crim. 2 février 2011, n° 10-87.868, *D.* 2011. 752 ; *AJ pénal* 2011. 246

ROMAN D.

- Note sous CEDH, *Evans c/Royaume-Uni*, GC, 10avril 2007, n° 6339/05, *RDSS* 2007/5, p.810

RUBELLIN-DEVICHI J.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006 *JCP G* 2006. I. 199

SALAME G.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° de pourvoi : 04-16.942, GP du 11 au 13 septembre 2005, jurisprudence p.6

SALVAGE-GEREST P.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, *D.* 2007, p. 879

SARCEL D. et BRUNET L.

- Avis et note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, arrêt n°1285, pourvoi n°07-20.468, *Dalloz* 2009, 340

SIFFREIN-BLANC C.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2011, n° 08-20.475. 2011. 1757

REVEL J.

- Chron. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, *D.* 2006, p. 1707

Rapports, Etudes, publications des Cours et des Institutions internationales

Droit marocain :

- Ministère de la Justice, L'examen Périodique Universel (EPU), Rapport National, février 2008
- Ministère de la Santé, « Enquête sur la Population et la Santé Familiale EPSF », Rapport Préliminaire, 2003-2004
- Ministère de la Santé, Réduire la mortalité maternelle au Maroc : Partager l'expérience et soutenir le progrès, 2011
- Ministère de la justice, Réalisation au titre de processus de la réforme globale et profonde du système de la justice : Bilan concis des domaines à priorité, août 2011
- Ministère de la justice, Rapport National pour l'Examen Périodique Universel (E.P.U)
- Ministère d'Education Nationale, « Projet de suivi permanent de l'Education pour tous ; Evaluation du niveau d'acquisition des élèves de la quatrième année fondamentale ; El Maarif Al Jadida, Rabat ,1995.
- Ministère de l'Intérieur, Ministère de l'économie et des finances, Audit des opérations réalisées dans le cadre de l'INDH, Rapport de synthèse, Juin 2010
- Ministère du Développement social de la Famille et de la Solidarité, UPE , Guide à l'usage des professionnelles
- Plan d'Action « Monde digne des Enfants »
- Royaume du Maroc, Projet du 3^{ème} et 4^{ème} rapport périodique gouvernemental du Royaume du Maroc sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant
- Royaume du Maroc, Programme des Nations Unies pour le Développement, Projet d'Appui à la Société Civile en soutien à l'Initiative Nationale de Développement Humain (PASC-INDH), 2009, p.3
- Legal Vice Presidency The World Bank, Maroc Évaluation du Système Juridique et Judiciaire, 2003
- Conseil consultatif des droits de l'homme, « Rapport sur la situation des Droits de l'Homme au Maroc 2003 ». Rabat, 2004
- **CHEDATI B.**, « Les cycles d'enseignement primaire, secondaire collégial et qualifiant. Quelle efficacité ? Quelle équité ? À quels coûts » in Systèmes éducatifs, Savoir, Technologie et Innovation, Rapport, 2005
- **LEMIRINI A.**, « Les droits de l'enfant à travers la réforme du code de la famille », étude et recherches, UNICEF Maroc, 2005

- **BERRADA GOUZI A.**, Comprendre le Travail des Enfants au Maroc : Aspects Economiques, Projet UCW, 2002
- **TOUHAMI A., AJBILOU A., BENKASMI M.**, « Mesures de la qualité de l'emploi au Maroc : Vers la construction d'un indicateur composite », Population Council, 2009
- **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
- Mémoire de l'ONDE présenté à la Commission Consultative Chargée de la Réforme du Code du Statut Personnel, Revue : Les enfants ont des droits, n° double 5-6, juin 2002 (en arabe).
- Espace Associatif, « Droits de l'enfant et action associative au Maroc Eléments d'analyse et axes d'intervention », Save the Children UK publiée avec l'appui de l'UNICEF
- Etude sur les associations marocaines sur le développement : Diagnostic, analyse et perspectives, Rapport III synthèse et recommandations, publications Tanmia.ma
- OCDE, La littératie à l'ère de l'information, Rapport final de l'Enquête internationale sur la littératie des adultes, Canada, 2000
- « Population infantile au Maroc: caractéristiques sociodémographiques et protection de l'enfance. Chapitre 3: La protection juridique et sociale de l'enfance », Publications du Haut-Commissariat au Plan
- Agences, Fonds et Programmes des Nations Unies au Maroc, Bilan commun des Pays, Royaume du Maroc, 2005
- Conseil économique et social, « Emploi des jeunes », Rapport préparé par la Commission Permanente chargée des Affaires de la Formation, de l'Emploi et des Politiques Sectorielles Auto-Saisine n°2/2011, février 2012
- **TAWIL S., CEBRELLE S., ALAMA A.**, « éducation au Maroc: analyse du secteur », UNESCO, 2010
- AIMF, Le fonctionnement de l'état civil dans le monde francophone, octobre 2004
- Enfance Tiers Monde Copyright 2005 « Les enfants : levier pour un développement humain durable Investir dans les enfants», Developed by VEN Brussels
- CRC/C/28/Add.4
- CRC/C/93/Add.3
- CRC/C/RESP/Add.211

Droit français :

- **Conseil d'État**, « Les lois de la bioéthique : cinq ans après » *Étude*, 25 novembre 1999
- Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, rapporteur Madame Brigitte Barèges, 12 novembre 2010 sur le site de la documentation française.
- Rapport 2004 du Défenseur des enfants
- **THERY 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, ministère de la justice, édition Odile Jacob, la documentation française, juin 1998
- **DEKEUXER 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, ministère de la justice, la documentation française, septembre 1999,
- « 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. Sur le site du Sénat.
- **ECLJ**, Observation en tiers intervention dans l'affaire S. H. ET AUTRES c/Autriche, Strasbourg le 31 janvier 2011
- Recommandation du rapport du **Conseil de l'Europe** « *les droits de l'enfant. Une perspective européenne* », éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg ; 1996
- **MURAT B.**, Rapport d'information sur le bénévolat dans le secteur associatif, Sénat commission des affaires culturelles, France, 2005
- **NORGUIN V.**, « La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) dans la jurisprudence des cours d'appel », Etude réalisée par le service de documentation, d'études et du rapport, bureau chargé du suivi du contentieux de la première chambre civile de la Première chambre civile de la Cour de cassation, « L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant » in *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport annuel de la Cour de cassation, 2009
- Cour de cassation, Bulletin d'information, 15 mai 2010
- CRC/C/FRA/4 p.32
- CRC/C/FRA/4 p.34

Sites internet officiels

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2235-t1.asp>

http://www.senat.fr/rap/r97-481/r97-481_mono.html#toc2

<http://www.senat.fr/leg/pjl10-438.html>

<http://www.senat.fr/rap/r99-4302/r99-430219.html>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000484/index.shtml>

<http://www.rtdh.eu>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/004001642/0000.pdf>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//104000585/0000.pdf>

http://www.unicef.org/french/crc/index_30208.html

<http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dacg88e.htm>

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

http://www2.ohchr.org/french/law/regles_beijing.htm

http://www2.ohchr.org/french/law/principes_riyad.htm

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf .

<http://www.defenseurdesenfants.fr/avis.php#Avis du 18 septembre 2009>

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.FRA.CO.4_fr.pdf

<http://www.childsrights.org/html/documents/themes/Aydin%20c.%20Turquie.pdf>

http://www.aidh.org/ONU_GE/Comite_DE/33Sess.htm#8

http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Europ/Conv_de02.htm

http://www.unicef.org/french/rightsite/sowc/pdfs/SOWC%20Spec.%20Ed.%20CRC%20Main%20Report_FR_100109.pdf

http://www.unicef.org/french/why/why_rights.html

http://www.unicef.org/socialpolicy/files/GlobalStudyGuide_French.doc

<http://www.unesco-phil.uni-bremen.de/texte/La%20dignit%E9%20humaine.pdf>

http://www.unesco.org/education/nfsunesco/pdf/JOMTIE_F.PDF

http://www.unicef.org/morocco/french/La_non_scolarisation_au_Maroc.pdf

http://www.indh.gov.ma/fr/programme_2006-2010.asp

<http://parlementdelenfant.org/>

<http://marokko.um.dk>

<http://agora.qc.ca/dossiers/Droit>

Divers (auditions, entretiens, allocutions et presses)

France :

- Audition de Mme **ALLIOT-MARIE M.**, Ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés (*Procès-verbal de la séance du 3 novembre 2009*) par le Présidence M. Alain CLAEYS.

- Audition de Mme **CANTO-SPERBER M.**, philosophe, directrice de l'École normale supérieure, ancienne vice-présidente du CCNE (*Procès-verbal de la séance du 4 mars 2009*) par le Présidence M. Alain Claeys.

- Audition de M. **HURIET C.**, sénateur honoraire, membre du Comité international de bioéthique de l'UNESCO et du Conseil d'administration de l'Agence de la biomédecine (*Procès-verbal de la séance du 20 janvier 2009*) par le Présidence M. Alain CLAEYS.

- Audition de Mme **THERY I** par la Commission des lois du Sénat : rapport d'information n° 110 sur les droits de l'enfant par M. Jacques LARCHE, Sénat, session ordinaire 1996-1997

- **ROSENCZVEIG J.P.**, Président du tribunal pour enfants de Bobigny, in *Libération* du 21 novembre 1989

Maroc :

- Entretien avec Mme **EI MEKKAOUI R.**, professeur de Droit à l'Université Mohammed V « Le Code de la Famille, six ans après », l'Opinion du 9 octobre 2010

- Allocution d'**Ahmed LAHLIMI**, Haut-Commissaire au Plan à l'occasion de la présentation des résultats de L'Enquête Nationale Démographique à passages répétés 2009-2010, diffusée sur le site du Haut-commissariat au plan (www.hcp.ma)

- « L'expertise est la plus grande lacune des juges » Entretien avec **BENNANI M.S.** directeur de l'ISM, L'économiste, édition n° 3817 du 2012/07/02

- Entretien avec **LAHLIMI A.**, « Le PNUD ne compte ni cautionner ni adopter l'indice d'Oxford », Haut-Commissaire au Plan (HCP), fait par El MOUDEN W., Le Matin du 19 septembre 2010

- Intervention de Monsieur **EZZRARI A.**, Observatoire des conditions de vie des ménages, sur le site officiel d'haut-commissariat au plan.

- Journal *Le Matin du Sahara* du 4 août 1979, p. 3

- **AKESBI N.**, « Analyse de la situation économique au Maroc en 2011 », Finance NEW hebdo du 26 Mai 2011
- **BERRADA Y.**, « La Constitution a déjà tracé ses propres limites dogmatiques », interviewé par Réda MOHSINE, Le Soir du 23 juin 2011
- **CHALLOT H.**, « Comment le FMI voit le Maroc en 2011 et 2012 », La Vie économique du 18 avril 2011
- **DUVERGER M.**, « La seconde constitution marocaine », *Le Monde*, 1^{er} septembre 1970
- **EI MOUSSAOUI H.**, « Réforme de la caisse de compensation marocaine : pour une nouvelle approche », Libre Afrique du 16 août 2011
- **A.G.**, « Compensation: Un gouffre abyssal », L'économiste, édition n° 3690 du 2012/01/02
- **NAÏM A.**, « Les magistrats mal formés et peu spécialisés », L'économiste, édition n° 3807 du 2012/06/18,
« Tanger: Nouzha Skalli met en route son plan », L'économiste, édition n° 3076 du 27/07/2009.
- **MDIDECH J.**, « Les étrangers n'ont plus droit à la "Kafala", les associations protestent », La vie économique du 30 septembre 2012.
« La mortalité infantile » Revue Repère médicale n°5, 2006
- **MISK F.**, « La Caisse de compensation coûte 5,5% du PIB », Le courrier de l'Atlas du 6 septembre 2011
- **RAMONET I.**, « Le Maroc indécis », le Monde diplomatique de juillet 2000
- **SLIMANI L.**, « Education : le privé à la rescousse du public », Jeune Afrique, 21 avril 2009
- **SALLON H.**, Mohamed VI offre au Maroc « une révolution tranquille », Le Monde Afrique du 10 mars 2011.

Annexes

- **Annexe 1** : Convention internationale relative aux droits de l'enfant

- **Annexe 2** : Observations finales du Comité des droits de l'enfant aux derniers rapports de la France et du Maroc

Sur le rapport de la France de 2009

Sur le rapport du Maroc de 2003

- **Annexe 3** : Textes de lois et circulaires :

Quelques articles de la Constitution du Maroc de 2011

Circulaire n° 40 S/2 du Ministère de la Justice et des Libertés du 19 septembre 2012

- **Annexe 4** : Les Unités de Protection de l'Enfance au Maroc (UPE) :

UPE, Guide à l'usage des professionnelles (Qu'est-ce que l'UPE ?)

Charte Ethique de l'UPE

Formation « Accompagner l'enfant victime de violence » (Amal Alami)

Programme du séminaire de Tanger 21 et 22 avril 2010 (en arabe)

Exercices pratiques sur les différentes remarques du Comité des droits de l'enfant (en arabe)

Annexe 1

Convention relative aux droits de l'enfant

Adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989

Entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément à l'article 49

Préambule

Les Etats parties à la présente Convention,

Considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, Ayant à l'esprit le fait que les peuples des Nations Unies ont, dans la Charte, proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils ont résolu de favoriser le progrès social et d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

Reconnaissant que 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,

Rappelant que, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont proclamé que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciale,

Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, 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 le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension,

Considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité,

Ayant à l'esprit que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant,

Ayant à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance »,

Rappelant les dispositions de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) et de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé,

Reconnaissant qu'il y a dans tous les pays du monde des enfants qui vivent dans des conditions particulièrement difficiles, et qu'il est nécessaire d'accorder à ces enfants une attention particulière,

Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant,

Reconnaissant l'importance de la coopération internationale pour l'amélioration des conditions de vie des enfants dans tous les pays, en particulier dans les pays en développement,

Sont convenus de ce qui suit :

Première partie

Article premier

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.

Article 2

1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Article 3

1. 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.

2. Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

3. Les Etats parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.

Article 4

Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale.

Article 5

Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

Article 6

1. Les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.

2. Les Etats parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant.

Article 7

1. 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.

2. Les Etats parties veillent 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.

Article 8

1. 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.

2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

Article 9

1. 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. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. 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.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un Etat partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'Etat partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les

membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

Article 10

1. Conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.

2. Un enfant dont les parents résident dans des Etats différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les Etats parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention.

Article 11

1. Les Etats parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger.

2. A cette fin, les Etats parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

Article 12

1. 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.

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Article 13

1. L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires :

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui; ou

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 14

1. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Article 15

1. Les Etats parties reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui.

Article 16

1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Article 17

Les Etats parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale. A cette fin, les Etats parties :

- a) Encouragent les médias à diffuser une information et des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent à l'esprit de l'article 29;
- b) Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales;
- c) Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants;
- d) Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire;
- e) Favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des articles 13 et 18.

Article 18

1. Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.
2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les Etats parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.
3. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants dont les parents travaillent le droit de bénéficier des services et établissements de garde d'enfants pour lesquels ils remplissent les conditions requises.

Article 19

1. Les Etats 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.
2. Ces mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.

Article 20

1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat.
2. Les Etats parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.
3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la *Kafalah* 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 la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique.

Article 21

Les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

- a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires;
- b) Reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé;
- c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale;
- d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables;
- e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents.

Article 22

1. Les Etats parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne, bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits Etats sont parties.

2. A cette fin, les Etats parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les père et mère ou autres membres de la famille de tout enfant réfugié en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accorder, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit.

Article 23

1. Les Etats parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité.

2. Les Etats parties reconnaissent le droit à des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux et encouragent et assurent, dans la mesure des ressources disponibles, l'octroi, sur demande, aux enfants handicapés remplissant les conditions requises et à ceux qui en ont la charge, d'une aide adaptée à l'état de l'enfant et à la situation de ses parents ou de ceux à qui il est confié.

3. Eu égard aux besoins particuliers des enfants handicapés, l'aide fournie conformément au paragraphe 2 du présent article est gratuite chaque fois qu'il est possible, compte tenu des ressources financières de leurs parents ou de ceux à qui l'enfant est confié, et elle est conçue de telle sorte que les enfants handicapés aient effectivement accès à l'éducation, à la formation, aux soins de santé, à la rééducation, à la préparation à l'emploi et aux activités récréatives, et bénéficient de ces services de façon propre à assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel, y compris dans le domaine culturel et spirituel.

4. Dans un esprit de coopération internationale, les Etats parties favorisent l'échange d'informations pertinentes dans le domaine des soins de santé préventifs et du traitement médical, psychologique et fonctionnel des enfants handicapés, y compris par la diffusion d'informations concernant les méthodes de rééducation et les services de formation professionnelle, ainsi que l'accès à ces données, en vue de permettre aux Etats parties d'améliorer leurs capacités et leurs compétences et d'élargir leur expérience dans ces domaines. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 24

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.

2. Les Etats parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour :

a) Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants;

b) Assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires;

c) Lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre de soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel;

d) Assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés;

e) Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information;

f) Développer les soins de santé préventifs, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale.

3. Les Etats parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants.

4. Les Etats parties s'engagent à favoriser et à encourager la coopération internationale en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation du droit reconnu dans le présent article. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 25

Les Etats parties reconnaissent à l'enfant qui a été placé par les autorités compétentes pour recevoir des soins, une protection ou un traitement physique ou mental, le droit à un examen périodique dudit traitement et de toute autre circonstance relative à son placement.

Article 26

1. Les Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale.

2. Les prestations doivent, lorsqu'il y a lieu, être accordées compte tenu des ressources et de la situation de l'enfant et des personnes responsables de son entretien, ainsi que de toute autre considération applicable à la demande de prestation faite par l'enfant ou en son nom.

Article 27

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.

2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.

3. Les Etats parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement.

4. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard, que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger. En particulier, pour tenir compte des cas où la personne qui a une responsabilité financière à l'égard de l'enfant vit dans un Etat autre que celui de l'enfant, les Etats parties favorisent l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tous autres arrangements appropriés.

Article 28

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

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

b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin;

c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés;

d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles;

e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les Etats parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 29

Observation générale sur son application

1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à : a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;

b) 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;

c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne;

d) 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 et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone;

e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'Etat aura prescrites.

Article 30

Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

Article 31

1. Les Etats parties reconnaissent à l'enfant le droit 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.

2. Les Etats parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité.

Article 32

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant 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.

2. Les Etats parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du présent article. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des autres instruments internationaux, les Etats parties, en particulier :

- a) Fixent un âge minimum ou des âges minimums d'admission à l'emploi;
- b) Prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi;
- c) Prévoient des peines ou autres sanctions appropriées pour assurer l'application effective du présent article.

Article 33

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives, pour protéger les enfants contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, tels que les définissent les conventions [13] internationales pertinentes, et pour empêcher que des enfants ne soient utilisés pour la production et le trafic illicites de ces substances.

Article 34

Les Etats parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. A cette fin, les Etats prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

- a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale;
- b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales;
- c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

Article 35

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit.

Article 36

Les Etats parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être.

Article 37

Les Etats parties veillent à ce que :

- a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans;
- b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible;
- c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles;
- d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation [14] de liberté devant un tribunal

ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.

Article 38

1. Les Etats parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants. 2. Les Etats parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités.

3. Les Etats parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Etats parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées.

4. Conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du droit humanitaire international de protéger la population civile en cas de conflit armé, les Etats parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins.

Article 39

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

Article 40

1. Les Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

2. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des instruments internationaux, les Etats parties veillent en particulier :

a) A ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas interdites par le droit national ou international au moment où elles ont été commises;

b) A ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes :

i) Etre présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie;

ii) Etre informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense;

iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux;

iv) Ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable; interroger ou faire interroger les témoins à charge, et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité;

v) S'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétentes, indépendantes et impartiales, conformément à la loi;

vi) Se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée;

vii) Que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.

3. Les Etats parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :

a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale;

b) De prendre des mesures, chaque fois que cela est 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.

4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction.

Article 41

Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer :

- a) Dans la législation d'un Etat partie; ou
- b) Dans le droit international en vigueur pour cet Etat.

Deuxième partie

Article 42

Les Etats parties s'engagent à faire largement connaître les principes et les dispositions de la présente Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants.

Article 43

1. Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les Etats parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.

2. Le Comité se compose de dix-huit experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention.1/ Ses membres sont élus par les Etats parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques.

3. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les Etats parties. Chaque Etat partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants.

4. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les Etats parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le Secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les Etats parties qui les ont désignés, et la communiquera aux Etats parties à la présente Convention.

5. Les élections ont lieu lors des réunions des Etats parties, convoquées par le Secrétaire général au Siège de l'Organisation des Nations Unies. A ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des Etats parties, les candidats élus au Comité sont ceux qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des représentants des Etats parties présents et votants.

6. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le président de la réunion immédiatement après la première élection.

7. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'Etat partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité.

8. Le Comité adopte son règlement intérieur.

9. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans.

10. Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des Etats parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale.

11. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention.

12. Les membres du Comité institué en vertu de la présente Convention reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale, des émoluments prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies dans les conditions et selon les modalités fixées par l'Assemblée générale.

Article 44

1. Les Etats parties s'engagent à soumettre au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits :

- a) Dans les deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les Etats parties intéressés;
- b) Par la suite, tous les cinq ans.

2. Les rapports établis en application du présent article doivent, le cas échéant, indiquer les facteurs et les difficultés empêchant les Etats parties de s'acquitter pleinement des obligations prévues dans la présente Convention. Ils doivent également contenir des renseignements suffisants pour donner au Comité une idée précise de l'application de la Convention dans le pays considéré.

3. Les Etats parties ayant présenté au Comité un rapport initial complet n'ont pas, dans les rapports qu'ils lui présentent ensuite conformément à l'alinéa b du paragraphe 1 du présent article, à répéter les renseignements de base antérieurement communiqués.

4. Le Comité peut demander aux Etats parties tous renseignements complémentaires relatifs à l'application de la Convention.

5. Le Comité soumet tous les deux ans à l'Assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social, un rapport sur ses activités.

6. Les Etats parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays.

Article 45

Pour promouvoir l'application effective de la Convention et encourager la coopération internationale dans le domaine visé par la Convention :

a) Les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'application des dispositions de la présente Convention qui relèvent de leur mandat. Le Comité peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et tous autres organismes qu'il jugera appropriés à donner des avis spécialisés sur l'application de la Convention dans les domaines qui relèvent de leurs mandats respectifs. Il peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies à lui présenter des rapports sur l'application de la Convention dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité;

b) Le Comité transmet, s'il le juge nécessaire, aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents tout rapport des Etats parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance techniques, accompagné, le cas échéant, des observations et suggestions du Comité touchant ladite demande ou indication;

c) Le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant;

d) Le Comité peut faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements reçus en application des articles 44 et 45 de la présente Convention. Ces suggestions et recommandations d'ordre général sont transmises à tout Etat partie intéressé et portées à l'attention de l'Assemblée générale, accompagnées, le cas échéant, des observations des Etats parties.

Troisième partie

Article 46

La présente Convention est ouverte à la signature de tous les Etats.

Article 47

La présente Convention est sujette à ratification. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 48

La présente Convention restera ouverte à l'adhésion de tout Etat. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 49

1. La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des Etats qui ratifieront la présente Convention ou y adhéreront après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra le dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 50

1. Tout Etat partie peut proposer un amendement et en déposer le texte auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général communique alors la proposition d'amendement aux Etats parties, en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à la convocation d'une conférence des Etats parties en vue de l'examen de la proposition et de sa mise aux voix. Si, dans les quatre mois qui suivent la date de cette communication, un tiers au moins des Etats parties se prononcent en faveur de la convocation d'une telle conférence, le Secrétaire général convoque la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté par la majorité des Etats parties présents et votants à la conférence est soumis pour approbation à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

2. Tout amendement adopté conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article entre en vigueur lorsqu'il a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies et accepté par une majorité des deux tiers des Etats parties.

