

Sur les traces de la médiation conventionnelle au Maroc et en Tunisie : Entre les enseignements du passé et l'effervescence actuelle.

L'engouement pour l'étude des modes alternatifs de résolution des litiges est relativement récent au Maghreb Central. En effet, l'expansion de ces modes s'est révélée par la prolifération récente des associations professionnelles jouant le rôle de promoteurs, offrant une nouvelle forme de justice. L'étude de la médiation ne doit pas se confondre avec cette nouvelle mode. Elle doit partir de la spécificité de chaque civilisation, corps de métier ou communauté. L'encadrement de la pratique ne va certainement pas la réduire à un simple processus libre et pas onéreux. La médiation offre la possibilité de saisir le conflit dans toute sa complexité. La difficulté de définir ce mode alternatif de règlement des conflits par rapport à un contexte précis, constitue sa véritable richesse : on ne peut parler d'une approche unique de la médiation. C'est un processus qui varie suivant le contexte et le type de conflit. Une définition par exclusion nous amène à dire qu'en médiation, l'expression de justice négociée¹, imposée ou proposée n'est pas appropriée.

« *Ce que la médiation met en lumière c'est la pluralité des codes d'interprétation à partir des mondes de référence qui leurs donnent sens. C'est à partir de ces univers normatifs que chacun des acteurs interprète la réalité...Le médiateur ne tranche pas, non seulement il n'impose pas une norme extérieure, il se refuse à se prononcer sur la légitimité des normes intériorisées par les parties...Avec la méditation, la séparation entre les parties et leurs mise à distance du conflit se réalisent non pas par l'acte de juger et de trancher mais par la reconnaissance²».* La médiation est un processus à travers lequel un médiateur neutre aide les parties en conflit à consentir à une solution sans leur imposer une décision mais en les encourageant à faire des concessions. La définition de la médiation à travers ses caractéristiques les plus significatifs est présentée comme suit :

- « *La médiation est une extension et une continuation des propres efforts des parties dans la gestion de leur conflit.*
- *La médiation implique l'intervention d'un individu, un groupe ou une organisation dans un conflit entre deux acteurs ou plus.*
- *La médiation est une forme d'intervention non coercitive, non violente et finalement non obligatoire.*
- *La médiation convertit une relation dyadique en une certaine interaction triadique en augmentant le nombre d'acteurs de deux à trois...*

¹ En médiation conventionnelle, l'objectif est de pacifier le conflit : L'expression justice négociée est utilisée en droit pénal ; associée à une justice consensuelle ou contractuelle, elle