3. Lorsqu'un amendement entre en vigueur, il a force obligatoire pour les Etats parties qui l'ont accepté, les autres Etats parties demeurant liés par les dispositions de la présente Convention et par tous amendements antérieurs acceptés par eux.

Article 51

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies recevra et communiquera à tous les Etats le texte des réserves qui auront été faites par les Etats au moment de la ratification ou de l'adhésion. 2. Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention n'est autorisée.

3. Les réserves peuvent être retirées à tout moment par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, lequel en informe tous les Etats parties à la Convention. La notification prend effet à la date à laquelle elle est reçue par le Secrétaire général.

Article 52

Tout Etat partie peut dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prend effet un an après la date à laquelle la notification a été reçue par le Secrétaire général.

Article 53

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

Article 54

L'original de la présente Convention, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, dûment habilités par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

1/ L'Assemblée générale, dans sa résolution 50/155 du 21 décembre 1995, a approuvé l'amendement qui consiste à remplacer, au paragraphe 2 de l'article 43 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le mot "dix" par le mot "dix-huit". L'amendement est entré en vigueur le 18 novembre 2002 après son acceptation par une majorité des deux tiers des États parties (128 sur 191).

Annexe 2

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT
Cinquante et unième session
EXAMEN DES RAPPORTS SOUMIS PAR LES ÉTATS PARTIES
EN APPLICATION DE L'ARTICLE 44 DE LA CONVENTION
Observations finales du Comité des droits de l'enfant: France

1. Le Comité a examiné les troisième et quatrième rapports périodiques de la France, présentés en un seul document (CRC/C/FRA/4), à ses 1401e et 1402e séances (voir CRC/C/SR.1401 et 1402), le 26 mai 2009, et adopté à sa 1425e séance, le 12 juin 2009, les observations finales ci-après.

A. Introduction

2. Le Comité se félicite de la présentation des troisième et quatrième rapports périodiques de l'État partie, ainsi que des réponses écrites à sa liste de points à traiter (CRC/FRA/Q/4 et Add.1).

Il note également que l'État partie a fourni des informations sur les départements et territoires d'outre-mer, mais regrette toutefois que ces informations soient présentées en annexe et ne suivent pas les directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques (CRC/C/58/Rev.1). Le Comité salue la présence d'une délégation plurisectorielle de haut niveau, avec laquelle il a eu un dialogue ouvert et positif, ce qui lui a permis de mieux appréhender la situation des enfants dans l'État partie.

3. Le Comité rappelle à l'État partie que les présentes observations finales doivent être lues en conjonction avec les observations finales qu'il a adoptées au sujet des rapports initiaux de l'État partie relatifs au Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants et au Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, publiées respectivement sous les cotes CRC/C/OPSC/FRA/CO/1 et CRC/C/OPAC/FRA/CO/1.

B. Mesures de suivi adoptées et progrès accomplis par l'État partie

4. Le Comité prend note avec satisfaction des faits nouveaux liés à la mise en œuvre de la Convention, notamment:

- a) L'adoption de la loi no 2004-439 du 26 mai 2004 portant réforme du divorce, qui a pour objectif de simplifier et d'accélérer les procédures de séparation et, en particulier, de réduire la durée et l'intensité de l'exposition des enfants à ces procédures;
- b) La mise en place, en vertu de la loi no 2004-1486 du 30 décembre 2004, de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE);
- c) L'adoption de la loi no 2005-102 du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées;
- d) L'adoption de la loi no 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption;
- e) L'adoption de l'ordonnance no 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, qui supprime les notions de filiation légitime et naturelle;
- f) L'adoption de la loi no 2006-399 du 4 avril 2006, qui renforce la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs et porte l'âge minimum du mariage pour les filles à 18 ans;
- g) L'adoption de la loi no 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, qui établit l'égalité entre les enfants, quelle que soit leur filiation;
- h) L'adoption de la loi no 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable;
- i) L'adoption de la loi no 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs;
- j) L'adoption de la loi no 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, qui:
 - i) Renforce le droit de l'enfant d'être entendu;
 - ii) Donne la possibilité aux membres de la famille de l'enfant, aux services médicaux et sociaux et aux membres du Parlement de saisir la Défenseure des enfants;
 - iii) Crée des entités chargées de la protection des enfants dans les départements;
- k) La nomination, le 16 janvier 2009, d'un Haut-Commissaire à la jeunesse, chargé de l'élaboration d'une politique cohérente pour les 16-26 ans.

5. Le Comité se félicite en outre que la France soit devenue partie aux conventions internationales suivantes:

- a) La Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, le 23 septembre 2008;
- b) Le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, le 2 octobre 2007.

C. Principaux sujets de préoccupation et recommandations

1. Mesures d'application générales

(art. 4, 42 et 44 (par. 6) de la Convention)

Recommandations antérieures du Comité

6. Le Comité regrette que certaines des préoccupations et recommandations qu'il a formulées lors de l'examen du deuxième rapport périodique de l'État partie n'aient pas été suffisamment prises en compte, notamment celles qui avaient trait aux réserves et déclarations concernant la

Convention, l'incorporation de la notion de l'enfant comme sujet de droits, l'âge minimum de la responsabilité pénale, l'enregistrement des naissances, le regroupement familial, l'adoption internationale, les châtiments corporels, les mineurs non accompagnés et la justice pour mineurs (CRC/C/15/Add.240).

7. Le Comité exhorte l'État partie à faire tout son possible pour donner suite à ces recommandations qui n'ont pas été appliquées ou ont été partiellement ou insuffisamment mises en œuvre, et pour donner dûment suite aux recommandations contenues dans les présentes observations finales dans son prochain rapport périodique. Le Comité engage également l'État partie à intégrer le concept de l'enfant comme sujet de droits dans tous ses projets, politiques et programmes.

Réserves et déclarations

8. Le Comité regrette que l'État partie continue d'invoquer des préoccupations de droit interne concernant la recommandation précédente du Comité de retirer la réserve relative à l'article 30 et les deux déclarations en rapport avec les articles 6 et 40 de la Convention.

9. Le Comité recommande de nouveau à l'État partie de revoir sa position à l'égard des enfants appartenant à des groupes minoritaires et d'envisager de retirer sa réserve à l'article 30 de la Convention, ainsi que les deux déclarations concernant les articles 6 et 40 de la Convention.

Législation

10. Le Comité se félicite de l'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'applicabilité directe de la Convention sur la jurisprudence du Conseil d'État, mais il est préoccupé par le nombre limité de dispositions reconnues comme étant directement applicables.

11. Le Comité recommande à l'État partie de continuer à prendre des mesures pour que la Convention, dans sa totalité, soit directement applicable sur tout le territoire de l'État partie et pour que toutes les dispositions de la Convention puissent être invoquées en tant que base juridique par les individus et être appliquées par les juges à tous les niveaux des procédures administratives et judiciaires.

Coordination

12. Le Comité prend note de plusieurs réformes en ce qui concerne la coordination des actions dans le domaine de la protection de l'enfant, comme le transfert de la délégation interministérielle à la famille de l'ancien Ministère du travail au Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, le renforcement du mandat du président du Conseil général dans chaque département, en tant que pivot de la mise en œuvre de la politique de protection des enfants, et la nomination du Haut-Commissaire à la jeunesse, qui se consacre aux jeunes de 16 à 26 ans. Toutefois, il reste préoccupé par le manque de coordination entre le niveau national et les départements, y compris les départements et territoires d'outre-mer. Le Comité est également préoccupé par l'absence de commission parlementaire chargée des droits de l'enfant.

13. Le Comité réitère sa recommandation précédente, engageant instamment l'État partie à mettre en place un organisme chargé de la coordination globale de la mise en œuvre de la Convention et de ses deux Protocoles facultatifs entre l'échelon national et celui des départements, y compris les départements et territoires d'outre-mer, en vue de limiter et, si possible, d'éliminer toute possibilité de disparité ou de discrimination dans la mise en œuvre de la Convention et de ses deux Protocoles facultatifs, et à veiller à ce que cet organisme de coordination soit doté de ressources humaines et financières suffisantes et d'un mandat clairement défini (CRC/C/15/Add.240, par. 9). Le Comité recommande en outre à l'État partie de créer une commission des droits de l'enfant dans les deux chambres du Parlement.

Stratégie nationale et plan d'action

14. Le Comité se déclare préoccupé par l'absence d'une stratégie nationale globale pour les enfants et d'un plan national pour sa mise en œuvre, qui se fonderaient sur la Convention et seraient approuvés au plus haut échelon de l'État. Le Comité craint que cela ne conduise à ne pas prendre suffisamment en considération les droits de l'enfant lors de l'élaboration des plans annuels, ainsi que lors de la planification et de l'établissement des budgets.

15. Le Comité encourage l'État partie à engager un vaste dialogue avec les forces politiques, les professionnels, la société civile et les enfants, en vue de la formulation d'une stratégie nationale d'ensemble sur les enfants. Cette stratégie devrait comprendre à la fois la garantie des droits universels pour tous les enfants dans des conditions d'égalité ainsi que des mesures de protection spéciale pour les enfants les plus vulnérables, en particulier ceux qui vivent dans les départements et territoires d'outre-mer. Le plan d'action devrait prendre en compte le document final intitulé «Un monde digne des enfants», adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies à sa session extraordinaire sur les enfants en mai

2002 et son examen à mi-parcours en 2007. Le Comité recommande également à l'État partie de veiller à allouer des fonds budgétaires suffisants et de mettre en place des mécanismes de suivi et d'évaluation de la mise en œuvre intégrale du plan d'action, afin de pouvoir évaluer à intervalles réguliers les progrès accomplis et de repérer les éventuelles carences.

Mécanisme indépendant de suivi

16. Le Comité note avec satisfaction que les deux institutions, à savoir la Défenseure des enfants et la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) jouent un rôle important dans le suivi de la mise en œuvre des droits de l'enfant. Le Comité prend note de la diversité des activités de la Défenseure des enfants dans la mise en œuvre de la Convention, y compris son mécanisme de plaintes individuelles, et du rôle consultatif de la CNCDH concernant la législation relative aux droits de l'enfant. Le Comité regrette toutefois que les institutions indépendantes de suivi ne soient pas régulièrement consultées sur les projets de loi.

17. Le Comité recommande à l'État partie de veiller à la promotion du rôle complémentaire des institutions indépendantes de suivi en ce qui concerne la pleine application de la Convention et de continuer à renforcer le rôle de la Défenseure des enfants, en particulier en ce qui concerne le mécanisme de plaintes individuelles, et de lui allouer des ressources financières et humaines suffisantes pour qu'elle puisse s'acquitter efficacement de son mandat. Le Comité encourage l'État partie à consulter régulièrement les deux institutions sur les projets de loi. À cet égard, le Comité appelle l'attention de l'État partie sur son Observation générale no 2 (2002) sur le rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme dans la protection et la promotion des droits de l'enfant.

Allocation de ressources

18. Le Comité note avec satisfaction que les dépenses consacrées aux enfants ont augmenté au cours des dernières années, par exemple dans le domaine de l'éducation. Néanmoins, il relève avec préoccupation que cette augmentation n'est pas suffisante pour éliminer la pauvreté et lutter contre les inégalités, notamment en ce qui concerne le droit au logement et les services de médecine scolaire. Faute d'analyse budgétaire uniforme et d'évaluation de l'impact sur les droits de l'enfant, il est difficile d'évaluer les dépenses allouées aux enfants dans l'ensemble du pays et de savoir si ces dépenses servent effectivement à mettre en œuvre efficacement les politiques et les lois relatives aux enfants. De plus, le Comité partage les préoccupations exprimées par la CNCDH en ce qui concerne les disparités dans la répartition des ressources entre les différents départements, y compris les départements et territoires d'outre-mer.

19. Le Comité recommande à l'État partie, conformément à l'article 4 de la Convention, d'allouer le maximum des ressources disponibles à la mise en œuvre des droits des enfants, en mettant particulièrement l'accent sur l'élimination de la pauvreté et la réduction des inégalités sur l'ensemble du territoire, y compris les départements et territoires d'outre-mer. Dans cette entreprise, l'État partie devrait prendre en compte les recommandations formulées par le Comité à l'issue de la journée de débat général intitulée

«Ressources pour les droits de l'enfant – Responsabilité des États», qui s'est tenue le 21 septembre 2007. Le Comité recommande en outre à l'État partie de mettre en place un suivi budgétaire du point de vue des droits de l'enfant et de procéder régulièrement à une évaluation de l'impact sur les droits de l'enfant afin de vérifier si les allocations budgétaires sont suffisantes et adaptées pour l'élaboration des politiques et la mise en œuvre de la législation.

Collecte de données

20. Le Comité prend note de la création d'un système centralisé de collecte et de suivi des données qui recueille des informations relatives aux enfants à risque, à savoir l'Observatoire national de l'enfance en danger (ONED). Toutefois, il reste préoccupé par le processus de collecte de données provenant de secteurs différents et se demande si les différentes sources utilisent une méthode uniforme d'évaluation et de description des données. Le Comité est également préoccupé par les conditions dans lesquelles les entités qui fournissent ou traitent les données peuvent accéder aux informations recueillies, et en particulier par l'absence de politique générale relative à l'utilisation des données à caractère personnel.

21. Le Comité recommande l'établissement d'un système national harmonisé permettant de recueillir et d'analyser des données ventilées sur tous les domaines couverts par la

Convention et ses deux Protocoles facultatifs, afin d'évaluer les progrès accomplis dans la réalisation des droits de l'enfant, de contribuer à l'élaboration de politiques globales et complètes en faveur des enfants et de leur famille et de faciliter la promotion et la mise en œuvre de la Convention et de ses deux Protocoles facultatifs. Le Comité recommande en outre à l'État partie de ne saisir dans les bases de données que des renseignements personnels anonymes et de légiférer sur l'utilisation des données collectées en vue de prévenir une utilisation abusive des informations.

Diffusion de la Convention, formation et sensibilisation

22. Le Comité salue les mesures prises récemment par l'État partie pour mettre en place une formation obligatoire des professionnels travaillant avec ou pour les enfants sur les principes et dispositions de la Convention, l'accent étant mis en particulier sur les enfants à risque. Il note également que les programmes

scolaires contiennent des modules d'instruction civique, qui portent notamment sur les droits de l'homme. Néanmoins, le Comité constate avec préoccupation qu'enfants comme adultes connaissent mal la Convention.

23. Le Comité recommande à l'État partie de redoubler d'efforts pour que toutes les dispositions de la Convention et ses deux Protocoles facultatifs soient bien connues et comprises par les adultes comme par les enfants sur l'ensemble du territoire.

Coopération avec la société civile

24. Le Comité salue les efforts entrepris par l'État partie pour nouer des relations entre le Gouvernement et la société civile, y compris les organisations non gouvernementales (ONG), mais il note avec préoccupation que la coopération avec les ONG en ce qui concerne l'élaboration du rapport et la mise en œuvre de la Convention reste insuffisante.

25. Le Comité recommande à l'État partie de coopérer de manière active et systématique avec la société civile, y compris les ONG et les associations d'enfants, à la promotion et à la mise en œuvre des droits de l'enfant, notamment en les associant à l'élaboration des politiques et des projets de coopération, ainsi qu'au suivi des observations finales du Comité et à l'élaboration du prochain rapport périodique. Le Comité encourage l'État partie à appuyer la société civile au niveau local et à respecter son indépendance.

Coopération internationale

26. Le Comité prend note avec satisfaction de la contribution de l'État partie à différentes activités liées aux droits de l'enfant dans le domaine de la coopération internationale et bilatérale.

27. Le Comité encourage l'État partie à continuer de renforcer ses activités dans le domaine de la coopération internationale, notamment en s'efforçant de porter à 0,7 % du revenu national brut (RNB) son aide publique au développement, conformément à l'objectif fixé par l'Organisation des Nations Unies. Le Comité encourage l'État partie à tenir dûment compte, dans le cadre de sa coopération bilatérale avec d'autres États parties à la Convention et à ses deux Protocoles facultatifs, des observations finales et des recommandations formulées par le Comité concernant ces États. À cet égard, le Comité invite l'État partie à tenir compte des recommandations qu'il a formulées en 2007, à l'issue de la journée de débat général organisée sur le thème «Ressources pour les droits de l'enfant – Responsabilité des États».

2. Principes généraux (art. 2, 3, 6 et 12 de la Convention)

Non-discrimination

28. Le Comité salue la création, en vertu de la loi no 2004-1486, de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE), qui est habilitée à recevoir des plaintes individuelles et à agir de sa propre initiative pour remédier aux problèmes de discrimination fondée sur l'origine nationale, le handicap, la santé, l'âge, le sexe, la situation de famille et le statut matrimonial, l'activité syndicale, l'orientation sexuelle, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, et les caractéristiques génétiques. Il prend également note avec satisfaction des mesures prises par l'État partie pour établir l'égalité entre les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance, par l'adoption de l'ordonnance n° 2005-759 supprimant les notions de filiation légitime et naturelle et de la loi no 2006-728 portant réforme des successions et des libéralités, établissant l'égalité, quelle que soit la filiation de l'enfant. Il prend également note de la suppression de la discrimination dont étaient victimes les enfants non français et les familles nombreuses en ce qui concerne l'octroi de prestations financières, ainsi que de la décision de la Cour de cassation en vertu de laquelle les familles étrangères résidant légalement en France avec leurs enfants ont le droit aux prestations familiales, dont il regrette toutefois qu'elle ne soit pas suffisamment appliquée. Le Comité se félicite également que, dans le territoire d'outre-mer de Mayotte, l'État partie ait interdit la discrimination fondée sur le sexe ou la filiation des enfants en matière de succession.

29. Le Comité recommande à l'État partie à continuer de soutenir le rôle de la HALDE en matière de lutte contre la discrimination et de promotion de l'égalité. Le Comité engage également l'État partie à faire appliquer la décision de la Cour de cassation sur le droit des familles non françaises de bénéficier de prestations familiales.

30. Le Comité se félicite de l'inclusion dans les programmes scolaires d'activités visant à lutter contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, mais se déclare préoccupé par la discrimination persistante, notamment dans le domaine des droits économiques et sociaux, qui va à l'encontre des principes de progrès social, de justice et de non-discrimination, et dont sont en particulier victimes les enfants résidant dans les départements et territoires d'outre-mer, les enfants demandeurs d'asile ou réfugiés, ainsi que les enfants appartenant à des groupes minoritaires comme les Roms, les gens du voyage et les minorités religieuses. Il note en outre avec préoccupation que la nouvelle loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, qui prévoit des tests ADN pour les candidats à l'immigration et des quotas pour les expulsions, peut contribuer à susciter des discriminations à l'encontre des enfants immigrés.

31. Le Comité exhorte l'État partie à garantir une protection complète contre la discrimination dans le domaine des droits économiques et sociaux, sur la base de la race, de l'origine, de la couleur, du nom, de l'origine ethnique ou sociale, du nom ou d'autres motifs. Il demande instamment à l'État partie de poursuivre ses efforts pour éliminer les disparités régionales, de prendre des mesures pour prévenir et

combattre la discrimination persistante dont sont victimes les enfants étrangers et les enfants appartenant à des groupes minoritaires, et de créer un climat de progrès social, de justice et d'égalité. Le Comité invite instamment l'État partie à prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les cas de discrimination contre les enfants dans tous les secteurs de la société donnent lieu à des mesures effectives.

32. Le Comité est également préoccupé par la stigmatisation dont sont victimes, y compris dans les médias et à l'école, certains groupes d'enfants, en particulier les enfants vulnérables et des enfants vivant dans la pauvreté, tels que les Roms et les enfants handicapés, les enfants appartenant à des minorités et les enfants vivant dans les banlieues, ce qui conduit à un climat général d'intolérance et à une attitude négative du public envers ces enfants, en particulier les adolescents, et pourrait souvent être la cause sous-jacente de nouvelles violations de leurs droits.

Le Comité est également préoccupé par l'attitude négative générale de la police à l'égard des enfants, en particulier des adolescents.

33. Le Comité recommande à l'État partie de prendre des mesures pour remédier à l'intolérance et à la stigmatisation dont sont victimes les enfants, en particulier les adolescents, au sein de la société, notamment dans les médias et à l'école, et pour amener la police à adopter une attitude positive et constructive à l'égard des enfants et des adolescents.

34. Le Comité note que le rapport ne donne aucune information sur les mesures et les programmes liés à la Convention qui ont été adoptés par l'État partie pour donner suite à la Déclaration et au Programme d'action adoptés en 2001 lors de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, en tenant compte de l'Observation générale no 1 (2001) sur les buts de l'éducation.

Le Comité prie l'État partie de faire figurer dans son prochain rapport périodique des renseignements précis sur les points indiqués ci-dessus, ainsi que sur les mesures prises pour donner suite à la Conférence d'examen de Durban de 2009.

Intérêt supérieur de l'enfant

35. Le Comité note que, en 2005, la Cour de cassation a aligné sa jurisprudence sur celle du Conseil d'État en reconnaissant l'applicabilité directe du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention. Il prend également note de l'intégration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la législation relative à la garde d'enfants, à la protection de l'enfant, au divorce, à la succession et aux libéralités. Toutefois, le Comité reste préoccupé par la rareté des évaluations portant sur l'impact de certaines mesures et décisions prises par le Gouvernement sur l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que par la persistance de différences, dans la pratique, dans l'application de ce principe. En outre, ce principe est rarement mis en application par les organes législatifs, que ce soit au niveau municipal, au niveau régional ou au niveau national.

36. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) De prendre toutes les mesures appropriées, et en particulier d'adopter des règles de procédure concrètes, pour veiller à ce que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 3 de la Convention, guide de manière adéquate toutes les actions et décisions du Gouvernement en ce qui concerne toutes les dispositions légales ainsi que les décisions judiciaires et administratives et les projets, programmes et services qui ont un impact sur les enfants;**
- b) De veiller à ce que les divergences dans l'application de ce principe restent minimales;**
- c) D'évaluer l'impact sur l'intérêt supérieur de l'enfant des actions et décisions du Gouvernement, ainsi que des actions et décisions de la société civile, afin de renforcer sa propre compréhension – et donc ses directives – de ce qui constitue «l'intérêt supérieur» de l'enfant, ainsi que de former tous les décideurs (juges, fonctionnaires, organes législatifs, etc.).**

Droit à la vie, à la survie et au développement

37. Le Comité se félicite de la création d'un groupe de travail qui a élaboré un nouvel outil d'évaluation pour la prévention des suicides d'enfants en détention, mais il est vivement préoccupé par le décès d'enfants en détention en 2008, ainsi que par la forte incidence des comportements automutilatoires chez ces enfants.

38. Le Comité recommande à l'État partie d'utiliser toutes les ressources disponibles pour protéger le droit de l'enfant à la vie, et notamment de contrôler l'efficacité des mesures de prévention. L'État partie devrait également mettre en place un processus d'examen systématique, indépendant et public de tout décès inattendu ou des blessures graves d'enfants, que ce soit dans le cadre d'une prise en charge de remplacement ou en détention, et utiliser les résultats de cet examen pour améliorer ses mesures de prévention.

Respect des vues de l'enfant

39. Le Comité se félicite des modifications introduites par la loi no 2007-293 du 5 mars 2007, qui reconnaît le droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure concernant l'autorité parentale, la succession, la tutelle et l'adoption. Néanmoins, il se dit une nouvelle fois préoccupé par le fait que, pour pouvoir exercer ce droit, l'enfant doit en faire la demande, ce qui pourrait donner lieu à des discriminations et à des incohérences dans la

pratique. En outre, il se félicite de l'existence d'un Parlement des enfants, mais regrette que ses recommandations soient rarement prises en considération.

40. Le Comité recommande à l'État partie, conformément à l'article 12 de la Convention, et compte tenu des recommandations adoptées par le Comité en 2006 à l'issue de la journée de débat général sur le droit de l'enfant d'être entendu, de veiller à ce que le droit de l'enfant d'être entendu dans toutes les procédures le concernant soit largement connu des parents, des enseignants, des directeurs d'école, de l'administration publique, des magistrats, des enfants eux-mêmes et de la société en général, en vue d'accroître les possibilités de participation effective des enfants, y compris dans les médias. Il demande instamment à l'État partie de prendre dûment en considération les avis et les recommandations du Parlement des enfants dans le cadre de toutes les réformes juridiques qui ont un effet direct sur les enfants et d'encourager les initiatives visant à créer de telles institutions à l'échelon des départements et des municipalités.

3. Libertés et droits civils (art. 7, 8, 13 à 17 et 37 a) de la Convention)

Enregistrement des naissances

Enregistrement des naissances dans les départements et territoires d'outre-mer

41. Le Comité prend note de la promulgation de la loi no 2006-911 du 24 juillet 2006 en ce qui concerne Mayotte, qui dispose que toutes les naissances doivent être enregistrées et encourage le renforcement du processus par la Commission de révision de l'état civil. Le Comité prend acte des difficultés d'accès aux services d'état civil pour les enfants vivant le long des fleuves Maroni et Oyapock en Guyane française.

42. Le Comité recommande à l'État partie de poursuivre ses efforts pour assurer l'enregistrement de tous les enfants qui naissent sur le territoire de l'État partie. Il réitère sa précédente recommandation invitant instamment l'État partie à redoubler d'efforts pour assurer l'enregistrement de tous les enfants de la Guyane française.

Enregistrement national des naissances

43. Le Comité prend note des informations fournies par l'État partie sur les mesures qu'il a adoptées, en particulier sur l'ordonnance no 2005-759 portant réforme de la filiation et sur le rôle nouveau joué par le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), en vue de faciliter l'accès de l'enfant à ses origines. Néanmoins, le Comité est préoccupé par les délais d'attente pour le traitement des nouvelles requêtes. Le Comité reste également préoccupé par le fait que la mère, si elle le souhaite, peut dissimuler son identité et s'opposer au droit de l'enfant de connaître ses origines, ce qui prive l'enfant d'une partie de ses droits.

44. Le Comité réitère sa précédente recommandation concernant l'adoption de toutes les mesures nécessaires pour faire respecter intégralement le droit de l'enfant de connaître ses parents et ses frères et sœurs biologiques, conformément à l'article 7 de la Convention, et compte tenu des principes de non-discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3). Le Comité recommande en outre à l'État partie de veiller à ce que les nouvelles demandes soient traitées en temps opportun.

Liberté de pensée, de conscience et de religion

45. Le Comité note que l'État partie a pris des mesures pour atténuer les conséquences de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 interdisant le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse dans les écoles, les collèges et les lycées publics, y compris la mise en place d'un médiateur de l'Éducation nationale. Néanmoins, le Comité fait siennes les observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, selon lesquelles il faut absolument veiller à ce que cette interdiction n'ait pas pour effet d'empêcher des filles d'exercer leur droit à l'éducation et de participer à tous les aspects de la société française (CEDAW/C/FRA/CO/6, par. 20), ainsi que celles du Comité des droits de l'homme notant que, pour respecter une culture publique de laïcité, il ne devrait pas être besoin d'interdire le port de ces signes religieux courants (CCPR/C/FRA/CO/4, par. 23).

46. Le Comité recommande à l'État partie de faire respecter les garanties de l'article 14 de la Convention concernant le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion, y compris le droit de manifester sa religion en public et privé, et de veiller en particulier à éviter la discrimination fondée sur la pensée, la conscience ou la religion.

Liberté d'association et de réunion pacifique

47. Le Comité est préoccupé par les restrictions imposées à la liberté d'association des enfants par l'utilisation d'émetteurs de sons à très haute fréquence, particulièrement pénibles pour les enfants, et par le recours à des armes de type Flash-Ball et Taser, alors que les forces de sécurité n'ont pas reçu d'instructions suffisantes en ce qui concerne leur utilisation contre les enfants.

48. Le Comité est préoccupé par la discrimination dont sont victimes les jeunes enfants en ce qui concerne la liberté d'association et par l'interdiction faite aux enfants d'être élus aux postes de président ou de trésorier au sein d'une association.

49. Le Comité recommande à l'État partie de revoir ou d'interdire l'utilisation des émetteurs de sons à très haute fréquence et du Flash-Ball et autres dispositifs dangereux, car elle pourrait constituer une violation du droit des enfants à la liberté d'association et de réunion pacifique, droit dont l'exercice est

essentiel pour le développement des enfants et ne peut être soumis qu'à des restrictions très limitées comme le prévoit l'article 15 de la Convention. Il recommande en outre à l'État partie de prendre des mesures pour harmoniser les règles relatives à la liberté d'association pour les enfants de tous âges.

Protection de la vie privée

50. Le Comité prend note avec préoccupation de la multiplication des bases de données servant à la collecte, à la conservation et à l'utilisation à long terme de données personnelles sur les enfants, qui pourrait aller à l'encontre du droit de l'enfant et de sa famille à la protection de leur vie privée. En ce qui concerne la Base élèves 1er degré, le Comité note avec satisfaction que l'État partie en a retiré les données sensibles qui y figuraient à l'origine. Toutefois, les objectifs de cette base de données et son utilité pour le système éducatif n'étant pas clairement définis, le Comité est préoccupé par le fait que cette base de données puisse être utilisée à d'autres fins, telles que la détection de la délinquance et des enfants migrants en situation irrégulière, et par l'insuffisance des dispositions légales propres à prévenir son interconnexion avec les bases de données d'autres administrations. Il note en outre avec préoccupation que les parents ne peuvent pas s'opposer à l'enregistrement de leurs enfants dans cette base de données, n'en sont souvent pas informés, et pourraient avoir des réticences à scolariser leurs enfants.

51. Rappelant les recommandations formulées par le Comité des droits de l'homme

(CCPR/C/FRA/CO/4, par. 22), le Comité engage instamment l'État partie à prendre toutes les mesures voulues pour garantir que la collecte, le stockage et l'utilisation de données personnelles sensibles sont compatibles avec les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 16 de la Convention. L'État partie devrait veiller en particulier à ce que:

- a) La collecte et la conservation de données personnelles dans les ordinateurs, dans des banques de données et selon d'autres procédés, que ce soit par les autorités publiques, des particuliers ou des organismes privés, soient régies par la loi et leur objectif clairement défini;**
- b) Des mesures effectives soient adoptées pour garantir que ces informations n'arrivent pas entre les mains de personnes non autorisées par la loi à les recevoir, les traiter et les utiliser;**
- c) Les enfants et les parents relevant de sa juridiction aient le droit de consulter leurs données, de demander la rectification ou la suppression d'une donnée qui est incorrecte ou a été recueillie contre leur volonté ou traitée en violation des dispositions de la loi no 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.**

Accès à une information appropriée

52. Le Comité prend note de l'introduction des logiciels de contrôle parental et de l'organisation de campagnes de sensibilisation sur les risques liés à Internet, y compris via la téléphonie mobile. Toutefois, il s'inquiète de l'accessibilité des médias écrits, électroniques ou audiovisuels et des jeux vidéo à caractère violent et/ou pornographique.

53. Le Comité recommande à l'État partie de prendre des mesures pour protéger les enfants contre les informations nocives, diffusées notamment sous forme électronique ou audiovisuelle. Il recommande en outre à l'État partie de prendre des mesures efficaces pour contrôler l'accès aux médias écrits, électroniques et audiovisuels, ainsi qu'aux jeux vidéo et aux jeux sur Internet qui sont préjudiciables pour les enfants.

Torture et peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

54. Le Comité prend note de la mise en place, le 30 octobre 2007, d'un Contrôleur général des lieux de privation de liberté et se félicite que l'État partie ait fait figurer dans son rapport des informations sur les conditions de détention des enfants. Toutefois, il est préoccupé par les allégations selon lesquelles des enfants détenus auraient été victimes de mauvais traitement de la part de fonctionnaires et regrette que le rapport de l'État partie ne donne pas d'informations à ce sujet. Le Comité est également préoccupé par le nombre élevé de cas où des agents de la force publique, en particulier des policiers, auraient fait un usage excessif de la force à l'encontre d'enfants, et par le faible nombre d'affaires qui ont donné lieu à des poursuites et à des condamnations.

55. Le Comité recommande à l'État partie de mettre en place un système de contrôle efficace du traitement de tous les enfants détenus et de veiller à ce que toutes les allégations de torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants donnent rapidement lieu à une enquête et à ce que les auteurs soient poursuivis et punis. L'État partie devrait en outre sensibiliser davantage les agents des forces de l'ordre aux droits de l'enfant et renforcer leur formation dans ce domaine.

Suite donnée à l'Étude des Nations Unies sur la violence à l'encontre des enfants

56. Eu égard à l'Étude des Nations Unies sur la violence à l'encontre des enfants

(A/61/299), le Comité recommande à l'État partie:

- a) De prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre des recommandations contenues dans le rapport de l'expert indépendant chargé de l'Étude des Nations Unies sur la violence à l'encontre des enfants, en tenant compte des résultats et des recommandations de la consultation régionale pour l'Europe et l'Asie centrale, tenue à Ljubljana du 5 au**

7 juillet 2005. En particulier, le Comité recommande à l'État partie d'accorder une attention particulière aux recommandations suivantes:

- i) Interdire toute violence à l'encontre des enfants;
 - ii) Promouvoir les valeurs non violentes et les activités de sensibilisation;
 - iii) Assurer des services de réadaptation et de réinsertion sociale;
 - iv) Concevoir et mener des activités systématiques de collecte de données et de recherche au niveau national;
- b) D'utiliser ces recommandations comme un outil pour l'action, en partenariat 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;
- c) De faire figurer dans son prochain rapport périodique des informations sur la mise en œuvre par l'État partie des recommandations de l'Étude;
- d) D'apporter sa coopération et son soutien au Représentant spécial du Secrétaire général sur la violence à l'encontre des enfants.

Châtiments corporels

57. Tout en prenant note de l'affirmation de l'État partie selon laquelle toutes les formes de châtiments corporels sont interdites par le Code pénal français, le Comité note une nouvelle fois avec préoccupation que les châtiments corporels, en particulier à la maison, mais aussi à l'école, restent très répandus, notamment dans les départements et territoires d'outre-mer, et qu'il n'existe toujours aucune disposition spécifique interdisant explicitement le recours aux châtiments corporels à l'encontre des enfants.

58. Réitérant sa précédente recommandation, et conformément à son Observation générale no 8 (2006), le Comité recommande à l'État partie d'interdire explicitement les châtiments corporels dans tous les contextes, y compris dans la famille, à l'école et dans les institutions et autres établissements accueillant des enfants, de renforcer les activités de sensibilisation dans ce domaine et de promouvoir le principe d'une éducation sans violence, conformément au paragraphe 2 de l'article 28 de la Convention. Le Comité recommande en outre à l'État partie de donner suite à la campagne menée par le Conseil de l'Europe pour parvenir à l'interdiction complète de toutes les formes de châtiments corporels.

4. Milieu familial et protection de remplacement (art. 5, 18 (par. 1 et 2), 9 à 11, 19 à 21, 25, 27 (par. 4) et 39 de la Convention)

Milieu familial

59. Le Comité note avec préoccupation que de nombreuses familles ne sont pas aidées comme elles le devraient dans l'exercice de leurs responsabilités parentales, notamment les familles qui vivent une situation de crise en raison de la pauvreté, de l'absence de logement adéquat ou d'une séparation.

60. Le Comité recommande à l'État partie de redoubler d'efforts pour offrir une assistance appropriée aux parents et aux tuteurs dans l'exercice de leurs responsabilités parentales, en particulier aux familles qui vivent une situation de crise en raison de la pauvreté, de l'absence de logement adéquat ou d'une séparation.

Enfants privés de milieu familial

61. Le Comité est préoccupé par le nombre de mesures, y compris de mesures de séparation, décidées par le pouvoir judiciaire. Il est également préoccupé par le manque de contacts entre l'enfant et sa famille, par le peu de possibilités offertes à l'enfant pour voir sa famille, par la distance géographique entre le logement familial et l'institution accueillant l'enfant, ainsi que par le fait que les vues de l'enfant et son intérêt supérieur ne sont pas suffisamment pris en compte dans les décisions de placement.

62. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) D'éviter que des enfants fassent l'objet d'une mesure de protection de remplacement en raison de la faiblesse des revenus de leurs parents;
- b) De prendre pleinement en compte les opinions des enfants, et de mettre à leur disposition des mécanismes de plainte qui leur soient accessibles dans toutes les régions du pays;
- c) De faciliter l'instauration de procédures de contact pour tous les enfants séparés de leurs parents et de leurs frères et sœurs, y compris pour ceux qui sont placés en établissement pour une longue durée;
- d) De veiller à ce que les enfants sans protection parentale aient un représentant qui défend activement leur intérêt supérieur;
- e) De prendre en compte les recommandations formulées par le Comité suite à la journée de débat général sur les enfants privés de protection parentale tenue le

16 septembre 2005.

Adoption

63. Le Comité prend note de la réforme législative dans le domaine de l'adoption, ainsi que de la création, le 30 janvier 2009, du Comité interministériel pour l'adoption. Toutefois, il constate une nouvelle fois avec

préoccupation que la majorité (les deux tiers) des adoptions internationales concernent des enfants venant de pays qui n'ont pas ratifié la Convention de

La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et qu'un pourcentage élevé des adoptions internationales se font à titre individuel et non par l'intermédiaire d'organismes agréés. Le Comité note également avec préoccupation que les adoptions internationales sont facilitées par les ambassades et les consulats, y compris par des bénévoles qui travaillent avec eux, ce qui pourrait nuire au travail des organismes accrédités. Il reste en outre préoccupé par le fait que, en Polynésie française et en Nouvelle Calédonie, l'adoption nationale des enfants de moins de 2 ans ne fasse pas l'objet d'une autorisation des autorités compétentes.

64. Renouvelant sa précédente recommandation et compte tenu de l'article 21 et d'autres dispositions connexes de la Convention, le Comité recommande à l'État partie de veiller à ce que:

a) Les adoptions internationales soient traitées par un organisme accrédité dans le plein respect des principes et dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant et de la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale;

b) Des accords bilatéraux reprenant les normes de la Convention relative aux droits de l'enfant et de la Convention de La Haye de 1993 soient conclus avec les pays qui n'ont pas ratifié la Convention de La Haye;

c) L'autorisation des autorités compétentes devienne obligatoire pour l'adoption nationale en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie.

65. Le Comité est également préoccupé par le nouveau projet de loi sur l'adoption, qui vise à permettre l'adoption nationale des enfants en situation de délaissement, une fois que les services sociaux ont obtenu une déclaration d'abandon. Le Comité est particulièrement préoccupé par le fait que ce projet de loi, une fois promulgué, pourrait avoir pour conséquence de séparer définitivement ces enfants de leur famille, en particulier les enfants issus de familles à faible revenu ou vivant dans la pauvreté.

66. Le Comité recommande que le projet de loi sur l'adoption tienne pleinement compte du droit de l'enfant de ne pas être séparé de sa famille (art. 9), ainsi que des quatre principes généraux de la Convention (art. 2, 3, 6 et 12). Il devrait en outre être pleinement conforme aux dispositions de l'article 21 de la Convention.

Maltraitance et négligence

67. Tout en se félicitant du progrès que représentent la création de l'Observatoire national de l'enfance en danger (ONED), et l'adoption de la loi no 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, le Comité prend note avec préoccupation de l'augmentation du nombre de cas de maltraitance et de négligence, du nombre élevé de disparitions d'enfants et du manque d'application de la loi réformant la protection de l'enfance. Le Comité est en outre préoccupé par le manque d'accès à la justice des enfants victimes de maltraitance ou de négligence.

68. Le Comité recommande à l'État partie:

a) D'allouer les ressources budgétaires nécessaires à la mise en œuvre de la loi sur la protection de l'enfance et, en particulier, de veiller à ce que les mesures soient coordonnées au niveau national, y compris dans les départements et territoires d'outre-mer;

b) De mettre en place des mécanismes pour évaluer le nombre de cas de violence, de violences sexuelles, de négligence, de maltraitance ou d'exploitation et l'ampleur de ces phénomènes visés à l'article 19, y compris au sein de la famille et dans les institutions et autres structures de placement;

c) D'améliorer l'accès à la justice pour les enfants victimes de violence et de négligence;

d) De veiller à ce que les professionnels qui travaillent avec les enfants (y compris les enseignants, les travailleurs sociaux, les professionnels de la santé et les membres de la police et de la justice) reçoivent une formation sur leur obligation de signaler tout cas présumé de violence familiale à l'encontre d'un enfant, de maltraitance ou de négligence et de prendre les mesures appropriées, y compris des mesures de protection;

e) D'utiliser les médias pour lancer des campagnes de sensibilisation sur la nouvelle loi sur la protection de l'enfance et, en général, de créer un climat de rejet de toutes les formes de violence contre les enfants et les femmes, en particulier les filles et les enfants issus de groupes vulnérables.

5. Santé et bien-être (art. 6, 18 (par. 3), 23, 24, 26, 27 (par. 1 à 3) de la Convention)

Enfants handicapés

69. Le Comité se félicite de l'adoption de la loi no 2005-102 du 11 février 2005, qui consacre le droit à l'éducation et à la scolarisation dans des conditions d'égalité pour les enfants handicapés, conformément à l'article 23 de la Convention. Il est toutefois préoccupé par le nombre élevé d'enfants handicapés qui, dans la pratique, ne vont à l'école que quelques heures par semaine. Le Comité salue la création de postes supplémentaires d'auxiliaires de vie, mais se déclare préoccupé par l'instabilité des arrangements contractuels et par l'insuffisance des possibilités de formation. Le Comité prend note en outre de certaines déficiences en ce qui concerne les soins spécialisés, en particulier pour les enfants souffrant de handicaps multiples, ainsi que l'accès

aux loisirs et aux activités culturelles, et relève le manque de structures à Mayotte, Wallis et Futuna, qui entrave la mise en œuvre de la loi susmentionnée.

70. Compte tenu de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et de l'Observation générale no 9 (2006) sur les droits des enfants handicapés, le Comité recommande à l'État partie:

a) De prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que la législation prévoyant l'accès à l'éducation ainsi que des programmes et une aide spécialisée pour les enfants handicapés soit effectivement mise en œuvre et de garantir le plein exercice de leurs droits en vertu de la Convention sur l'ensemble du territoire de l'État partie, y compris dans les départements et territoires d'outre-mer;

b) De mettre en place des programmes de détection et d'intervention précoces;

c) D'assurer la formation et la stabilité des professionnels travaillant auprès des enfants handicapés, tels que le personnel médical et paramédical et le personnel connexe, les enseignants et les travailleurs sociaux;

d) D'élaborer une stratégie nationale globale tenant compte des différences entre les sexes pour l'intégration des enfants handicapés dans la société;

e) De mener des campagnes de sensibilisation sur les droits et les besoins spéciaux des enfants handicapés, de manière à faciliter l'intégration de ces enfants dans la société et à prévenir la discrimination et le placement en institution.

Santé et services de santé

71. Le Comité prend note des efforts faits par l'État partie pour lutter contre les inégalités dans l'accès aux services de santé en renforçant, au niveau des départements, les services de santé destinés aux mères et aux enfants et en instaurant une visite médicale obligatoire pour les enfants de 6, 9, 12 et 15 ans. Toutefois, il est préoccupé par les inégalités persistantes qui touchent les différentes régions et les enfants issus de milieux défavorisés. Il est également préoccupé par la pénurie de personnel médical qualifié et par l'insuffisance des ressources allouées, en particulier pour la réalisation des visites médicales obligatoires.

72. Le Comité est également préoccupé par les déficiences enregistrées en Guyane française en ce qui concerne le traitement des problèmes de santé graves comme la malnutrition, la tuberculose et le VIH/sida et par le fait que les enfants de Mayotte qui ne sont pas affiliés à la sécurité sociale n'ont pas accès aux soins de santé.

73. Le Comité recommande à l'État partie de s'attaquer aux inégalités dans l'accès aux services de santé en adoptant une approche coordonnée dans tous les départements et régions et de remédier à la pénurie de personnel médical. Il demande en outre instamment à l'État partie de mettre fin aux déficiences du système de soins de santé pour enfants dans les départements et territoires d'outre-mer.

Allaitement

74. Le Comité prend acte des progrès réalisés ces dernières années dans la promotion et le soutien de l'allaitement maternel, mais note avec préoccupation que l'application du Code international de commercialisation des substituts du lait maternel reste insuffisante et que les substituts du lait maternel continuent de faire l'objet d'une promotion soutenue.

75. Le Comité recommande à l'État partie de mettre pleinement en œuvre le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel. L'État partie devrait également continuer de promouvoir les hôpitaux amis des bébés et d'encourager l'introduction de cours sur l'allaitement maternel dans la formation des puéricultrices.

Santé des adolescents

76. Malgré les efforts déployés par l'État partie pour mettre au point des programmes et des services de santé mentale pour adolescents, tels que des centres pour adolescents, le Comité est préoccupé par le faible niveau de bien-être des adolescents, qui se caractérise par des problèmes tels que des troubles de l'alimentation, des addictions, l'exposition à des risques de maladie sexuellement transmissible (MST), des suicides et des tentatives de suicide. Le Comité est également préoccupé par la toxicomanie chez les adolescents dans l'État partie, notamment dans les départements et territoires d'outre-mer.

77. Le Comité recommande à l'État partie de continuer à s'attaquer aux problèmes de santé mentale et à la toxicomanie chez les adolescents sur l'ensemble du territoire, notamment:

a) En renforçant les services de conseil et de santé mentale, en veillant à ce qu'ils soient accessibles et adaptés aux adolescents dans toutes les régions, y compris les départements et territoires d'outre-mer;

b) En étudiant les causes profondes de ces problèmes en vue d'adopter des mesures de prévention ciblées;

c) En fournissant aux enfants des informations exactes et objectives sur les substances toxiques et en apportant un soutien à ceux qui essayent d'arrêter d'en consommer ou de sortir de la dépendance.

Niveau de vie

78. Le Comité note avec satisfaction que le Gouvernement s'est engagé à mettre fin à la pauvreté des enfants d'ici à 2020 et a alloué des ressources supplémentaires à la Caisse nationale des allocations familiales. Toutefois, il reste préoccupé par le nombre élevé d'enfants vivant dans la pauvreté et par le fait que le taux de pauvreté soit sensiblement plus élevé chez les enfants issus de l'immigration. Le Comité rappelle en outre les observations formulées par l'Experte indépendante sur les questions relatives aux minorités, au cours de sa visite dans les

banlieues de grandes villes du pays, sur la nette concentration de la pauvreté dans ces quartiers en raison de la discrimination et l'exclusion (A/HRC/7/23/Add.2, par. 42). Il salue les efforts déployés par l'État partie pour s'attaquer au phénomène des logements insalubres, mais se déclare préoccupé par le retard pris dans l'application du nouveau droit opposable au logement, ainsi que par l'insuffisance des crédits budgétaires alloués à sa mise en œuvre.

79. Conformément à l'article 27 de la Convention, le Comité recommande à l'État partie:

- a) D'adopter et d'appliquer comme il se doit la législation visant à atteindre l'objectif consistant à mettre fin à la pauvreté des enfants d'ici à 2020, y compris en établissant des indicateurs mesurables pour évaluer la réalisation de cet objectif;**
- b) De donner la priorité, dans la législation et dans les mesures de suivi, aux enfants et aux familles qui ont le plus besoin de soutien, notamment aux enfants issus de l'immigration;**
- c) De veiller à la mise en œuvre rapide du droit opposable au logement, y compris en allouant des ressources budgétaires suffisantes.**

6. Éducation, loisirs et activités culturelles (art. 28, 29 et 31 de la Convention)

Éducation, y compris la formation et l'orientation professionnelle

80. Le Comité prend note avec satisfaction des nombreux efforts faits par l'État partie dans le domaine de l'éducation pour atteindre les objectifs énoncés dans la Convention. Le Comité est néanmoins préoccupé par:

- a) Le nombre élevé d'abandons scolaires, le taux de redoublement, ainsi que la nouvelle loi du 31 mars 2006 permettant de sanctionner les parents, y compris ceux qui sont confrontés à des difficultés économiques, en cas d'absentéisme de leur enfant;
- b) Les inégalités importantes et persistantes dont souffrent, en matière de réussite scolaire, les enfants dont les parents connaissent des difficultés économiques. Plusieurs groupes d'enfants ont du mal à être scolarisés, à poursuivre ou à reprendre leurs études, dans des écoles ordinaires ou d'autres établissements d'enseignement, et ne peuvent pas jouir pleinement de leur droit à l'éducation, notamment les enfants handicapés, les enfants des gens du voyage, les enfants roms, les enfants demandeurs d'asile, les enfants qui ont abandonné l'école ou sont souvent absents pour différentes raisons (maladie, obligations familiales, etc.) et les mères adolescentes;
- c) L'augmentation du chômage des jeunes, due à l'insuffisance de leur bagage éducatif et de leur formation professionnelle, qui fait obstacle à leur entrée sur le marché du travail.

81. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) De poursuivre et d'accroître ses efforts pour réduire les effets de l'origine sociale des enfants sur leurs résultats scolaires;**
- b) De redoubler d'efforts pour faire baisser les taux de redoublement et d'abandon sans pénaliser les parents;**
- c) De développer la formation et l'enseignement professionnels pour les enfants qui ont quitté l'école sans diplôme, en leur permettant d'acquérir des savoirs et des compétences afin d'accroître leurs possibilités d'emploi;**
- d) De consentir des investissements supplémentaires considérables pour garantir le droit de tous les enfants à une éducation véritablement intégratrice qui permette aux enfants issus de tous les groupes défavorisés, marginalisés ou éloignés des écoles d'exercer pleinement ce droit;**
- e) De ne recourir à la mesure disciplinaire que constitue l'exclusion permanente ou temporaire qu'en dernier ressort, de réduire le nombre d'exclusions et de faire appel, en milieu scolaire, à des travailleurs sociaux et à des psychologues scolaires pour aider les enfants en conflit avec l'école.**

Repos, loisirs et activités récréatives, culturelles et artistiques

82. Le Comité observe que, d'après les informations dont il dispose, seul un petit nombre d'enfants participeraient à des activités culturelles ou artistiques extrascolaires. Le Comité est également préoccupé par le fait que la diminution régulière du nombre d'aires de jeux pourrait avoir pour effet d'inciter les enfants à se réunir dans des lieux publics, notamment dans les halls d'immeubles, ce qui est passible de sanctions en vertu de la loi sur la sécurité intérieure du

18 mars 2003.

83. Le Comité recommande à l'État partie de redoubler d'efforts pour garantir le droit de l'enfant au repos et aux loisirs et son droit de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge et de participer librement à la vie culturelle et artistique.

L'État partie devrait s'attacher tout particulièrement à mettre à la disposition des enfants, y compris des enfants handicapés, des espaces de jeu adéquats et accessibles pour qu'ils puissent exercer leur droit aux activités de jeu et de loisirs.

7. Mesures de protection spéciales (art. 22, 30, 32 à 36, 37 b) à d) et 38 à 40 de la Convention)

Enfants demandeurs d'asile, réfugiés et non accompagnés

84. Le Comité salue la création du groupe de travail sur les enfants non accompagnés mais est profondément préoccupé par la situation des enfants non accompagnés placés dans les zones d'attente des aéroports français. En outre, il est préoccupé par le fait que la décision de placement ne peut être contestée, que l'obligation légale

de désignation d'un administrateur ad hoc n'est pas systématiquement appliquée et que ces enfants, particulièrement vulnérables à l'exploitation, ne bénéficient pas d'un soutien psychologique. Le Comité note également avec préoccupation que les enfants sont souvent renvoyés vers des pays où ils risquent d'être exploités, sans que leur situation ait été véritablement évaluée.

85. Le Comité note également avec préoccupation que les mineurs non accompagnés ne bénéficient pas systématiquement de services sociaux et éducatifs et de cours de langue, et que les enfants non accompagnés admis sur le territoire de l'État partie n'ont pas de statut juridique clairement défini.

86. Compte tenu de l'Observation générale no 6 (2005) du Comité concernant le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, le Comité engage instamment l'État partie à:

a) Prendre toutes les mesures nécessaires pour que la décision de placement en zone d'attente puisse être contestée;

b) Nommer systématiquement un administrateur ad hoc comme le prévoit la législation de l'État partie;

c) Mettre à la disposition des enfants non accompagnés et des enfants placés en zone d'attente des moyens d'assistance psychologique adaptés et les protéger de l'exploitation, en particulier en contrôlant strictement l'accès à ces zones;

d) Veiller, en tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, à ce que les enfants qui ont besoin d'une protection internationale et risquent d'être à nouveau victimes de la traite, ne soient pas renvoyés dans un pays où ils courent un tel danger.

87. Le Comité note également avec préoccupation que, malgré l'avis négatif du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, l'État partie continue de recourir à l'examen osseux pour déterminer l'âge des enfants.

88. Le Comité renouvelle sa recommandation précédente et demande instamment à l'État partie d'introduire des méthodes récentes de détermination de l'âge qui se sont avérées plus précises que les examens osseux actuellement utilisés.

89. Le Comité note que l'État partie reconnaît que la longueur des procédures de regroupement familial pour les personnes auxquelles a été accordé le statut de réfugié pose problème, mais se dit une nouvelle fois préoccupé par le manque d'informations sur ces procédures, par leur durée, ainsi que par les possibilités limitées qui s'offrent aux enfants pour faire valoir leur droit au regroupement familial lorsqu'ils arrivent en France. Il se déclare en outre préoccupé par les informations selon lesquelles, dans certains cas, les membres d'une même famille seraient séparés en raison de l'expulsion des parents, et par la loi no 2007-1631 du 21 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, qui impose aux réfugiés des critères plus restrictifs pour le regroupement familial, y compris des tests ADN et l'obligation de maîtriser la langue.

90. Le Comité est également préoccupé par le fait que l'institution de la *Kafalah* reconnue par le droit international et par la Convention, n'est pas appliquée dans l'État partie dans le contexte du regroupement familial, et par l'absence d'application de la jurisprudence du 24 mars 2004 du

Conseil d'État, qui a considéré que la décision prise par les autorités locales françaises d'empêcher un enfant d'entrer en France pour rejoindre les parents qui l'avaient recueilli dans le cadre de la *Kafalah* constituait une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale.

91. Le Comité recommande à l'État partie:

a) De poursuivre ses efforts pour réduire de façon significative la durée des procédures de regroupement familial pour les réfugiés reconnus comme tels;

b) D'adopter toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que le recours aux tests ADN comme moyen d'établir la filiation ne crée pas d'obstacles supplémentaires au regroupement familial, et à ce que l'utilisation de cette méthode soit toujours soumise au consentement préalable du requérant, donné en connaissance de cause.

c) De reconnaître le système de la kafalah dans le contexte du regroupement familial et de donner effet à la jurisprudence du Conseil d'État du 24 mars 2004.

Exploitation sexuelle, vente, traite et enlèvement

92. Le Comité prend note de la conclusion d'accords de coopération avec certains des pays d'origine des enfants victimes de la traite aux fins de l'exploitation sexuelle ou d'autres formes d'exploitation. Toutefois, le Comité est préoccupé par le nombre élevé d'enfants victimes d'exploitation, y compris de traite, qui entrent en France ou transitent par la France pour se livrer au vol, à la mendicité ou à la prostitution.

93. Le Comité recommande à l'État partie d'adopter de nouvelles mesures pour lutter contre la traite des enfants à des fins d'exploitation sexuelle et d'autres formes d'exploitation. Il recommande en outre à l'État partie de redoubler d'efforts pour recueillir des données sur l'ampleur de l'exploitation sexuelle et de la vente d'enfants, afin de déterminer les mesures appropriées à prendre pour lutter contre ces problèmes, y compris dans les départements et territoires d'outre-mer.

Administration de la justice pour mineurs

94. Le Comité est préoccupé par l'absence de politique nationale globale de prévention de la délinquance et par l'insuffisance des ressources financières et humaines affectées à la justice pour mineurs. Le Comité se dit une nouvelle fois préoccupé par la législation et la pratique dans ce domaine, qui tendent à favoriser les mesures répressives plutôt que les mesures éducatives, en

particulier en ce qui concerne les réformes introduites par la loi no 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs et permettant de juger des enfants comme des adultes. En particulier, le Comité est préoccupé par le fait que, dans les affaires impliquant des mineurs délinquants âgés de 16 à 18 ans, soupçonnés d'avoir commis une infraction pénale grave à caractère violent et/ou sexuel:

a) Le principe de l'atténuation des peines pour les mineurs peut ne pas être appliqué pour une première infraction, sur décision motivée du juge;

b) Ce principe n'est pas appliqué aux récidivistes âgés de 16 à 18 ans et ne peut être rétabli que par une décision spécialement motivée du juge;

c) Des peines d'emprisonnement minimales obligatoires sont appliquées en cas de récidive.

95. Le Comité constate des changements positifs, notamment en ce qui concerne l'augmentation sensible du nombre de centres éducatifs fermés pour les enfants âgés de 13 à

16 ans et d'établissements pénitentiaires pour mineurs, qui ont pour but de remplacer les quartiers des mineurs dans les lieux de détention pour adultes. Toutefois, il constate avec préoccupation que le nombre de peines privatives de liberté est élevé chez les enfants et qu'il existe toujours des quartiers des mineurs dans les lieux de détention pour adultes.

96. Le Comité est préoccupé par la modification de la loi no 2004-204 du 9 mars 2004, qui permet de placer en garde à vue des enfants âgés de 16 à 18 ans qui sont soupçonnés de crime organisé et de terrorisme pour une durée maximale de quatre-vingt-seize heures, ce qui n'est pas pleinement conforme aux garanties procédurales.

97. Le Comité engage instamment l'État partie à appliquer pleinement les normes internationales concernant la justice pour mineurs, en particulier les articles 37 b), 40 et 39 de la Convention, ainsi que l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), les Principes directeurs des

Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Riyad) et les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté

(Règles de La Havane). Il l'engage en particulier, compte tenu de son Observation générale no 10 (2007) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs, à:

a) Renforcer les mesures de prévention, notamment en appuyant le rôle des familles et des communautés afin de contribuer à l'élimination des facteurs sociaux qui amènent les enfants à entrer en contact avec le système de justice pénale, et prendre toutes les mesures possibles pour éviter la stigmatisation;

b) Accroître les ressources financières, humaines et autres qui sont allouées au système de justice pénale et veiller à ce qu'elles soient suffisantes et adaptées;

c) Ne recourir à la détention, y compris la garde à vue et la détention provisoire, qu'en dernier ressort et pour la durée la plus courte possible;

d) Veiller à ce que le placement en détention, lorsqu'il a lieu, soit conforme à la loi et aux normes internationales;

e) Ne pas traiter les enfants âgés de 16 à 18 ans différemment des enfants de moins de 16 ans;

f) Développer l'utilisation des mesures de réinsertion et des peines de substitution à la privation de liberté, telles que la déjudiciarisation, la médiation, la mise à l'épreuve, l'accompagnement psychologique, les services d'intérêt général, et renforcer le rôle des familles et des communautés à cet égard;

g) Veiller à ce que les personnes de moins de 18 ans en conflit avec la loi aient accès à l'aide juridique gratuite ainsi qu'à des mécanismes de plainte indépendants et efficaces;

h) Améliorer les programmes de formation aux normes internationales pertinentes pour tous les professionnels travaillant dans le cadre du système de justice pénale.

98. Le Comité reste également préoccupé par le fait que l'État partie n'a pas établi d'âge minimum de la responsabilité pénale.

99. Le Comité recommande à l'État partie d'établir un âge minimum de la responsabilité pénale, conformément au paragraphe 3 a) de l'article 40 de la Convention et compte tenu de la recommandation faite, entre autres, par la Défenseure des enfants, en veillant à ce que cet âge ne soit pas inférieur à 13 ans et à ce qu'il soit tenu compte de la capacité de discernement de l'enfant.

Protection des témoins et des victimes de crimes

100. Le Comité recommande également à l'État partie de garantir, grâce à des dispositions légales et réglementaires, que tous les enfants victimes et/ou témoins de crimes,

par exemple les enfants victimes de sévices, de violence familiale, d'exploitation économique ou sexuelle, d'enlèvement ou de traite et les témoins de tels crimes, bénéficient de la protection prévue par la Convention, et de prendre pleinement en compte les Lignes directrices de l'Organisation des Nations

Unies en matière de justice dans les affaires impliquant les enfants victimes et témoins d'actes criminels (figurant en annexe à la résolution 2005/20 du Conseil économique et social en date du 22 juillet 2005).

Enfants appartenant à des minorités ou à des groupes autochtones

101. Le Comité prend note avec satisfaction des mesures adoptées par l'État partie pour promouvoir la diversité culturelle, religieuse et linguistique, évoquées à l'annexe II du rapport périodique. Le Comité prend également note de la position de l'État partie à l'égard de sa réserve

à l'article 30 de la Convention et se dit une nouvelle fois préoccupé par le fait que l'égalité devant la loi peut ne pas être suffisante pour garantir que les groupes minoritaires et les peuples autochtones des départements et territoires d'outre-mer, exposés à une discrimination de fait, jouissent de leurs droits sur un pied d'égalité. Il se déclare en outre préoccupé par l'absence de validation des connaissances culturelles transmises aux enfants appartenant à des groupes minoritaires, en particulier les Roms et les gens du voyage, et par la discrimination dont ils sont

victimes, notamment en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels, y compris le droit à un logement convenable, à un niveau de vie suffisant, à l'éducation et à la santé.

102. Le Comité recommande à l'État partie de veiller à ce que les groupes minoritaires et les peuples autochtones des départements et territoires d'outre-mer bénéficient de l'égalité de jouissance des droits et à ce que les enfants aient la possibilité de valider leurs connaissances culturelles, sans discrimination. Il demande en outre instamment à l'État partie de prendre des mesures pour éliminer toute discrimination à l'encontre des enfants appartenant à des groupes minoritaires, en particulier en ce qui concerne leurs droits économiques et sociaux.

8. Ratification des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme

103. Le Comité se félicite de la ratification de la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, le 23 septembre 2008, et du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture, le 11 novembre 2008.

104. Le Comité recommande à l'État partie de ratifier la Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif, ainsi que la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

Il recommande en outre à l'État partie de ratifier le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

9. Suivi et diffusion

Suivi

105. **Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures appropriées pour assurer la pleine application des présentes recommandations, notamment en les transmettant au Parlement et aux ministères concernés ainsi qu'aux administrations décentralisées pour examen et suite à donner.**

Diffusion

106. **Le Comité recommande en outre que les troisième et quatrième rapports périodiques et les réponses écrites de l'État partie, ainsi que les recommandations adoptées par le Comité (observations finales), soient diffusés largement dans les langues appropriées, notamment au moyen de l'Internet (mais pas uniquement), auprès du grand public, des organisations de la société civile, des mouvements de jeunesse et des enfants, afin de mieux faire connaître la Convention, sa mise en œuvre et son suivi et de favoriser le débat sur ces questions.**

10. Prochain rapport

107. **Le Comité invite l'État partie à soumettre son cinquième rapport périodique avant septembre 2012. Ce rapport ne devrait pas dépasser**

108. Le Comité invite également l'État partie à présenter un document de base mis à jour, conformément aux prescriptions applicables au document de base commun figurant dans les directives harmonisées pour l'établissement de rapports au titre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, englobant le document de base commun et les rapports pour chaque instrument, qui ont été approuvées à la cinquième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en juin 2006 (HRI/MC/2006/3).

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT
Trente-troisième session
EXAMEN DES RAPPORTS PRÉSENTÉS PAR LES ÉTATS PARTIES
EN APPLICATION DE L'ARTICLE 44 DE LA CONVENTION
Observations finales: Maroc

1. Le Comité a examiné le deuxième rapport périodique du Royaume du Maroc (CRC/C/93/Add.3) à ses 881e et 882e séances (CRC/C/SR.881 et 882), tenues le 2 juin 2003, et a adopté, à sa 889e séance (CRC/C/SR.889), tenue le 6 juin 2003, les observations finales ci-après. A. Introduction 2. Le Comité se félicite de la présentation du deuxième rapport périodique de l'État partie, établi conformément à ses directives. Il prend note également de la présentation des réponses écrites à sa liste des points à traiter (CRC/C/Q/MOR/2), qui lui ont permis de mieux apprécier la situation des enfants dans l'État partie, bien qu'elles aient été présentées trop tard pour être traduites en anglais dans les délais voulus. Il constate que la présence d'une délégation pluridisciplinaire, composée de représentants hautement qualifiés, prenant une part active dans la mise en œuvre de la Convention, a permis de se faire une meilleure idée de la situation concernant les droits de l'enfant dans l'État partie.

B. Mesures de suivi entreprises et progrès réalisés par l'État partie

3. Le Comité se félicite de l'évolution positive de la situation dans le domaine des droits de l'homme, et notamment:

a) De la ratification des deux protocoles facultatifs se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, le premier concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants (octobre 2001), et le second l'implication d'enfants dans les conflits armés (mai 2002), et des Conventions de l'OIT no 138 concernant

l'âge minimum d'admission à l'emploi (janvier 2000) et no 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (janvier 2001);

b) De l'organisation par l'État partie ces dernières années de plusieurs conférences internationales sur les droits de l'enfant, telles que le Forum arabo-africain contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales (2001), pour préparer le deuxième Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales (Yokohama, 2001), et la Conférence ministérielle arabo-africaine des finances (2001) pour préparer la session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée aux enfants;

c) Du relèvement de l'âge du recrutement obligatoire dans les forces armées, qui est passé à 20 ans;

d) De la révision de la loi relative à la protection des enfants abandonnés (août 2002);

e) De l'adoption de la procédure de droit pénal qui contient un chapitre consacré aux jeunes délinquants en conflit avec la loi (et qui entrera en vigueur en octobre 2003); et

f) De la nomination d'un médiateur (décembre 2002).

C. Facteurs et difficultés entravant la mise en œuvre de la Convention

4. Le Comité constate que les ressources humaines et financières disponibles pour la mise en œuvre de la Convention subissent les effets négatifs de la pauvreté, du taux de chômage élevé et des conditions climatiques, qui ont aussi accru le budget des ménages dans les domaines de la santé et de l'éducation.

D. Principaux sujets de préoccupation et recommandations

1. Mesures d'application générales

Recommandations antérieures du Comité

5. Le Comité se félicite de la publication de la Convention au Journal officiel et de la ratification de la Convention no 138 de l'OIT mais regrette que l'État partie n'ait pas suffisamment tenu compte des préoccupations qu'il a exprimées et des recommandations qu'il a faites (CRC/C/15/Add.60) après avoir examiné son rapport initial (CRC/C/28/Add.1), en particulier celles qui sont contenues dans les paragraphes 20 à 28 et notamment celles qui concernent la réserve émise concernant l'article 14 de la Convention, la non-discrimination à l'égard des filles et le travail des enfants. Ces préoccupations et recommandations sont à nouveau formulées dans le présent document.

6. Le Comité invite instamment l'État partie à faire tout son possible pour donner suite aux recommandations qu'il n'a pas encore appliquées ainsi qu'aux préoccupations exprimées dans les présentes observations finales.

Réserves

7. Le Comité est préoccupé par la réserve formulée par l'État partie concernant l'article 14 de la Convention, réserve qui est préjudiciable à l'exercice des droits garantis par ledit article, mais il se félicite que l'État partie ait l'intention, ainsi qu'il l'a déclaré lors du dialogue, de réexaminer la nécessité de la maintenir.

8. À la lumière de ses recommandations antérieures (CRC/C/15/Add.60, par. 18) ainsi que de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne de 1993, le Comité encourage l'État partie à envisager de retirer sa réserve concernant l'article 14.

Législation

9. Le Comité se félicite de la création d'un comité ministériel, au sein du Ministère des droits de l'homme, chargé d'harmoniser la législation nationale avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, y compris la Convention. Il prend note par ailleurs du projet présenté à cette fin au Gouvernement par l'Observatoire national des droits de l'enfant.

Toutefois, il demeure préoccupé par les écarts qui persistent entre la législation nationale et la Convention.

10. Le Comité recommande à l'État partie de poursuivre et de renforcer ses efforts visant à intégrer dans la législation nationale les droits, principes et dispositions de la Convention afin que l'ensemble de sa législation soit conforme à celle-ci et que les dispositions et principes de la Convention soient largement appliqués dans les procédures administratives et juridiques.

Ressources

11. Le Comité prend note des efforts déployés pour augmenter les crédits affectés au secteur social dans le budget de l'État mais il demeure préoccupé par le montant relativement peu élevé de ces crédits en pourcentage du budget national. Il déplore par ailleurs que les ressources budgétaires allouées à l'enfance dans les divers ministères ne soient pas ventilées. Il est également préoccupé de constater qu'une attention insuffisante a été apportée à l'article 4 de la Convention en ce qui concerne la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels des enfants «dans toutes les limites des ressources» dont l'État dispose.

12. Le Comité recommande à l'État partie:

a) De faire tout son possible pour accroître le montant des crédits budgétaires alloués à la mise en œuvre des droits de l'enfant, de veiller, à cet égard, à ce que les ressources humaines appropriées soient disponibles et de garantir que l'application des politiques relatives à l'enfance revête un caractère prioritaire;

b) De mettre en place des moyens permettant d'évaluer systématiquement les effets des allocations budgétaires sur la mise en œuvre des droits de l'enfant et de recueillir et de diffuser des renseignements à cet égard.

Coordination

13. Le Comité prend note de la création du poste de Secrétaire d'État aux affaires familiales et à la protection sociale, dont le titulaire est chargé de coordonner toutes les initiatives concernant l'enfance. Toutefois, le Comité, apprenant de la délégation que le fait que le Ministre soit devenu un Secrétaire d'État n'avait rien changé à la position hiérarchique de celui-ci au sein du

Gouvernement ni à son mandat, demeure préoccupé de ce que le Secrétariat d'État ne dispose pas des ressources humaines et financières nécessaires pour coordonner efficacement la mise en œuvre de la Convention dans l'ensemble de l'État partie.

14. Le Comité recommande à l'État partie de doter le Secrétariat d'État aux affaires familiales et à la protection sociale des moyens et ressources financières et humaines nécessaires pour lui permettre de coordonner effectivement la mise en œuvre de tous les aspects de la Convention, que ce soit entre les ministères ou entre les autorités nationales, régionales et locales.

Plan d'action national

15. Le Comité prend note de l'évaluation du Plan d'action de 1992 à laquelle une commission nationale a procédé pour préparer la session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée aux enfants mais il demeure préoccupé par le fait que l'élaboration d'un nouveau plan d'action n'a pas encore été entamée.

16. Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour accélérer les préparatifs d'un nouveau plan d'action en faveur des enfants et de se doter des moyens les meilleurs pour aller de l'avant, par exemple en redynamisant une commission nationale remaniée, dont feraient partie les principaux acteurs de la mise en œuvre de la Convention.

Structures de suivi indépendantes

17. Le Comité prend note en l'appréciant du rôle joué par l'Observatoire national des droits de l'enfant dans le domaine de l'évaluation des progrès réalisés en ce qui concerne la mise en œuvre de la Convention, comme il est indiqué au paragraphe 71 du rapport de l'État partie, ainsi que de la nomination du médiateur, mais il regrette l'absence de structures de suivi indépendantes ayant pour mandat, entre autres, de recevoir et d'examiner les plaintes émanant de particuliers relatives à la violation des droits de l'enfant.

18. Le Comité encourage l'État partie à envisager la création d'une institution nationale des droits de l'homme indépendante, qui ferait partie de l'actuel Observatoire ou du Bureau du médiateur ou qui serait une entité distincte, conformément aux Principes de Paris et compte tenu de l'Observation générale no 2 du Comité sur les institutions nationales des droits de l'homme, et qui serait chargée de surveiller et d'évaluer les progrès réalisés dans le domaine de la mise en œuvre de la Convention aux niveaux national et local. Il lui recommande par ailleurs de doter cette institution de ressources humaines et financières suffisantes et de lui donner, entre autres, pour mandat de recevoir les plaintes relatives à la violation des droits de l'enfant, d'enquêter sur ces plaintes en étant attentive aux besoins des enfants et de les examiner efficacement. Le Comité encourage l'État partie à faire appel à l'assistance technique du Haut-Commissariat aux droits de l'homme et de l'UNICEF, entre autres.

Collecte de données

19. Le Comité apprécie que l'État partie ait fourni des données statistiques dans l'annexe à son rapport ainsi que dans ses réponses écrites et se félicite de son intention de créer un bureau national de l'information statistique. Il

n'en demeure pas moins préoccupé par l'absence de mécanisme national chargé de recueillir et d'analyser les données dans les domaines sur lesquels porte la Convention.

20. Le Comité recommande à l'État partie de mettre au point un système de collecte de données et d'indicateurs compatibles avec la Convention et ventilés par sexe, âge et zone

urbaine/rurale. Ce système devrait concerner tous les enfants jusqu'à l'âge de 18 ans et mettre spécifiquement l'accent sur les groupes particulièrement vulnérables. Il encourage par ailleurs l'État partie à utiliser ces indicateurs et données pour formuler des politiques et des programmes visant à la mise en œuvre effective de la Convention. Le Comité recommande à l'État partie de faire appel à l'assistance technique de l'UNICEF et du PNUD, par exemple.

Formation et diffusion

21. Le Comité prend note avec satisfaction du Programme national pour l'enseignement des droits de l'homme (1994), qui est toujours dans sa phase pilote, et se félicite des efforts déployés par l'État partie pour faire connaître largement les principes et dispositions de la Convention et former divers groupes de professionnels travaillant avec ou pour les enfants. Le Comité est toutefois d'avis que ces mesures doivent être encore renforcées et appliquées de manière suivie, globale et systématique.

22. À la lumière des recommandations antérieures, le Comité recommande à l'État partie:

a) De poursuivre et d'intensifier ses efforts pour faire connaître la Convention auprès des enfants et du grand public, en recourant notamment à du matériel approprié spécialement conçu à l'intention des enfants, traduit dans les langues parlées dans l'État partie, et notamment en langue tamazight et en dialecte marocain;

b) De poursuivre et de renforcer de manière plus systématique et soutenue ses programmes d'enseignement et de formation concernant les principes et dispositions de la Convention, conçus à l'intention de tous les groupes professionnels travaillant pour et avec des enfants, tels que les juges, les avocats, les responsables de l'application des lois, les fonctionnaires, les enseignants, les personnels de santé, les travailleurs sociaux et les dirigeants religieux.

2. Définition de l'enfant

23. Le Comité prend acte des mesures positives prises pour aligner pleinement les différentes dispositions relatives aux limites d'âge sur les prescriptions de la Convention, notamment en portant à 15 ans l'âge minimum d'admission à l'emploi. Tout en prenant acte de l'intention de l'État partie, exprimée par la délégation, de porter à 18 ans l'âge minimum du mariage pour les filles, le Comité demeure préoccupé par l'écart existant, entre les garçons (18 ans) et les filles

(15 ans) en ce qui concerne l'âge minimum du mariage.

24. Le Comité recommande à l'État partie de supprimer l'écart entre les garçons et les filles en ce qui concerne l'âge minimum du mariage en relevant l'âge minimum fixé pour le mariage des filles afin qu'il coïncide avec celui des garçons.

3. Principes généraux

Droit à la non-discrimination

25. Le Comité se félicite des efforts entrepris dans le cadre d'un plan d'action national pour lutter contre la discrimination fondée sur le sexe mais il demeure préoccupé par la persistance, notamment, d'une discrimination directe et indirecte à l'égard des filles et des enfants nés hors mariage, y compris dans des domaines liés à la situation personnelle (par exemple, l'héritage, la garde ou la tutelle), incompatible avec l'article 2 de la Convention. Le Comité est en outre préoccupé par le fait qu'un enfant né d'une mère marocaine et d'un père non ressortissant ne peut acquérir la citoyenneté marocaine par la naissance. Il est préoccupé aussi par les disparités qui persistent entre régions différentes et entre régions rurales et urbaines.

26. Le Comité recommande à l'État partie de poursuivre et de renforcer son action, conformément à l'article 2 de la Convention, notamment en promulguant ou en annulant des dispositions du droit civil ou pénal le cas échéant, pour empêcher ou supprimer toute discrimination fondée sur le sexe ou la naissance dans tous les domaines de la vie civile, économique, politique, sociale et culturelle. Il lui recommande également de prendre toutes

les mesures appropriées, en organisant par exemple des campagnes d'éducation de grande ampleur, pour lutter contre les comportements sociaux négatifs à cet égard, en particulier au sein de la famille, et former les membres de la profession juridique, y compris dans les instances judiciaires, pour qu'ils tiennent compte des sexes spécifiques. Les dirigeants religieux devraient être mobilisés pour soutenir ces efforts.

27. Le Comité demande que dans le prochain rapport périodique figurent des renseignements précis sur les mesures et programmes en relation avec la Convention

relative aux droits de l'enfant adoptés par l'État partie pour donner effet à la Déclaration et au Programme d'action adoptés en 2001 par la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, compte tenu de l'Observation générale no 1 sur le premier paragraphe de l'article 29 de la Convention (buts de l'éducation).

Intérêt supérieur de l'enfant

28. Le Comité est préoccupé de constater que, dans les décisions concernant les enfants, le principe général de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 de la Convention) n'est pas toujours la préoccupation prioritaire, y compris dans les affaires concernant le droit de la famille (par exemple, la loi prévoit que la garde de l'enfant est déterminée par l'âge de l'enfant, plutôt que par l'intérêt supérieur de celui-ci).

29. Le Comité recommande à l'État partie de revoir sa législation et les mesures administratives de manière qu'elles reflètent dûment et prennent en considération l'article 3 de la Convention.

Respect des opinions de l'enfant

30. Le Comité se félicite de la création du Parlement des enfants et de l'établissement d'un modèle de conseil municipal pour enfants mais demeure préoccupé de ce que le respect de leurs opinions demeure limité en raison des comportements de la société traditionnelle à leur égard, tels qu'ils se manifestent à l'école, au tribunal, dans les organes administratifs et dans la famille en particulier.

31. Le Comité recommande à l'État partie:

a) De soutenir et de renforcer les activités du Parlement des enfants et de créer de véritables conseils municipaux pour les enfants dotés de ressources suffisantes;

b) De promouvoir et de favoriser au sein de la famille, à l'école, dans les tribunaux et les organes administratifs, le respect des opinions des enfants et leur participation dans toutes les affaires les concernant, conformément à l'article 12 de la Convention;

c) De mettre en place dans les communautés des programmes de formation à l'intention des enseignants, des travailleurs sociaux, des fonctionnaires locaux et des chefs religieux pour leur permettre d'aider les enfants à exprimer leurs vues et opinions en connaissance de cause et de prendre celles-ci en considération; et

d) De faire appel à l'aide de l'UNICEF, entre autres.

4. Libertés et droits civils

Enregistrement des naissances

32. Le Comité se félicite de la nouvelle loi sur l'enregistrement des naissances, entrée en vigueur en mai 2000, mais demeure préoccupé par le faible taux (85,5 %) d'enregistrement des naissances.

33. Le Comité recommande à l'État partie de veiller à ce que la nouvelle loi soit effectivement appliquée et d'organiser notamment à cet effet des campagnes de sensibilisation montrant l'importance de l'enregistrement des naissances, afin que le taux d'enregistrement passe à 100 % d'ici à mai 2008.

Droit de ne pas être l'objet de tortures ou autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants

34. Le Comité prend acte des efforts d'information entrepris par l'État partie à l'intention des forces de l'ordre mais demeure profondément préoccupé par les allégations de mauvais traitements que les agents de la force publique infligeraient à des enfants.

35. Le Comité recommande à l'État partie:

a) De prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher toutes formes de mauvais traitements par les agents de la force publique ou tout autre fonctionnaire;

b) De créer des mécanismes adaptés aux enfants pour recevoir les plaintes dirigées contre des agents de la force publique pour mauvais traitements infligés au cours d'une arrestation, d'un interrogatoire, en garde à vue ou dans un lieu de détention, mener des enquêtes et engager des poursuites à cet égard;

c) D'intensifier ses efforts pour former les agents de la force publique aux droits fondamentaux des enfants;

d) De prendre, à la lumière de l'article 39 de la Convention, toutes les mesures nécessaires pour garantir le rétablissement physique et psychologique ainsi que la réinsertion sociale des enfants victimes de tortures et/ou de mauvais traitements.

5. Milieu familial et protection de remplacement

Enfants privés de milieu familial

36. Le Comité exprime les préoccupations que lui inspirent le grand nombre d'enfants placés dans des établissements et les conditions de vie qui règnent dans ces établissements ainsi que le nombre croissant d'enfants abandonnés par leurs parents.

37. Le Comité recommande à l'État partie:

a) D'entreprendre une étude pour évaluer la situation des enfants placés dans des établissements, y compris leurs conditions de vie et les services fournis;

b) D'élaborer des programmes et des politiques pour empêcher le placement des enfants dans des établissements, notamment en fournissant soutien et conseils aux familles les plus vulnérables et en organisant des campagnes de sensibilisation;

c) De prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre aux enfants placés dans des établissements de rentrer dans leurs familles le plus souvent possible et de n'envisager le placement d'enfants dans des établissements que comme mesure de dernier recours;

d) D'établir des normes claires pour les établissements existants et de prévoir l'examen périodique du placement des enfants, à la lumière de l'article 25 de la Convention.

Protection de remplacement

38. Le Comité se félicite de l'adoption, en juin 2002, du Dahir no 1-02-172 portant modification du Dahir no 1-93-165 réglementant le régime de kafalah, mais craint que son application ne pose des problèmes. Il craint par ailleurs que, dans la pratique, davantage de filles que de garçons ne bénéficient de la kafalah.

39. Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour appliquer pleinement le nouveau Dahir portant sur le système de la kafalah afin de garantir:

- a) Que le placement de l'enfant soit fondé sur une décision judiciaire;
- b) Que tous les avantages sociaux soient accordés à ces enfants au même titre qu'aux autres;
- c) Que des mécanismes efficaces pour recevoir et examiner les plaintes émanant d'enfants soient créés, que les normes en matière de protection soient surveillées et, à la lumière de l'article 25 de la Convention, que le placement fasse l'objet d'un examen périodique;
- d) Que garçons et filles bénéficient au même titre de la kafalah.

Transferts illicites et non-retour d'enfants à l'étranger

40. Le Comité est profondément préoccupé par les difficultés rencontrées dans l'application des décisions de justice concernant les droits de garde et de visite dans le cas des enfants marocains dont l'un des parents vit en dehors du Maroc et dans celui des enfants étrangers dont l'un des parents est Marocain.

41. Le Comité recommande à l'État partie de faire tous les efforts nécessaires pour renforcer le dialogue et la consultation avec les pays concernés, ainsi qu'il est mentionné dans le rapport de l'État partie au paragraphe 258, notamment ceux avec lesquels l'État partie a signé un accord sur les droits de garde ou de visite, et de ratifier la Convention de

La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (1980).

Violence, sévices, négligence et maltraitance

42. Le Comité prend acte de la création d'un comité d'experts chargé d'élaborer une stratégie nationale de lutte contre les sévices à enfant et l'exploitation des enfants ainsi que des diverses initiatives entreprises en matière d'information sur ces questions, telles que la note adressée en 2000 par le Ministère de l'éducation à tous les professionnels de l'enseignement pour leur demander de ne pas administrer de châtiments corporels, mais il demeure préoccupé par le fait qu'apparemment les châtiments corporels sont toujours assez couramment pratiqués à l'école, par le manque d'informations sur la violence au sein de la famille, la maltraitance des enfants et les sévices (sexuels, physiques et psychologiques) dont ils sont victimes, ainsi que par l'insuffisance des ressources humaines et financières allouées au Programme de lutte contre les sévices à enfant. Par ailleurs le Comité est préoccupé par la limite d'âge fixée par la législation pour certains types de violence car les enfants de plus de 12 ans ne bénéficient pas de la même protection que les plus jeunes (par. 183 du rapport de l'État partie).

43. À la lumière de l'article 19 de la Convention, le Comité recommande à l'État partie:

- a) De faire une étude pour déterminer les causes fondamentales, la nature et l'ampleur des mauvais traitements et sévices dont les enfants sont victimes, et d'élaborer des politiques et des programmes pour empêcher et combattre la violence à leur égard;
- b) De prendre des mesures législatives pour interdire toutes formes de violence physique et mentale, y compris les châtiments corporels et les sévices sexuels infligés aux enfants au sein de la famille, à l'école et dans les centres d'accueil;
- c) De modifier sa législation concernant l'âge jusqu'auquel les enfants peuvent bénéficier d'une protection spéciale contre la violence;
- d) D'organiser des campagnes d'information sur les conséquences négatives de la maltraitance des enfants et de promouvoir des mesures de discipline positives non violentes en remplacement des châtiments corporels;
- e) De mettre en place des procédures et mécanismes efficaces pour recevoir des plaintes, procéder à des contrôles et à des enquêtes, et intervenir, le cas échéant;
- f) Mener des enquêtes sur les cas de maltraitance et engager des poursuites, en veillant à ce que l'enfant maltraité ne soit pas victimisé lors de la procédure judiciaire et à ce que sa vie privée soit protégée;
- g) De fournir aux victimes des services de soins, de rétablissement et de réinsertion;
- h) De former les parents, les enseignants, les agents de la force publique, le personnel des services sociaux, les juges, les professionnels de la santé et les enfants eux-mêmes pour qu'ils puissent identifier, signaler et gérer les cas de maltraitance; et
- i) De faire appel à l'aide de l'UNICEF et de l'OMS, entre autres.

6. Santé de base et bien-être

Santé et services de santé

44. Le Comité prend note du souci constant qu'a l'État partie de mettre en œuvre ses politiques en matière de santé primaire, en particulier par le biais de programmes nationaux, notamment le Programme national de vaccination et le Programme de gestion intégrée des maladies infantiles.

Toutefois, il demeure préoccupé par le taux relativement élevé de mortalité juvénile, infantile et maternelle, le manque de coordination entre les divers programmes sanitaires existants, les écarts importants entre les zones urbaines et rurales en ce qui concerne l'accès aux services de santé, la fréquence des troubles dus à la carence en

iode et le recul de la pratique de l'allaitement au sein, compte tenu de l'existence d'une stratégie nationale en faveur de l'allaitement au sein.

45. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) D'intensifier ses efforts en vue d'allouer des ressources appropriées, et d'élaborer, d'adopter et de mettre en œuvre des politiques et des programmes coordonnés pour améliorer et protéger la santé des enfants, en particulier dans les régions rurales; aires, de réduire la mortalité maternelle, juvénile et infantile, de prévenir et de combattre les troubles dus à la carence en iode et de promouvoir de bonnes pratiques d'allaitement au sein;
- c) De faire appel à l'OMS et à l'UNICEF, entre autres.

Santé des adolescents

46. Le Comité est préoccupé par l'insuffisance de l'attention qui a été accordée aux questions touchant la santé des adolescents, notamment aux préoccupations en matière de santé développementale, mentale et génésique, et à la toxicomanie. Il est préoccupé également par la situation particulière des adolescentes, étant donné, par exemple, le pourcentage élevé des grossesses précoces, susceptibles d'avoir des répercussions négatives sur leur santé et leur éducation.

47. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) D'entreprendre une étude approfondie sur la nature et l'ampleur des problèmes de santé des adolescents, avec la pleine participation d'enfants et d'adolescents, et d'utiliser cette étude comme base pour formuler des politiques et des programmes sanitaires en faveur des adolescents, en accordant une attention particulière aux adolescentes;
- b) De développer l'éducation dans le domaine de la santé sexuelle et génésique ainsi que les services de santé mentale et les services de conseil dans le respect de la sensibilité des adolescents, et de les rendre accessibles à ceux-ci.

VIH/sida

48. Le Comité se félicite de l'adoption du Plan national stratégique de lutte contre le sida mais demeure extrêmement préoccupé par le nombre croissant de cas de VIH/sida parmi les adultes et les enfants.

49. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) D'intensifier ses efforts en vue de prévenir le VIH/sida, en tenant compte de l'Observation générale no 3 du Comité concernant le VIH/sida et les droits de l'enfant;
- b) De demander une assistance technique supplémentaire à l'UNICEF et à ONUSIDA, entre autres.

Enfants handicapés

50. Le Comité prend acte de la création du Secrétariat d'État aux personnes handicapées et de l'adoption de la loi no 05-82 sur la protection sociale des personnes handicapées et de la loi no 07-92 qui fournit un cadre juridique pour l'application de la loi précédente. Il demeure préoccupé par l'absence de statistiques sur les enfants handicapés dans l'État partie, par la situation des enfants atteints de handicaps physiques et mentaux, tout particulièrement par

le manque de possibilités en matière de soins de santé spécialisés, d'éducation et d'emplois ainsi que par le taux très élevé d'analphabétisme parmi les enfants handicapés.

51. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) De veiller à ce que soient rassemblées et utilisées des données très complètes et ventilées de manière satisfaisante permettant d'élaborer des politiques et des programmes en faveur des enfants handicapés;
- b) D'examiner la situation de ces enfants en termes d'accès à des soins de santé adaptés, aux services d'éducation et au marché de l'emploi et d'allouer des ressources suffisantes pour renforcer les services à leur intention, aider leurs familles et former des professionnels sur le terrain;
- c) De prendre acte des Règles pour l'égalisation des chances des handicapés (résolution 48/96 de l'Assemblée générale, annexe) et des recommandations adoptées par le Comité au cours de sa journée de débat général sur les droits des enfants handicapés

(CRC/C/69, par. 310 à 339);

- d) De faire appel à l'assistance de l'UNICEF et de l'OMS, entre autres.

Niveau de vie

52. Le Comité prend note des efforts entrepris par l'État partie, notamment dans le cadre du Plan national quinquennal pour le développement social et économique (2000-2004) mais demeure préoccupé par le grand nombre d'enfants qui ne jouissent pas du droit à un niveau de vie suffisant, notamment les enfants des familles démunies, les enfants vivant dans des zones rurales reculées et les enfants des rues. Par ailleurs, le Comité est préoccupé par le fait que peu d'enfants bénéficient du régime de sécurité sociale.

53. Conformément à l'article 27 de la Convention, le Comité recommande à l'État partie:

- a) D'intensifier ses efforts en vue de fournir un soutien et une aide matérielle aux familles économiquement défavorisées, notamment les familles monoparentales, et de garantir le droit des enfants à un niveau de vie suffisant;
- b) D'étendre et de renforcer la couverture sociale;

- c) D'envisager d'élaborer une stratégie de réduction de la pauvreté en mettant tout particulièrement l'accent sur les enfants vulnérables et leurs familles;
- d) De faire appel à l'aide des organismes des Nations Unies et des donateurs.

7. Éducation, loisirs et activités culturelles

54. Le Comité se félicite également des efforts entrepris par l'État partie à cet égard dans le cadre du Plan quinquennal de développement, du Programme national pour l'enseignement des droits de l'homme, lancé en 1994, et du programme de coopération avec l'UNICEF visant à accroître le nombre des inscriptions scolaires des filles (1997-2001) mais il demeure préoccupé par le taux élevé d'analphabétisme, chez les femmes notamment. Il est préoccupé également par le nombre élevé d'abandons scolaires et de redoublements, les disparités par sexe ainsi que les disparités régionales au sein du système éducatif, le coût de l'enseignement primaire (fournitures, manuels, etc.) et la baisse du nombre d'inscriptions dans l'enseignement primaire.

Il est préoccupé en outre par la baisse des montants inscrits au budget national au titre de l'éducation, par les conditions de vie des enseignants, qui influent sur la qualité de l'enseignement, et par les difficultés du système de formation professionnelle (voir rapport de l'État partie, par. 518).

55. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) De faire en sorte que garçons et filles aient progressivement accès, dans des conditions d'égalité, à des possibilités d'éducation, sans que l'aspect financier soit un obstacle, qu'ils vivent dans des zones urbaines, rurales, ou dans les régions les moins développées;
- b) De prendre les mesures nécessaires, et notamment de prévoir des ressources financières, humaines et techniques suffisantes, pour renforcer l'efficacité de la gestion de l'enseignement, en tenant compte de l'Observation générale no 1 sur le premier paragraphe de l'article 29 (buts de l'éducation);
- c) De poursuivre ses efforts en vue d'introduire les droits de l'homme, notamment les droits de l'enfant, dans les programmes scolaires, comme le prévoit le Programme national pour l'enseignement des droits de l'homme;
- d) De s'efforcer d'appliquer des mesures supplémentaires pour promouvoir l'enseignement préscolaire et inciter les enfants à poursuivre leur scolarité et d'adopter des mesures efficaces pour réduire les taux d'analphabétisme;
- e) De continuer à coopérer avec l'UNESCO et l'UNICEF afin d'améliorer le système d'éducation.

8. Mesures spéciales de protection

Enfants touchés par les conflits armés

56. Le Comité se félicite de ce que l'État partie a ratifié le Protocole facultatif se rapportant à la Convention concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés et a fixé l'âge minimum pour l'enrôlement obligatoire dans les forces armées à 20 ans mais il demeure préoccupé par la situation des enfants qui vivent au Sahara occidental.

57. À la lumière de l'article 38 de la Convention, le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures possibles pour garantir la pleine protection des enfants touchés par les conflits armés au Sahara occidental.

Enfants migrants

58. Le Comité est profondément préoccupé par la situation des enfants marocains expulsés, notamment dans les villes de Ceuta et de Melilla en Espagne, et notamment par les allégations de brutalités policières dont ces enfants seraient victimes. Il est préoccupé en outre de constater que ces enfants, lorsqu'ils sont de retour sur le territoire de l'État partie, ne reçoivent pas une protection ou une aide suffisantes et que leur situation ne fait pas l'objet d'un suivi.

59. Compte tenu des recommandations qu'il a faites à l'Espagne (CRC/C/15/Add.185, par. 46), le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires:

- a) Pour empêcher que des enfants non accompagnés migrent vers d'autres pays, en leur offrant notamment des possibilités d'éducation;
- b) Pour se mettre en contact avec le Gouvernement espagnol afin de garantir que les enfants rapatriés d'Espagne au Maroc seront dirigés vers les membres de leur famille disposés à prendre soin d'eux ou vers des services sociaux spécialisés dans la protection et la réinsertion des enfants;
- c) Pour enquêter de manière efficace sur les cas signalés de maltraitance d'enfants rapatriés.

Exploitation économique, y compris le travail des enfants

60. Le Comité prend note des efforts déployés par l'État partie pour empêcher et combattre le travail des enfants (ratification des Conventions de l'OIT nos 138 et 182, Programme OIT/IPEC pour l'abolition du travail des enfants), mais il n'en demeure pas moins préoccupé de constater que l'exploitation économique des enfants demeure très courante dans le secteur agricole et dans celui de l'artisanat (travail du métal, fabrication de bijoux, de tapis et de mosaïques notamment).

Il est également extrêmement préoccupé par la situation des domestiques, essentiellement des filles (petites bonnes), qui travaillent dans des conditions très difficiles et sont victimes de sévices.

61. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) De continuer à renforcer sa stratégie intégrée de lutte contre toutes les formes d'exploitation économique des enfants;

- b) De faire en sorte que la législation actuelle soit pleinement conforme aux Conventions nos 138 et 182 de l'OIT, en promulguant notamment le nouveau Code du travail, de renforcer les inspections du travail sur les plans quantitatif et qualitatif pour garantir que les lois relatives au travail sont appliquées et d'empêcher que les enfants ne soient victimes d'exploitation économique, en particulier dans le secteur non structuré;
- c) De prévoir la réinsertion sociale des enfants victimes d'exploitation économique, notamment en les réintégrant dans le système éducatif;
- d) De prendre toutes les mesures nécessaires pour faire obstacle et mettre fin à la pratique de l'emploi d'enfants comme domestiques (petites bonnes) en mettant au point une stratégie de grande ampleur, notamment en organisant des débats et des campagnes de sensibilisation, en fournissant des conseils et un soutien aux familles les plus vulnérables et en s'attaquant aux causes fondamentales du phénomène;
- e) De continuer à coopérer avec l'OIT/IPEC.

Exploitation sexuelle

62. Le Comité se félicite de ce que l'État partie a organisé le Forum arabo-africain contre l'exploitation sexuelle des enfants pour préparer la Conférence de Yokohama; il note également que le Code pénal fait l'objet d'une révision à propos de cette question mais il demeure préoccupé par l'importance de l'exploitation sexuelle dans l'État partie. Le Comité est également préoccupé par le fait que la législation de l'État partie ne protège pas tous les enfants de moins de 18 ans de l'exploitation sexuelle, des âges divers ayant été fixés dans différentes lois relatives à l'exploitation sexuelle. Il est préoccupé en outre par le statut des enfants victimes d'exploitation sexuelle qui peuvent être traités comme des délinquants.

63. À la lumière de l'article 34 et d'autres articles connexes de la Convention, le Comité recommande à l'État partie:

- a) D'étendre la protection contre l'exploitation sexuelle, dans tous les textes pertinents, à tous les garçons et filles de moins de 18 ans;
- b) De garantir que les enfants victimes d'exploitation sexuelle ne soient jamais considérés comme des délinquants mais bénéficient de programmes de réinsertion et de réadaptation;
- c) D'entreprendre des études en vue d'évaluer l'ampleur de l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales, y compris la prostitution et la pornographie;
- d) D'élaborer et de mettre en œuvre une stratégie intégrée de lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants conformément à la Déclaration, au Programme d'action et à l'Engagement mondial adoptés lors des congrès mondiaux de 1996 et de 2001 contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales.

Enfants des rues

64. Le Comité se félicite de l'étude sur les enfants des rues que l'État partie a menée (voir rapport, par. 318) mais il exprime les préoccupations que lui inspirent le nombre croissant d'enfants des rues et l'absence de politiques et de programmes spécifiques pour résoudre ce problème et fournir à ces enfants l'aide dont ils ont besoin.

65. Le Comité recommande à l'État partie:

- a) De mettre au point une stratégie de grande ampleur compte tenu du nombre important et croissant d'enfants des rues en vue de les protéger et également d'empêcher et de réduire ce phénomène;
- b) De veiller à ce que les enfants des rues aient une nutrition, des vêtements, un abri, des soins de santé et des possibilités d'éducation, notamment en matière de formation professionnelle et d'acquisition d'aptitudes à la vie quotidienne, suffisants, afin de favoriser leur plein épanouissement;
- c) De faire en sorte que ces enfants aient accès à des services de réadaptation et de réintégration lorsqu'ils ont été victimes de sévices physiques ou sexuels ou lorsqu'ils sont toxicomanes, qu'ils bénéficient d'une protection pour éviter qu'ils ne soient arrêtés par la police et de services de réconciliation avec leur famille, des familles de remplacement et la communauté;
- d) De collaborer avec des organisations non gouvernementales travaillant avec les enfants des rues dans l'État partie et de faire appel à l'assistance technique de l'UNICEF, entre autres.

Enfants en conflit avec la loi

66. Le Comité se félicite de l'adoption du nouveau Code de procédure pénale (août 2002) et du fait que, selon ses dispositions, tous les enfants de 12 à 18 ans en conflit avec la loi bénéficient de la pleine protection et des dispositions spéciales de la Convention mais il demeure préoccupé par le fait que la pleine application de la Convention et des normes pertinentes qui s'y rapportent peut être rendue difficile, entre autres, par une insuffisance de ressources.

67. Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures appropriées pour appliquer effectivement le nouveau Code de procédure pénale, en veillant à ce que le nouveau système soit conforme à la Convention, en particulier les articles 37, 39 et 40, et à d'autres normes de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine, telles que l'ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice

pour mineurs (Règles de Beijing), les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Riyad), les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté et les Directives relatives aux enfants dans le système de justice pénale.

68. En outre, le Comité recommande à l'État partie:

- a) De prendre toutes les mesures nécessaires pour créer un nombre suffisant de tribunaux pour mineurs et continuer à former des juges pour mineurs;
- b) De n'utiliser la privation de liberté (placement en institution) qu'en dernier recours et pour la durée la plus courte possible;
- c) De protéger les droits des enfants privés de liberté, de surveiller leurs conditions de détention et de veiller à ce qu'ils restent en contact régulier avec leur famille tant qu'ils sont entre les mains de la justice;
- d) De renforcer les programmes de réadaptation et de réinsertion;
- e) D'envisager de faire appel à l'assistance technique du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, du Centre pour la prévention internationale du crime et de l'UNICEF, entre autres.

Minorités

69. Le Comité est préoccupé de constater que les enfants appartenant à la communauté amazighe ne peuvent pas toujours exercer leur droit à leur propre culture, utiliser leur propre langue, conserver et développer leur propre identité. Il est préoccupé notamment de ce que les parents ne sont pas autorisés à donner des noms amazigues à leurs enfants.

70. À la lumière des recommandations du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD/C/304/Add.57), le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que les enfants appartenant à la communauté amazighe puissent exercer leur droit à leur propre culture, utiliser leur propre langue et conserver et développer leur propre identité. Le Comité recommande notamment à l'État partie d'autoriser les parents de cette communauté à donner à leurs enfants des noms amazigues.

9. Diffusion de la documentation

71. Enfin, conformément au paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention, le Comité recommande à l'État partie d'assurer à son deuxième rapport périodique ainsi qu'à ses réponses écrites une large diffusion auprès du public et d'envisager de publier ledit rapport ainsi que les comptes rendus des séances consacrées à son examen et les observations finales adoptées par le Comité. Le document ainsi produit devrait être largement diffusé de façon à susciter un débat et contribuer à faire connaître la Convention, sa mise en œuvre et son suivi au Gouvernement, au Parlement et au grand public, y compris les organisations non gouvernementales concernées. Le Comité recommande à l'État partie de demander l'aide de la communauté internationale à cet égard.

10. Périodicité des rapports

72. À la lumière de la recommandation sur la périodicité des rapports adoptée par le Comité (voir CRC/C/114 et CRC/C/124), le Comité souligne l'importance d'une pratique en matière de présentation des rapports qui soit pleinement conforme avec les dispositions de l'article 44 de la Convention. Un aspect important des responsabilités des États parties envers les enfants qui découlent de la Convention est de veiller à ce que le Comité des droits de l'enfant ait régulièrement la possibilité d'examiner les progrès réalisés dans la mise en œuvre de cet instrument. Le Comité recommande à l'État partie de soumettre son prochain rapport périodique d'ici au 20 janvier 2009, soit 18 mois avant la date de présentation de son prochain rapport d'après le calendrier établi dans la Convention.

Ce rapport rassemblera en un seul les troisième et quatrième rapports périodiques et ne devra pas dépasser 120 pages (voir CRC/C/118). Le Comité attend de l'État partie qu'il présente ensuite un rapport tous les cinq ans, comme la Convention le prévoit.

Annexe 3

CONSTITUTION DU MAROC DE 2011

Préambule

(...) Mesurant l'impératif de renforcer le rôle qui lui revient sur la scène mondiale, le Royaume du Maroc, membre actif au sein des organisations internationales, s'engage à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans leurs chartes et conventions respectives, il réaffirme son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus, ainsi que sa volonté de continuer à œuvrer pour préserver la paix et la sécurité dans le monde.

Se fondant sur ces valeurs et ces principes immuables, et fort de sa ferme volonté de raffermir les liens de fraternité, de coopération, de solidarité et de partenariat constructif avec les autres Etats, et d'œuvrer pour le progrès commun, le Royaume du Maroc, Etat 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.

TITRE II

Libertés et droits fondamentaux

Article 19

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 et dans les autres dispositions de la Constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Royaume et ce, dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes et des lois du Royaume. L'Etat marocain œuvre à la réalisation de la parité entre les hommes et les femmes. Il est créé, à cet effet, une Autorité pour la parité et la lutte contre toutes formes de discrimination.

Article 32

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 égale protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale.

L'enseignement fondamental est un droit de l'enfant et une obligation de la famille et de l'Etat.

Il est créé un Conseil consultatif de la famille et de l'enfance.

Article 34

Les pouvoirs publics élaborent et mettent en œuvre des politiques destinées aux personnes et aux catégories à besoins spécifiques. A cet effet, ils veillent notamment à :

-Traiter et prévenir la vulnérabilité de certaines catégories de femmes et de mères, des enfants et des personnes âgées,

- Réhabiliter et intégrer dans la vie sociale et civile les handicapés physiques sensorimoteurs et mentaux et faciliter leur jouissance des droits et libertés reconnus à tous.

TITRE III

De la Royauté

Article 55

Le Roi accrédite les ambassadeurs auprès des puissances étrangères et des organismes internationaux. Les ambassadeurs ou 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'Etat 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 avant sa ratification. Si la Cour

Constitutionnelle, saisie par le Roi ou le Président de la Chambre des Représentants 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.

Royaume du Maroc
Ministère de la Justice et des Libertés
Le Ministre
Circulaire N° 40 S/2 du 12 octobre 2012

Du Ministre de la Justice et des Libertés

A Messieurs

Les Procureurs Généraux près des Cours d'Appel et Procureurs des TPI

Objet : les enfants abandonnés

Vous n'êtes pas sans savoir la grande importance que le législateur a réservée aux enfants abandonnés par le biais de la loi n° 15-01, promulguée par le Dahir portant loi n° 1-02 - 172 du premier Rabie I 1423 (13 juin 2002,) relative aux enfants abandonnés. Cette loi a mis en place une véritable protection juridique de l'enfant abandonné à travers un système de protection subsidiaire, visant à répondre aux besoins affectifs, sociaux et matériels de l'enfant abandonné.

Vue l'influence directe du régime de la *Kafala* sur le devenir de l'enfant abandonné, le législateur a entouré celle-ci de plusieurs garanties qui visent essentiellement à choisir les personnes les plus à même de prendre en *Kafala* les enfants abandonnés.

Ainsi, a-t-il mis en place des mécanismes pour contrôler et suivre l'exécution de la *Kafala* afin de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant abandonné.

Cependant, le suivi de la pratique judiciaire indique que ces dispositions ne sont pas exécutées efficacement et correctement, de façon à remplir l'objectif du législateur qui est de trouver le cadre approprié pour la protection de l'enfant abandonné, afin que son éducation se fasse dans un climat le préparant à assurer son avenir, afin qu'il joue son rôle au sein de la société.

Force est de constater que l'article 9 de la loi 15-01 citée précédemment, exige plusieurs conditions qui doivent être remplies par les postulants à la *Kafala* et qu'il ne suffit pas pour apporter la preuve de leur existence, de seulement présenter des documents qui y seraient relatifs. Il faut également s'assurer de leur véracité et de la conformité des conditions requises pour l'exécution de la *Kafala*. Cela doit se faire à travers une enquête, diligentée par le juge des mineurs, à travers la Commission prévue à l'article 16 de la même loi, et dont les membres et le Président sont définis par le décret n° 2-03-600 du Rabie II 1425 (7 juin 2004).

Dans ce cadre, il est constaté que la vérification des conditions exigées par l'article 9 pour les *Kafils*, notamment en ce qui concerne leur aptitude morale, sociale et leur capacité à élever un enfant abandonné selon les préceptes de l'Islam, ne pose pas

de problème particulier à la Commission désignée selon l'article 16, lorsqu'il s'agit de personnes résidant habituellement au Maroc. Il en est autrement lorsque les postulants à la *Kafala* sont de nationalité étrangère et ne résident pas au Maroc. En pareil cas, il devient difficile de vérifier - dans le cadre des dispositions précitées - les informations et les données sur ces derniers, alors même qu'elles constituent le fondement de la décision du Juge des Mineurs d'accorder ou de refuser la *Kafala*.

Par ailleurs, si les dispositions de l'article 24 de la loi n° 15-01 permettent aux *kafils* de quitter le territoire national avec l'enfant abandonné pour résider définitivement à l'Etranger, ceci n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés, notamment en ce qui concerne le suivi de la situation de l'enfant, objet de la *Kafala*, en dehors du territoire national.

Car comment contrôler l'étendue du respect qu'apporte le *Kafil* à ses obligations légales qui, non remplies, peuvent donner lieu à l'annulation de la *Kafala*. La mise en œuvre de l'annulation sera alors rendue difficile.

Attendu que la volonté du législateur à travers les dispositions sur la *Kafala* vise essentiellement à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant marocain, la préservation de cet intérêt dans le cadre de ce qui vient d'être souligné, nécessite conformément à l'esprit et à la philosophie du régime de la *Kafala* des enfants abandonnés, que la *Kafala* ne soit accordée qu'aux demandeurs qui résident d'une manière habituelle sur le territoire national et ce pour les considérations suivantes :

- La possibilité de s'assurer plus facilement et d'une manière efficace de l'existence des conditions requises se rapportant aux demandeurs de la *Kafala* et ce conformément aux stipulations de l'article 9 de la loi n° 15-01, notamment en ce qui concerne les conditions morales et sociales, ainsi que l'aptitude du demandeur de la *Kafala* à élever l'enfant abandonné selon les préceptes de l'Islam ;
- La possibilité du juge des mineurs de suivre et de contrôler la situation de l'enfant objet de la *Kafala* et de surveiller le respect des obligations du *Kafil*, permettant de consacrer la volonté du législateur de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, étant entendue que ceci demeure difficile lorsque la *Kafala* est accordée à des personnes résidant à l'extérieur du Maroc.

- La possibilité de prononcer une décision d'annulation de la *Kafala* en cas de violation ou de non-respect des obligations du *Kafil* envers l'enfant, objet de la *Kafala* ou en cas de renoncement à celle-ci ou si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige. La décision d'annulation pourra facilement être exécutée.
- La désignation du *Kafil* en tant que tuteur de l'enfant met le premier sous le contrôle permanent du Juge des Mineurs, tel que stipulé par le Code de la Famille, ce qui devient impossible lorsque le *Kafil* réside en dehors du territoire national d'une manière permanente.
- La possibilité d'appliquer les dispositions de l'article 30 de la loi 15-01 qui permettent une protection pénale de l'enfant objet de la *Kafala* vis-à-vis du *Kafil* lorsque ce dernier commet une infraction pénale conformément au Code Pénal marocain.

Afin d'assurer une bonne application des dispositions de la loi précitée et considérant la priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant abandonné nous vous demandons :

- De vérifier à travers une enquête que le demandeur de la *Kafala* étranger réside habituellement sur le territoire national.
- De présenter des requêtes aux juges des mineurs à la lumière des résultats de l'enquête afin de refuser la *Kafala* aux étrangers qui ne résident pas habituellement au Maroc.

Vu l'importance de ces éclaircissements, nous vous demandons de leur accorder l'attention et l'intérêt qu'il faut.
Le Ministre de la Justice

Annexe 4

Ministère du Développement social de la Famille et de la Solidarité UNITE DE PROTECTION DE L'ENFANCE Guide à l'usage des professionnels

Qu'est-ce que l'UPE ?

L'UPE ou Unité de Protection de l'Enfance est une entité chargée de l'ensemble des actions et mesures indispensables en vue de :

Accueillir et écouter l'enfant victime de violences

Détecter, signaler et diagnostiquer toutes formes de violences subies par des enfants

Informier

Orienter et conseiller

Jouer un rôle de médiateur

Accompagner l'enfant victime de violences lors de sa prise en charge médicale, psychologique, sociale et judiciaire

Assurer le suivi et l'évaluation

Prévenir la violence à l'encontre d'enfants

Promouvoir les droits de l'enfant

La protection est pluridisciplinaire :

Protection juridique

Volet légal : signalement ; suivi des procédures; assistance légale; application des lois.

Protection médicale

Volet médical : urgence vitale ; diagnostic et expertise médico-légale ; soins; hospitalisation; prise en charge et suivi.

Protection psychologique

Volet psychologique et psychiatrique : écoute ; diagnostic des formes de violences psychologiques + impact psychologique des violences; accompagnement ; prise en charge psychologique ou psychiatrique; suivi.

Protection sociale

Volet social : enquête; analyse environnement ; problématique familiale ; placement ; réinsertion; médiation violence jeune à jeune; suivi.

Prévention

Volet information, sensibilisation et éducation.

Promotion des droits

**PROMOTION
DES
DROITS**

PREVENTION
Information
Education
Sensibilisation

DETECTION PRECOCE

**PROGRAMMES
SPECIFIQUES**
Enfants à risque
Enfants vulnérables

**ACCOMPAGNEMENT
MPSJ**

PROJET DE VIE

SUIVI

L'UPE est constituée :

d'une équipe permanente

de points focaux protection nommés officiellement par les différents ministères concernés :

Santé

Justice

Education

Intérieur : Police

Défense Nationale : Gendarmerie

Jeunesse

Entraide Nationale

Elle travaille en étroite collaboration avec :

des vacataires spécialisés

des ONG partenaires

les autorités locales

La prise en charge d'enfants victimes de violences se fait **en équipe et en réseau.**

Au sein de cette unité, médecins, psychologues, avocats, assistants juridiques, éducateurs et travailleurs sociaux auront à travailler ensemble et à coordonner leurs actions avec les structures recevant ou prenant en charge les enfants victimes de violence : hôpitaux, centres de santé, services de police judiciaire (police et gendarmerie), tribunaux, écoles, centres de sauvegarde de l'enfance, ONG...

Echanger, confronter, analyser et synthétiser différents points de vue doivent permettre de prendre les décisions qui s'imposeront avec plus de pertinence.

Cette démarche permet également de :

Réduire la méfiance entre les institutions

Apprendre à se connaître et à se respecter

Tenir compte des logiques et des contraintes de chacune des institutions

Prendre conscience de l'importance de chacun des maillons de la chaîne de protection

Etablir des liens

Coordonner les actions

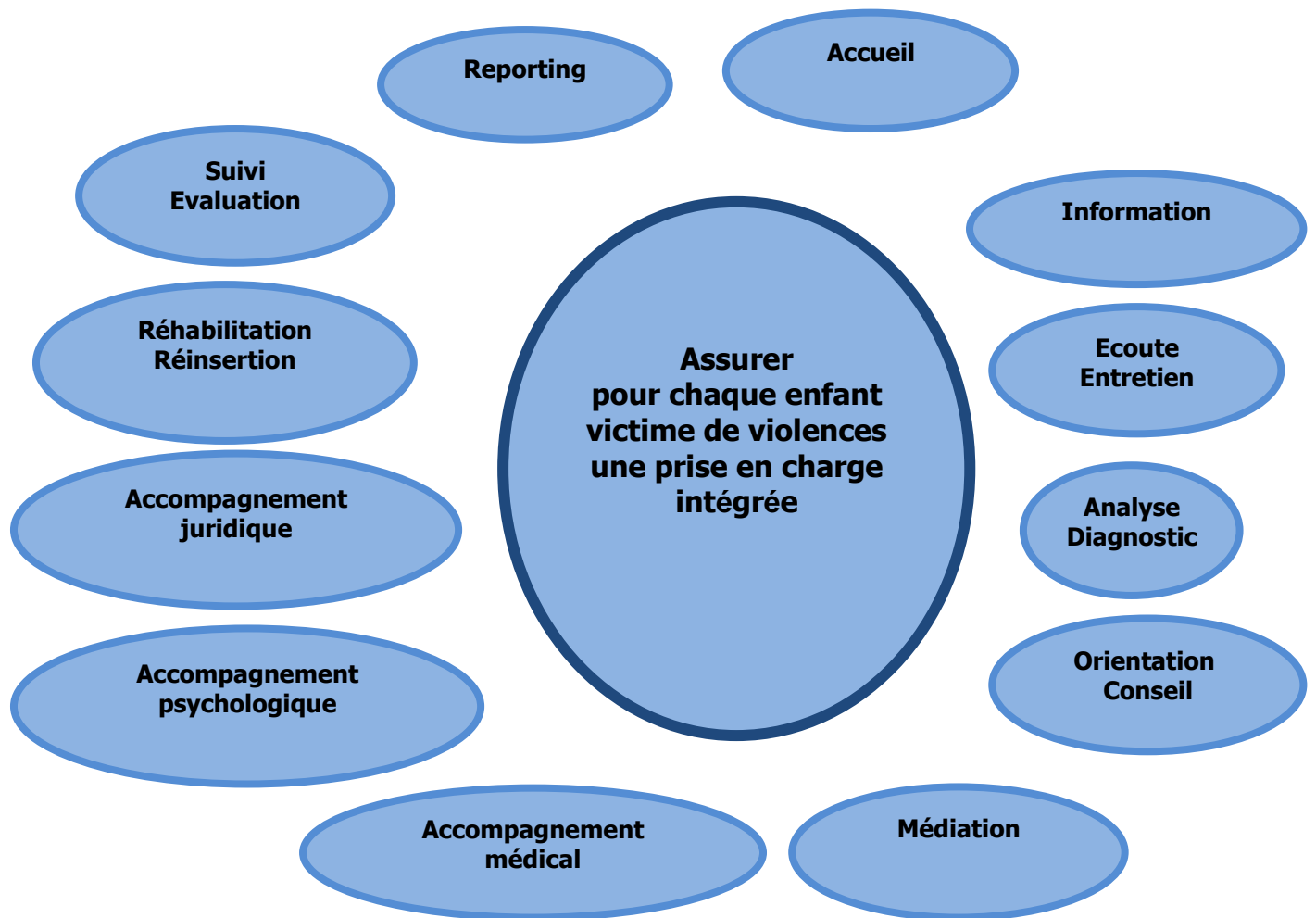
Faire circuler l'information

La synergie ainsi créée donnera plus d'efficacité aux différentes actions.

Quelles sont les missions de l'UPE ?

L'UPE a pour mission de **mettre fin au danger ou au risque de danger** en prenant les mesures nécessaires pour assurer à l'enfant une sécurité physique, psychologique et affective.

Elle a aussi pour mission d'informer et de sensibiliser enfants et adultes sur les droits de l'enfant.



Quels sont les rôles de l'équipe permanente ?

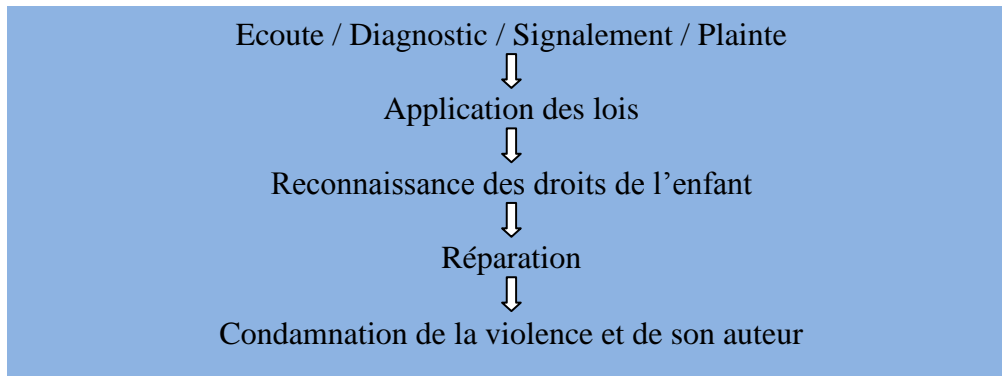
Accueillir : recevoir l'enfant en souffrance et avoir l'attitude adéquate
 Ecouter : recueillir les données et savoir utiliser des techniques spécifiques
 Analyser les données et établir un diagnostic
 Informer l'enfant, la famille, toute personne en charge de l'enfant ou tout accompagnant sur :

- . Les droits de l'enfant
- . Les lois nationales relatives à la protection de l'enfance
- . Les procédures

Assurer une médiation
 Signaler et encourager le signalement
 Orienter
 Donner un conseil
 Défendre l'intérêt de l'enfant
 Accompagner sur les plans juridique, médical, psychologique et social
 Enquêter, se déplacer
 Utiliser les filières
 Tenir des réunions
 Coordonner
 Prendre une ou plusieurs décisions en urgence
 Etablir des synthèses
 Assurer les liens entre les différents points focaux
 Assurer le suivi
 Evaluer la prise en charge, utiliser des indicateurs d'évaluation
 Faire du reporting : remplir et tenir à jour les dossiers, fiches et registres
 Prévenir

Quels sont les rôles des points focaux ?

Faciliter le travail des équipes UPE
Guider les équipes
Accélérer les procédures
Informéer les équipes
Participer aux réunions avec les équipes
Améliorer les procédures et les mécanismes de coordination
Assurer les liens avec leurs services
Assurer le suivi et l'évaluation



UNITE DE PROTECTION DE L'ENFANCE

Guide à l'usage des professionnels

Charte Ethique

Nous, signataires de cette charte, adoptons un cadre éthique de référence pour notre pratique auprès d'enfants victimes de violences.

Cette charte repose sur les fondements indiscutables proclamés par :

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (1948)

La Déclaration des Droits de l'Enfant (1959)

La Convention Relative aux Droits de l'Enfant (1989)

Les lois qui régissent la protection de l'enfance dans notre pays

Notre mission est l'accueil, l'écoute, l'accompagnement médico-psycho-juridico-social, l'information, l'orientation et le suivi d'enfants âgés de moins de 18 ans victimes de violences, quelle qu'en soit la nature.

Notre approche est une approche droits
respectant l'intérêt supérieur de l'enfant

Nous nous engageons donc à observer les principes suivants:

1- Confidentialité et Secret Professionnel :

Nous sommes tenus, dans le cadre du strict respect de la loi, au secret professionnel.

Nous nous engageons à ne "parler" en aucun cas des enfants que nous accompagnons à des personnes extérieures. Le secret professionnel est partagé avec les autres professionnels en charge de l'enfant, eux-mêmes soumis au secret professionnel.

La confidentialité est de rigueur dans notre pratique lors de la tenue des dossiers et de celle des fiches de données informatiques.

2- Non-discrimination et Egalité

Nous nous engageons à respecter « Le droit pour l'enfant à l'égalité sans distinction ou discrimination fondée sur la race, la religion, l'origine ou le sexe. »

La non-discrimination concerne également les enfants porteurs de handicaps et ceux en situation de précarité ou d'exclusion.

Nous partons du principe que les personnes que nous accompagnons s'inscrivent dans un rapport d'égalité avec nous-mêmes.

3- Respect

Notre pratique est basée sur une approche bienveillante faite d'écoute, d'empathie, de conseil, d'information dans le respect majeur de l'identité, de la liberté et des sentiments de la personne. Cette approche permet d'instaurer un climat de confiance et de sécurité.

Nous nous engageons à :

N'exercer en aucune façon de pression physique, psychique, morale ou spirituelle, induisant une limitation de la volonté propre des enfants.
Respecter l'avis exprimé par les enfants et le prendre au sérieux
Obtenir le consentement éclairé des enfants
Donner une information claire et compréhensible sur les droits des enfants, sur la manière de traitement des données
Respecter les enfants et les reconnaître comme des individus à part entière
Rendre compte aux enfants

4- Protection

« L'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux »

Nous nous appliquons à :

Veiller à la protection et au bien-être physique, psychologique et social des enfants

Comprendre les enfants et comprendre le contexte dans lequel ils vivent

Travailler avec les enfants de manière à renforcer leurs capacités et leurs compétences, à développer leur potentiel et leur permettre de les utiliser au mieux

Nous assurer que :

La participation de l'enfant ne risque pas de l'exposer à des actes de violence ou de représailles

Des possibilités d'aide et de soutien existent

Il n'y a pas de risque de stigmatisation

5- Partenariat et Participation

Les enfants et adolescents victimes de violences sont au centre de notre action et représentent nos principaux partenaires.

Nous nous engageons à :

Avoir une approche positive et considérer les enfants comme des individus ayant des besoins, des droits spécifiques et une contribution particulière à apporter

Travailler avec les enfants dans un esprit de coopération et de partenariat basé sur la confiance

Rechercher et favoriser leur participation effective

Les familles sont aussi nos partenaires privilégiés

Nous pensons collaborer avec elles dans toute la mesure du possible :

En les accompagnants et favorisant l'émergence et la consolidation de leurs ressources

En ne nous plaçant pas en situation de concurrence avec elles

En échangeant et en nous concertant avec elles

En favorisant leur participation

Les autres partenaires

Notre mission est de coordonner les actions visant la protection de l'enfant en collaboration avec des services spécialisés, sans nous substituer à eux :

Police judiciaire chargée des mineurs

Tribunaux de mineurs

Services Hospitaliers : Urgences pédiatriques, Psychiatrie de l'Enfant et de l'Adolescent, Médecine Légale, Chirurgie

Services Sociaux

Etablissements Scolaires

Centres de Sauvegarde de l'Enfance

ONG...

6- Rigueur

Nous nous engageons à faire preuve de rigueur durant toutes les phases de notre accompagnement de l'enfant et de sa famille : accueil, recueil de données, tenue des dossiers, respect des rendez-vous et réunions, information, conseil, orientation, accompagnement médico-psycho-juridico-social, suivi

7- Vigilance

Nous veillons à garder active et vivante la dynamique nécessaire à l'accomplissement de notre tâche, par tous les moyens qui s'offrent à nous : travail sur nous-mêmes, supervision, formation continue, ouverture aux autres et au monde.

Cette attitude exige une vigilance continuelle sur nous-mêmes nous permettant de nous garder de nos propres projections, attentes, désirs de puissance. Nous nous gardons en particulier, de toute attitude à prolonger la relation d'accompagnement ou de soin à notre profit.

UNITE DE PROTECTION DE L'ENFANCE
Formation « Accompagner l'enfant victime de violence » (Amal Alami)
Tanger au Maroc le 01 mars 2010

01/03/2010

Bienvenue

Première journée

Accompagner l'enfant victime de violence

Formateur
Amal ALAMI

Objectifs

- Acquérir les concepts de base relatifs au développement cognitivo-comportemental de l'enfant et en effectuer le rapprochement avec ses droits fondamentaux.
- Reconnaître les indicateurs de la violence faite aux enfants ;
- Opérer un changement de perception de l'enfant victime de violence : reconsidérer l'enfant comme une personne
- Adopter les attitudes adéquates lors de l'accueil des enfants maltraités afin de ne pas induire de victimisation secondaire.

CONTENU

- Droits et besoins fondamentaux de l'enfant
- Le développement psychoaffectif de l'enfant : l'enfant en interaction normale
- Vers la violence: troubles des interactions
- La violence: pour une définition commune
- Les enfants en danger, qui sont-ils et à quelle protection ont-ils droit?
- Complexité de la Violence psychologique et sexuelle:
- De la difficulté de dépistage
- Du savoir - être avec l'enfant maltraité: quelles attitudes adopter et quelles écueils éviter?

Un enfant

- La définition élaborée par les Nations Unies permet à tous les pays ayant ratifié la Convention internationale des Droits de l'enfant de partager la même référence.
- Selon l'article n° 1 de la 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 »

**DROITS ET BESOINS
FONDAMENTAUX DE L'ENFANT**

Convention relative aux droits de l'enfant

Les droits fondamentaux de tous les enfants du monde

- Le droit à la **survie**;
- Le droit de **se développer** dans toute la mesure du possible;
- Le droit d'**être protégé** contre les influences nocives, les mauvais traitements et l'exploitation;
- Le droit de **participer** à part entière à la **vie familiale, culturelle et sociale**.

Les quatre principes fondamentaux de la Convention

Sont:

- La non-discrimination;
- La priorité donnée à l'intérêt supérieur de l'enfant;
- Le droit de vivre, de survivre et de se développer
- Le respect des opinions de l'enfant.

La convention et les normes

La Convention protège les droits des enfants en fixant des normes en matière

- de soins de
 - santé,
 - éducation
- et de services
 - juridiques,
 - civils et
 - sociaux.

Article 24 du
Pacte international relatif aux droits civils
et politiques

1. Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.

Tous les droits reconnus dans la Convention sont inhérents à la
DIGNITÉ HUMAINE
 et au
DÉVELOPPEMENT HARMONIEUX
 de chaque enfant.

Les besoins fondamentaux l'enfant et du jeune

Besoin de mouvement	Besoin de repos et de détente
Besoin de sécurité	Besoin de se mesurer au risque
Besoin de socialisation	Besoin d'autonomie
Besoin de fiction et d'imagination	Besoin de s'intéresser au réel
Besoin d'imitation	Besoin de création
Besoin d'éprouver une grande variété	Besoin d'agir sur les choses

UNITE DE PROTECTION DE L'ENFANCE
Programme du séminaire de Tanger 21 et 23 avril 2010 (en arabe)

برنامج الدورة

اليوم الأول : الأربعاء 21 أبريل 2010

القانون الدولي لحقوق الإنسان وحقوق الطفل

- 9:00 إلى 9:20 : - افتتاح؛
- تعارف
تقديم: أهداف الدورة/ التوقعات /البرنامج؛
9:20 إلى 10:30 : - تقديم القانون الدولي لحقوق الإنسان /جلسة عامة؛
نشاط تطبيقي حول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛
10:30 إلى 10:45 : - استراحة
- مواصلة تقديم القانون الدولي لحقوق الإنسان
10:45 إلى 13:15 : - تقديم مسار القانون الدولي لحقوق الإنسان بخصوص حقوق الطفل /جلسة عامة
- نشاط تطبيقي حول مواد اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ؛
- عرض نتائج النشاط التطبيقي/ جلسة عامة؛
13:15 إلى 14:30 : - غداء
14:30 إلى 16:00 : - تقديم اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل /جلسة عامة؛
تصنيف الحقوق الواردة بالاتفاقية؛
تقديم آلية لجنة حقوق الطفل/ جلسة عامة؛
16:00 إلى 16:15 : - استراحة.
16:15 إلى 17:00 : - تقديم التزامات المغرب في مجال الاتفاقية/ جلسة عامة؛
نقاش عام حول محاور اليوم الأول.

اليوم الثاني : الخميس 22 أبريل 2010

استكمال تقديم المعايير الدولية ذات الصلة بحماية الأطفال

- 9:00 إلى 10:30 : - تقديم المعايير الدولية الخاصة بحماية الأحداث المجردين من حريتهم/ جلسة عامة؛
نشاط تطبيقي / حول توصية للجنة حقوق الطفل خاصة بحماية الأحداث المجردين من حريتهم؛
10:30 إلى 10:45 : - استراحة
10:45 إلى 11:45 : - حماية الأطفال ضحايا سوء المعاملة/ المفهوم والمكونات انطلاقا من الاتفاقية؛
11:45 إلى 13:00 : - نشاط تطبيقي/ توصية لجنة حقوق الطفل خاصة بحماية الأطفال ضحايا سوء العنف؛
13:00 إلى 14:30 : - غداء
14:30 إلى 16:00 : - تقديم معايير دولية: ذات صلة بحماية الأطفال من الاستغلال الاقتصادي؛
- نشاط تطبيقي/ حول توصية للجنة حقوق الطفل خاصة بالحماية من الاستغلال الاقتصادي.
16:00 إلى 16:15 : - استراحة.
16:15 إلى 17:00 : - نقاش عام حول محاور اليوم الثاني.

اليوم الثالث : الجمعة 23 أبريل 2010

المقتضيات الوطنية وإعداد المبادئ التوجيهية

- صباحا:**
9:00 إلى 10:30 : - قراءة وتعليق في المقتضيات القانونية الوطنية/ أشغال الورشات؛
ورشة حول حماية الطفل في مدونة الأسرة؛
ورشة حول حماية الطفل في المنظومة الجنائية؛
ورشة حول حماية الطفل من الاستغلال الاقتصادي؛
ورشة حول حماية الأطفال في مراكز الإصلاح والتأهيل؛
ورشة الحماية الجنائية ضد الانتهاكات والجرائم .
10:30 إلى 10:45 : - استراحة
10:45 إلى 11:45 : - تقديم نتائج الورشات/ جلسة عامة ؛
11:45 إلى 13:00 : - إعداد مبادئ توجيهية خاصة بالعلاقة مع الطفل ضحية سوء المعاملة والاستغلال
- عصف ذهني حول المبادئ التوجيهية(المفاهيم والمكونات)؛

- أشغال الورشات؛

13:00 إلى 14:30 : - غداء؛

14:30 إلى 16:00 : - تقديم نتائج الورشات؛

16:00 إلى 16:15 : - استراحة.

16:15 إلى 17:00 : - تقييم الدورة؛

- اختتام.

UNITE DE PROTECTION DE L'ENFANCE

Exercices pratiques sur les différentes observations du Comité des droits de l'enfant (en arabe)

التعذيب والمعاملة المهينة والحرمان من الحرية/ نشاط تطبيقي

1. اعتبرت لجنة حقوق الطفل بخصوص التعذيب والمعاملة المهينة والحرمان من الحرية

" تلاحظ اللجنة أن دستور الفلبين يحظر التعذيب وأن أحكام قانون رفاة ورعاية الأطفال والشباب يوفر الحماية للأطفال من التعذيب وسوء المعاملة. وأن جميع المستشفيات والعيادات والمؤسسات ذات العلاقة والأطباء المختصين ملزمون بالإبلاغ الخطي عن جميع حالات تعذيب الأطفال وسوء معاملتهم. ورغم ذلك فإن اللجنة تشعر بقلق عميق لأن عددا من حالات الإبلاغ عن التعذيب، والمعاملة القاسية واللاإنسانية للأطفال، خصوصا الأطفال المحتجزين، وتكرر اللجنة توصياتها السابقة بشأن التعذيب وتجريمه بنص القانون. وترى أن التشريعات الحالية لا تزود الأطفال بمستوى كاف من الحماية من التعذيب وسوء المعاملة.

" ... تحت اللجنة الدولية الطرف على مراجعة تشريعاتها لتوفير حماية أفضل للأطفال من التعذيب وسوء المعاملة في المنزل وفي جميع المؤسسات العامة والخاصة. وتجريم التعذيب بموجب القانون وتوصي اللجنة الدولية الطرف بالتحقيق والملاحقة في جميع حالات تعذيب الأطفال وسوء معاملتهم، مع عدم وقوع الطفل ضحية في الإجراءات القانونية، وحماية خصوصيته. وعلى الدولة الطرف ضمان تزويد الأطفال الضحايا بالخدمات الملائمة من رعاية وتعاف وإعادة إدماج...¹²⁴³

تعليقات حرة	استخراج الأفكار

الاستغلال الاقتصادي للأطفال/ نشاط تطبيقي

3. اعتبرت لجنة حقوق الطفل

" في بعض الدول والمناطق، يتم تهيئة الأطفال للعمل في سن مبكرة بما في ذلك الأعمال التي تحمل قدرا من الخطورة، أو الاستغلال، أو الضرر على صحة الأطفال وتعليمهم وأملهم المستقبلية، فعلى سبيل المثال، قد يبدأ صغار الأطفال بالأعمال المنزلية، أو العمل الزراعي، أو مساعدة الوالدين أو الإخوة المنخرطين في أنشطة خطيرة، وحتى صغار الأطفال قد يكونون ضعفاء ومعرضين للاستغلال الاقتصادي، كما هي الحال عند استخدامهم أو تشغيلهم في التسول.

ومن الأسباب الأخرى المثيرة للقلق أيضا هي استغلال صغار الأطفال في صناعة الترفيه كاستخدامهم في برامج التلفزيون والأفلام والإعلانات، وغيرها من طرق الدعاية والإعلام. وتتحمّل الدول الأطراف مسؤوليات خاصة ذات صلة بالأشكال المتطرفة من عمل الأطفال الخطرة المحددة في اتفاقية منظمة العمل الدولية حول أسوأ أشكال عمل الأطفال، 1999 (رقم 182)...¹²⁴⁴

تعليقات حرة	استخراج الأفكار

¹²⁴³ الفلبين. 259.Add/15/CRC/C. الفقرتان 38 و39.

¹²⁴⁴ لجنة حقوق الطفل، التعلق العام رقم 7 لعام 2006 Rev/V/CRC/C/GC الفقرة 36 (هـ)

وفي تعليقها العام رقم 9 حول "حقوق الأطفال المعوقين"، تؤكد اللجنة أن الأطفال ذوي الإعاقات هم أكثر ضعفا على وجه الخصوص للأشكال المختلفة من الاستغلال الاقتصادي، بما في ذلك "أسوأ أشكال عمل الأطفال" إلى جانب الاتجار بالمخدرات والتسول.

وتوصي اللجنة بالمصادقة على اتفاقيتي منظمة العمل الدولية رقم 138 و رقم 182، وهي تحت الدول على تنفيذ هاتين الاتفاقيتين لتولي عناية خاصة بضعف الأطفال المعوقين وحاجاتهم (CRC/C/GC/ الفقرة 75.

عادة تأهيل الأطفال الضحايا/ نشاط تطبيقي

5. اعتبرت لجنة حقوق الطفل بخصوص إعادة تأهيل الأطفال الضحايا

"توصي اللجنة الدولة الطرف باتخاذ جميع التدابير الملائمة، بما في ذلك التعاون الدولي، إذا ما دعت الحاجة إلى ذلك، لتلبية حاجات التأهيل البدني والنقسي والاجتماعي للأطفال المتأثرين بالنزاعات... وتوصي اللجنة الدولة الطرف بإعمال حقوق أطفال الشوارع والأطفال المتسولين وحاجاتهم وتسهيل إعادة اندماجهم في المجتمع عن طريق... تطوير وتنفيذ سياسة شاملة، يشترك فيها أطفال الشوارع والمتسولون والمنظمات غير الحكومية جنباً إلى جنب، للتوجه نحو الأسباب الجذرية لإحباط تسول الأطفال ومنعه وخفضه، ولتزويد أطفال الشوارع والأطفال المتسولين بالحماية الضرورية، وخدمات الرعاية الصحية الملائمة، وخدمات التعليم وإعادة الاندماج الاجتماعي....

كما توصي اللجنة الدولية المعنية بتعزيز الإجراءات القانونية لحماية الأطفال ضحايا الاستغلال الجنسي الذي يشمل الاتجار، والعروض الداعرة، والدعارة والسياحة الجنسية، وبإعطاء الأولوية للمساعدة على التأهيل وضمان تلقي هؤلاء الضحايا خدمات التعليم والتدريب إضافة إلى المساعدة النفسية والمشورة، ويتجنب إرسال الضحايا الذين لا يستطيعون العودة إلى أسرهم إلى مؤسسات.

"وتوصي اللجنة الدولة الطرف أيضاً باتخاذ إجراءات للحد من نسبة تعاطي الكحول والمخدرات بين الأطفال وتخفيضها، وبدعم برامج التأهيل وإعادة الاندماج الاجتماعي للأطفال ضحايا تعاطي الكحول والمخدرات"¹²⁴⁵.

تعليقات حرة	استخراج الأفكار

عدالة الأحداث الجانحين/ نشاط تطبيقي

6. اعتبرت لجنة حقوق الطفل

"تعتبر اللجنة عن قلقها العميق إزاء التدابير المتخذة تحت ما يسمى "بخطه القبضة الصارمة" المتبنية في عام 2003، وقوانين محاربة العصابات التي تعد خرقاً للاتفاقية. وتبدي اللجنة قلقها إزاء مجموعة من الأشياء، ومنها فكرة "القاصر القادر" والتي تدور حول إمكانية مقاضاة طفل صغير في سن 12 أو أكبر كشخص راشد، وتبدي اللجنة قلقها أيضاً إزاء الأعداد الكبيرة للأطفال الذين يتم احتجازهم نتيجة لتطبيق "خطه القبضة الصارمة" وقوانين محاربة العصابات. وتأسف لضعف السياسات الاجتماعية والتعليمية للتعامل مع مشكلات الانخراط في العصابات والعنف والجريمة بين اليافعين.

"تحث اللجنة الدولة الطرف وبشكل فوري على إلغاء قانون محاربة العصابات. وتكرر اللجنة تأكيدها من جديد أن التزام الدولة الطرف بضمان أن تكون التدابير المتخذة لمنع الجريمة ومحاربتها متوافقة توافقاً تاماً مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان وأنها تستند إلى مبدأ مصالح الطفل الفضلى. وتوصي اللجنة الدولة الطرف بتبني استراتيجيات شاملة لا تقتصر فقط على اتخاذ تدابير جزائية. لكنها تتصدى للأسباب الجذرية للعنف والجريمة بين اليافعين أيضاً. داخل العصابات وخارجها، بما فيها سياسات الإدماج الاجتماعي لليافعين المهمشين. وهي تدابير لتحسين الحصول على التعليم والتشغيل مع استخدام المرافق الترفيهية والرياضية، وبرامج إعادة الاندماج للأحداث"¹²⁴⁶.

تعليقات حرة	استخراج الأفكار

¹²⁴⁵ السنغال 2/CRC/C/SEN . الفقرات 57-59-65-67

¹²⁴⁶ السلطاني 232.Add/15/CRC/C . الفقرتان 67 و 67.

Index

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

abandon, 59, 132, 246, 308, 309, 516, 518, 527, 547, 549, 696
abus sexuel, 166, 396
accouchement, 30, 58, 188, 202, 417, 418, 418, 469, 542, 543, 544, 547, 562
adolescent, 125, 161, 553
adoption, 15, 21, 24, 25, 42, 90, 91, 108, 117, 124, 162, 164, 166, 205, 240, 263, 266, 330, 334, 337, 360, 400, 405, 406, 409, 411, 415, 416, 417, 442, 492, 526, 536, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 557, 575, 577, 578, 590, 597, 598, 607, 655, 687, 701, 746, 750, 753
affection, 59, 70, 174, 209, 230, 238, 239
âge, 19, 32, 52, 54, 57, 61, 62, 69, 70, 71, 75, 76, 78, 93, 115, 121, 125, 140, 143, 147, 160, 165, 173, 174, 176, 177, 178, 179, 193, 194, 196, 197, 198, 199, 201, 208, 211, 212, 213, 215, 219, 225, 236, 239, 244, 278, 279, 300, 302, 309, 327, 388, 418, 445, 455, 458, 469, 476, 479, 485, 494, 497, 498, 498, 499, 506, 508, 508, 509, 526, 539, 540, 541, 552, 553, 554, 557, 559, 560, 561, 564, 564, 568, 569, 572, 572, 573, 574, 577, 588, 590, 591, 616, 625, 646, 647, 648, 649, 650, 652, 662, 663, 668, 669, 671, 677, 685, 693, 700, 715, 751, 752
Al Hadana, 278, 507
alimentation, 316, 510
allaitement, 207, 505, 558, 560
alphabétisation, 322, 329, 330
amour, 58, 65, 70, 86, 122, 207, 227, 230, 238, 238, 239, 651, 730
analphabète, 689
application directe, 38, 263, 353, 371, 378, 390, 397, 398, 399, 410, 420, 421, 422, 424, 426, 427, 430, 434, 435, 541, 631, 749
autonomie, 66, 104, 212, 213, 215, 241, 245, 246, 302, 494, 526, 540, 553, 554, 555, 595, 616, 626, 643, 665, 686, 735
autorité parentale, 15, 21, 22, 55, 113, 122, 125, 131, 144, 164, 377, 401, 402, 403, 406, 411, 419, 420, 442, 443, 446, 447, 449, 450, 453, 455, 456, 457, 459, 480, 481, 482, 485, 487, 493, 494, 495, 517, 546, 581, 608, 608, 617, 618, 620, 621, 622, 623, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 633, 634, 635, 637, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 646, 649, 691, 752, 753

C

capacité d'exercice, 211
capacité de jouissance, 136, 186, 187, 192, 193, 195, 196
capacité juridique, 34, 117, 174, 176, 191, 278, 488, 502, 543, 627, 760
child, 109
chômage, 35, 315, 318, 318, 321, 324, 439, 506, 688, 693, 694, 695, 696, 699, 702
citoyenneté, 137, 230, 587
convention internationale, 340, 369, 414
coparentalité, 442, 443, 445, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 454, 456, 458, 496, 502, 608, 625, 625
cour d'appel, 403, 412, 425, 449, 451, 453, 455, 543
cour suprême, 435

D

débordements, 579, 581, 647, 742, 743, 751, 753,
démariage, 478
démocratie, 296, 302, 309, 760
désir d'enfant, 57, 585, 586, 587
devoir, 70, 124, 130, 134, 228, 236, 256, 433, 445, 551, 586, 615, 624, 660
discernement, 143, 193, 194, 196, 197, 198, 236, 412, 413, 472, 485, 487, 494, 542
discipline, 51, 51, 61, 69, 70, 132, 243
droit à l'éducation, 39, 63, 86, 132, 133, 282, 298, 302, 302, 303, 309, 338, 535, 556, 559, 569
droit à la santé, 93, 338, 558
droit à la vie, 30, 185, 748
droit de l'Homme, 423, 558
droit de la femme, 513
droit objectif, 2, 14, 15, 755
droit positif, 23, 41, 42, 45, 261, 262, 263, 267, 269, 270, 279, 295, 331, 396, 478, 534, 726
droit subjectif, 14, 34, 112, 607, 608
dualiste, 343, 349, 350, 364

E

école, 30, 52, 62, 93, 99, 131, 133, 185, 236, 237, 301, 304, 307, 308, 327, 329, 338, 456, 569, 570, 640, 658, 671, 674, 689, 704, 712, 713, 715
effectivité normative, 37, 38, 757

effectivité pratique, 36, 242, 740
effet direct, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 370, 372, 373, 374, 378, 380, 395, 398, 404, 416, 421, 422, 422, 423, 424, 425, 426, 431, 484, 541, 748
embryon, 119, 174, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 242, 278, 590
Emile, 79
enfant abandonné, 135, 495, 513, 517, 519, 525, 526, 557
enfant en danger, 21, 388, 396, 494, 649, 652, 660
enfant légitime, 468, 472, 625
enfant maltraité, 652
enfant naturel, 416, 425, 468, 495, 527, 531, 532, 533, 625, 726
enfant supranational, 30
enseignant, 307, 712, 713, 715, 716, 717

F

femme, 15, 30, 105, 175, 181, 188, 189, 196, 202, 205, 214, 217, 218, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 255, 263, 270, 273, 274, 275, 276, 366, 386, 460, 469, 502, 503, 504, 509, 511, 512, 513, 518, 519, 522, 527, 528, 529, 542, 543, 588, 590, 600, 677, 685, 688, 691, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 702, 703, 704, 707, 711, 758
filiation adoptive, 460
filiation hors mariage, 39
filiation maternelle, 277, 417, 467, 468, 469, 726
filiation naturelle, 408, 416, 468
filiation paternelle, 416, 468, 469, 480, 760
fille, 32, 161, 181, 198, 203, 206, 275, 417, 418, 419, 453, 498, 499, 499, 508, 510, 511, 526, 554, 555
fil, 32, 94, 203, 206, 253, 417, 478, 511
fiqh, 34, 244, 269
fonction parentale, 57, 59, 217, 231, 233, 235, 236, 236, 237, 238, 618, 619, 627, 631, 632, 633, 636, 637, 638, 641, 642, 644, 646
frère, 528, 532

G

garçon, 181, 198, 203, 498, 498, 499, 508, 510
garde d'enfant, 374, 509, 600, 710
grands-parents, 221, 235, 417, 418, 418, 478, 509, 543, 644
grossesse, 58, 180, 185, 234, 500, 511, 553, 560, 560, 656, 658, 685

H

hadith, 209, 211, 232, 233, 235, 238, 239, 246
héritage, 103, 188, 190, 195, 329, 497, 590, 726
humanité, 18, 51, 73, 84, 120, 129, 134, 181, 585

I

identité, 30, 101, 123, 127, 135, 362, 363, 385, 424, 425, 461, 462, 469, 469, 470, 477, 481, 505, 528, 529, 530, 541, 542, 553, 559, 584, 595, 595, 607
idéologique, 40, 82, 610, 720
individu, 7, 14, 17, 34, 43, 52, 53, 66, 79, 82, 88, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 105, 117, 134, 168, 172, 175, 192, 192, 193, 210, 215, 282, 423, 438, 439, 442, 443, 447, 461, 482, 495, 495, 576, 579, 580, 584, 595, 599, 602, 603, 606, 608, 608, 616, 669, 671, 728, 729, 730, 750, 755
individualisation, 101, 104, 175, 215, 441, 442, 494, 592, 600, 615, 627
institution, 15, 77, 101, 102, 104, 107, 122, 131, 135, 217, 218, 220, 266, 275, 289, 290, 291, 294, 303, 330, 406, 459, 478, 481, 495, 518, 521, 526, 527, 534, 543, 574, 589, 611, 619, 623, 656, 665, 690, 730, 756
intérêt de l'enfant, 15, 21, 22, 34, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 128, 129, 162, 246, 247, 252, 387, 388, 395, 396, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 406, 408, 409, 410, 411, 414, 418, 443, 444, 445, 447, 447, 451, 454, 455, 456, 456, 457, 458, 459, 463, 472, 474, 475, 476, 484, 490, 508, 509, 516, 517, 536, 548, 555, 576, 590, 597, 598, 599, 600, 608, 609, 624, 625, 631, 632, 642, 657, 661, 729, 730, 740
intérêt supérieur de l'enfant, 22, 92, 105, 106, 107, 114, 128, 175, 377, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 409, 410, 411, 420, 422, 438, 439, 455, 456, 458, 458, 459, 473, 520, 543, 604, 609, 610, 611, 617, 642, 685, 749
Islam, 34, 178, 180, 185, 203, 218, 221, 241, 246, 249, 259, 263, 264, 265, 266, 267, 273, 332, 720, 731

J

juge aux affaires familiales, 415, 454, 455, 630, 644
juge de cassation, 371, 375
juge des enfants, 540, 663, 665
juristes musulmans, 183, 187, 197
justice des mineurs, 537, 539, 540, 541, 617, 669, 670, 671

K

Kafala, 366, 387, 405, 406, 409, 411, 435, 442, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 534, 577, 680, 756

L

langue arabe, 178, 195, 197, 216, 228, 236, 243, 368

libéralisme, 94, 96, 97, 576
libération, 78, 136, 146, 148, 334, 581, 611, 613,
libérationniste, 117, 137, 146, 719, 729, 732
liberté d'expression, 30, 96, 117, 139, 143, 257
liberté de pensée, 30, 117, 138, 139, 142, 299,
551, 556
liberté individuelle, 582, 586, 597, 613
liberté religieuse, 30, 142, 536, 550, 551, 552, 554,
555, 556
logement, 250, 282, 301, 321, 323, 326, 328, 330,
396, 507, 508, 511, 512, 513

M

majeur, 193, 199, 309, 419, 510, 519, 542, 548,
553, 642, 663, 666, 681, 693, 704, 706, 715
majorité, 16, 18, 37, 58, 87, 121, 127, 134, 140,
142, 150, 157, 174, 174, 178, 185, 194, 199, 199,
201, 211, 240, 242, 248, 250, 251, 252, 258, 263,
268, 278, 279, 333, 366, 376, 378, 388, 391, 396,
398, 409, 410, 418, 469, 497, 502, 509, 509, 520,
526, 534, 551, 552, 553, 554, 566, 575, 629, 644,
664, 669, 690, 692, 699, 708, 718, 723
maladie, 327, 508, 558, 565, 588, 597
manquements, 37, 339, 672, 674, 703, 757
mariage, 19, 39, 39, 105, 127, 159, 166, 175, 199,
205, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 255, 259, 275,
276, 444, 459, 464, 465, 468, 469, 471, 478, 478,
497, 498, 499, 500, 501, 502, 507, 509, 510, 511,
519, 528, 529, 530, 531, 534, 577, 603, 604, 621,
625, 685, 700, 703, 726, 727, 753
maturité, 62, 143, 147, 165, 174, 176, 178, 211,
215, 445, 485, 499, 616, 625, 646, 647, 648, 649,
650, 652, 662, 668
médiation familiale, 634, 641, 642, 643, 644, 645,
646
mère, 3, 15, 30, 31, 32, 57, 58, 59, 61, 106, 113,
123, 126, 161, 162, 175, 178, 183, 185, 187, 188,
189, 192, 193, 195, 196, 202, 207, 225, 226, 227,
228, 229, 231, 233, 234, 403, 409, 412, 413, 413,
417, 419, 419, 420, 425, 448, 450, 451, 453, 453,
454, 455, 456, 457, 458, 469, 470, 472, 476, 480,
502, 503, 505, 508, 509, 511, 513, 517, 518, 522,
527, 528, 530, 531, 532, 533, 543, 590, 600, 607,
607, 608, 608, 625, 629, 656, 685, 690, 691, 735
mineur délinquant, 494, 541, 652, 664, 665
minorités, 536, 549, 550
monarchie, 266, 271, 284, 285, 286, 292, 295, 296,
731
moniste, 343, 350, 357

N

naissance, 19, 30, 41, 53, 59, 61, 86, 87, 105, 119,
120, 121, 123, 137, 174, 176, 178, 179, 180, 181,
183, 185, 187, 188, 189, 191, 193, 194, 201, 202,
203, 204, 205, 207, 253, 279, 322, 331, 409, 416,

421, 425, 467, 468, 469, 473, 511, 514, 528, 529,
531, 533, 543, 560, 597, 598, 609, 616, 647
nationalité, 30, 86, 123, 127, 135, 160, 271, 365,
366, 412, 421, 424, 425, 481, 505, 509, 519, 700,
701, 703, 756
néonatale, 560, 560, 561, 563
nom de famille, 187, 529, 532, 533, 604, 607

P

parentalité, 447, 605, 619, 630, 633, 639, 640, 642,
646, 653, 656, 660
parenté, 455, 460, 603, 604, 605, 606, 607, 608,
611
parole de l'enfant, 415, 481, 482, 490, 536, 554,
pédagogie, 51, 59, 67, 72, 231, 244, 255, 665
pension alimentaire, 188, 228, 396, 505, 507, 509,
510, 510, 511, 512, 513, 685
philosophie des Lumières, 50, 53, 59, 142, 169
plaidoyer, 418, 675, 680, 682, 683, 684, 685, 686,
733, 734
possession d'état, 408, 462, 466, 467, 471, 471,
472
protectionniste, 117
psychologie, 35, 65, 115, 636
puberté, 174, 176, 177, 178, 194, 197, 198, 199,
200, 212, 278, 331, 497

R

responsabilité parentale, 620, 623, 640, 657

S

sociologie, 340

T

Tifl, 174, 177, 178
transmission, 125, 126, 239, 481, 489, 588, 597,
607, 607, 627
travail des enfants, 21, 62, 62, 91, 157, 165, 281,
313, 318, 319, 320, 557, 570, 571, 572, 574

U

universalisation, 101, 303
universalité, 16, 18, 40, 45, 170, 172, 258, 260, 333
universelle, 17, 19, 35, 42, 45, 46, 81, 86, 94, 106,
116, 119, 134, 169, 170, 171, 172, 178, 214, 286,
441, 748

V

vaccination, 327, 563, 676, 677
vérité biologique, 15, 466, 467, 470, 472, 481, 606
vie familiale, 127, 159, 161, 162, 405, 461, 479,
495, 547, 593, 644

Tables des matières

<i>Introduction</i>	11
<i>Première Partie Les droits de l'enfant : une histoire de consécration</i>	29
<i>Titre I : La reconnaissance universelle des droits de l'enfant</i>	31
<i>Chapitre I : La conception philosophique des droits de l'enfant</i>	33
Section 1 : Une valorisation difficile de l'enfant	34
Paragraphe 1 : La négation du statut de l'enfant.....	34
Paragraphe 2 : Le quotidien difficile de l'enfant	39
Section 2 : Une valorisation constatée en matière d'éducation.....	44
Paragraphe 1 : Une avancée initiée par l'idéologie de Locke	44
Paragraphe 2 : La révolution sociétale de Rousseau.....	47
<i>Chapitre II : La garantie formelle des droits de l'enfant</i>	53
Section 1: La Convention de New York de 1989	54
Paragraphe 1 : La CIDE : Le couronnement d'un processus.....	54
Paragraphe 2: L'esprit de la Convention	58
A. La référence à la philosophie des droits de l'Homme	59
B. L'enfant, un individu reconnu dans la famille	63
C. L'intérêt supérieur de l'enfant	65
Paragraphe 3: Les préoccupations exclusives de la CIDE	71
A. La protection de l'enfant par la Convention	71
B. L'émancipation de l'enfant par la Convention	82
Section 2 : L'acceptation de la CIDE	88
Paragraphe 1 : La création du Comité des droits de l'enfant.....	88
Paragraphe 2 : Les textes européens sur les droits de l'enfant	93
<i>Conclusion du Titre I</i> :.....	99
<i>Titre II : Une universalité confrontée à certaines réticences</i>	101
<i>Chapitre I : La perception des droits de l'enfant en droit musulman</i>	103
Section 1 : Une autre conception de l'enfant et de l'enfance	106
Paragraphe 1 : Une prise en compte de l'enfant de l'embryon à la puberté.....	106
A : La personnalité juridique de l'embryon	108
B. Les droits reconnus à l'embryon	112
Paragraphe 2: Une capacité juridique évolutive	115
Paragraphe 3: Une enfance courte et passagère reconnue à tout être humain	120
A. La naissance : point de départ de l'exercice des droits de l'enfant	120
B. Le droit à une enfance épanouie et achevée	124
Section 2 : Le statut spécifique de l'enfant.....	128
Paragraphe 1: Dans sa famille.....	129
A. Le mariage : garantie des droits de l'enfant	129
B. La responsabilisation des parents	132
C. La valorisation de la fonction parentale	137
Paragraphe 2 : Et dans la société	142
A. La liberté de l'enfant acquise par l'éducation.....	144
B. L'intérêt de l'enfant dans la doctrine musulmane	147
C. Les droits de l'enfant : une question politique.....	151
<i>Chapitre II : Le complexité du contexte des droits de l'enfant au Maroc</i>	155
Section 1 : La complexité de la double référence juridique des droits de l'enfant	158

Paragraphe 1 : Cadre général : le rapport entre la norme du droit musulman et la norme positive	158
A. L'adoption d'un Islam d'Etat	160
B. Les différentes façons d'aménager le droit musulman et le droit positif	162
Paragraphe 2 : Les marques du droit musulman en droit de la famille et de l'enfant	164
A. Des marques réelles	166
B. Des marques symboliques	169
Section 2 : Les obstacles d'ordre politique et socioéconomique.....	171
Paragraphe 1 : Les obstacles d'ordre politique.....	171
A. Aperçu général du contexte politique marocain	172
1. L'enfant et les Constitutions du Maroc : de 1962 au 2011.....	172
2. Un système politique complexe	176
3. Les droits de l'Homme : un bilan mitigé.....	179
B. L'incidence sur les droits de l'enfant.....	183
1. La dignité de l'enfant	183
2. Le problème de l'éducation nationale.....	185
Paragraphe 2: Les obstacles d'ordres socioéconomique	188
A : L'instabilité macro-économique au Maroc	189
1. Aperçu général	189
2. L'accentuation du travail des enfants.....	194
B. L'état du « social » au Maroc	196
1. Aperçu général	196
2. Un générateur de la pauvreté des enfants.....	199
<i>Conclusion du Titre II :</i>	<i>204</i>
<i>Conclusion de la Première Partie :</i>	<i>206</i>
<i>Deuxième Partie Les droits de l'enfant : une dynamique de concrétisation.....</i>	<i>209</i>
<i>Titre I : L'établissement de l'effectivité de la CIDE.....</i>	<i>211</i>
<i>Chapitre I : L'applicabilité de la CIDE en droit français et marocain</i>	<i>213</i>
Section1 : Les conditions de l'applicabilité de la CIDE	214
Paragraphe 1: L'effet direct élargi et assoupli avec l'arrêt GISTI 2012	214
A. L'atténuation des critères rédactionnels	217
B. La souplesse d'une formulation au mode négatif.....	219
Paragraphe 2: La supériorité de la norme internationale affirmée en droit marocain	219
A. Dans la Constitution de 2011	220
B. Dans les lois ordinaires et dans la jurisprudence	223
Section 2 : La question dérangeante de l'applicabilité de la CIDE	227
Paragraphe 1: Une applicabilité tardive et incomplète en droit français	227
A. La reconnaissance tardive de la CIDE.....	227
B. Une reconnaissance incomplète de la CIDE	231
Paragraphe 2: L'inapplicabilité de la CIDE en droit marocain	232
A. L'adaptation des lois internes relatives à l'enfant aux dispositions de la CIDE.....	234
B. L'absence d'une application directe de la CIDE devant les juridictions marocaines.....	237
Section 3 : L'avenir de l'applicabilité de la CIDE	241
Paragraphe 1 : L'après revirement de 2005.....	241
A. Les effets de l'applicabilité de la CIDE sur les droits de l'enfant	241
1. Le succès relatif de l'intérêt supérieur de l'enfant par le biais de l'article 3-1 de la CIDE..	242
2. Une évolution timide des droits de l'enfant par le biais des articles 12-2, 7-1 et 9 de la CIDE	252
B. La question en suspens de l'applicabilité du reste des dispositions de la CIDE	260
Paragraphe 2 : Le défi du juge marocain.....	264
A. Les facteurs favorables à l'application de la CIDE par le juge marocain	265
1. La base légale de l'article 55 de la Constitution	266
2. L'indépendance du juge réaffirmée par la Constitution et le projet de la réforme de la justice	267

3. La formation continue des juges	269
4. La diffusion et le commentaire de la jurisprudence	270
5. Les coopérations en matière de justice	271
B. L'expérience fructueuse des UPE dans l'application de la CIDE	272
<i>Chapitre II : La mise en œuvre de la CIDE en matière familiale en France et au Maroc...</i>	<i>277</i>
Section1 : Une mise en œuvre progressive de la CIDE	278
Paragraphe 1 : Le nouveau statut de l'enfant face à la fragilité de la famille en droit français.....	279
A. Une coparentalité conditionnée par l'intérêt de l'enfant	280
1. Le principe du respect des droits de l'autre parent.....	281
2. Le principe du partage de la résidence de l'enfant	284
3. L'écartement des deux principes par l'intérêt de l'enfant	285
3.1. L'exception de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale	286
3.2. Le refus et le changement de la résidence alternée.....	288
B. La filiation à l'aune des droits de l'enfant	290
1. La place fondatrice de la filiation.....	290
2. L'enfant au centre du droit de la filiation :	292
1.1. L'égalité des filiations : la concrétisation du principe de non-discrimination de la CIDE	293
1.2. La sécurisation de la filiation : la concrétisation du droit de l'enfant à l'identité.....	298
3. La place fondatrice de la filiation et l'intérêt de l'enfant	301
C. La place de la parole de l'enfant	305
Paragraphe 2 : L'individualisation de l'enfant face aux mutations de la famille en droit marocain	312
A : Le nouveau statut de l'enfant au sein de sa famille.....	313
1. La redéfinition de l'enfant :	313
2. La filiation :	316
3. La coresponsabilité des parents :	316
4. Le rôle de la famille dans la sauvegarde des droits de l'enfant.....	318
5. Les droits de l'enfant en cas de dissolution de la vie conjugale	320
5.1 La garde de l'enfant (Al Hadana)	321
5.2 La pension alimentaire (A'nafaqua).....	323
5.3 Le logement de l'enfant	326
B : Les droits de l'enfant abandonné.....	328
1. Une prise en compte de l'intérêt des enfants bénéficiaires de la Kafala	329
2. La responsabilisation des parties recueillant l'enfant	330
3. L'encadrement de l'attribution et le suivi de la Kafala :	332
C. La reconnaissance administrative de l'enfant naturel	334
1. Le droit à l'identité des enfants nés d'un couple marié :	335
2. Le droit à l'identité des enfants « naturels » :	336
Section2 : Une mise en œuvre stagnante de la CIDE.....	338
Paragraphe1 : Les résistances actuelles à la mise en œuvre de la CIDE en droit français	338
A : Les droits des mineurs délinquants.....	338
B : Le droit à l'identité des enfants nés sous X et des enfants issus d'une PMA	344
C. Le droit de l'enfant adopté à conserver les liens avec ses parents	347
D : Le droit des minorités	349
E : La liberté religieuse de l'enfant	351
Paragraphe 2 : La lacune persistante des droits élémentaires	354
A : Le droit de l'enfant à une vie saine et à l'éducation	354
1. La santé : un problème persistant	356
2. Un système éducatif difficile à stabiliser	362
B : La protection de l'enfant contre l'exploitation au travail	364
<i>Conclusion du Titre I :.....</i>	<i>369</i>
<i>Titre II : A la recherche d'une effectivité des droits de l'enfant répondant aux différents contextes</i>	<i>373</i>

<i>Chapitre I : La nécessité de limiter les débordements de la logique des droits de l'enfant en France</i>	375
Section 1 : Les débordements d'une logique fondée sur « les droits subjectifs »	376
Paragraphe 1 : La montée d'un droit à l'enfant	376
A. La portée du concept	376
B. L'APM dans la nouvelle loi bioéthique: manifestation timide d'un droit à l'enfant	378
C. L'émergence d'« un droit à l'AMP » dans la jurisprudence européenne	381
D. Les droits de l'enfant dans l'AMP	383
Paragraphe 2 : L'altération du milieu naturel de l'enfant	387
A. Les mutations de la parenté	389
B. La mise à mal de la place des parents	392
Section 2 : A la recherche des équilibres	396
Paragraphe 1 : La revendication d'un droit de l'enfant à des parents responsables	397
A. La sauvegarde de l'autorité parentale	399
1. Les évolutions de l'autorité parentale	401
2. La mise en œuvre effective des droits de l'enfant à ses parents	403
B. Le soutien à la fonction parentale	406
1. Le changement de statut du soutien : de la société civile à l'Etat	407
2. La nécessité de dépasser la logique d'un soutien aux parents par la contrainte	408
3. La brèche de la médiation familiale comme soutien à la fonction parentale	411
Paragraphe 2 : Le droit de l'enfant d'être respecté dans son âge et dans son degré de maturité	414
A. Dans le système de la protection de l'enfance	415
1. L'unité de la protection de l'enfant en danger et de l'enfant délinquant	416
2. L'excès de la prévention dans la loi de 2007	419
B. Dans la justice pénale des mineurs	424
 <i>Chapitre II : La nécessité de palier les manquements au respect des droits de l'enfant au Maroc</i>	 431
Section 1 : Des manquements palliés par une action associative médiocre	433
Paragraphe 1 : Le faible impact des actions sociales et caritatives	433
Paragraphe 2 : L'absence d'un véritable plaidoyer en faveur des droits de l'enfant	437
Section 2 : Vers un engagement positif de l'Etat	442
Paragraphe 1 : La prise en charge des parents	442
A. La dignité par le travail	443
B. Les droits de la femme	447
Paragraphe 2 : La prise en charge de la famille et de l'école	451
A. L'instauration d'une politique familiale efficace	451
B. L'établissement d'un projet de l'enseignant et de l'école	454
Section 3 : Vers un engagement citoyen sur le thème des droits de l'enfant	457
Paragraphe 1 : Un dispositif juridique proche des fondements sociétaux marocains	457
A. La référence musulmane des droits de l'enfant	459
B. L'applicabilité de la CIDE cadrée par la primatie du groupe sur l'individu	461
Paragraphe 2 : Une dynamique associative autonome et proche du citoyen	463
A. Visant le soutien à la famille	463
B. Et l'éducation aux droits de l'enfant	464
 <i>Conclusion du Titre II :</i>	 466
<i>Conclusion de la Deuxième Partie :</i>	468
<i>Conclusion générale</i>	471
<i>Bibliographie</i>	477
<i>Annexes</i>	527
<i>Index</i>	583
<i>Tables des matières</i>	587

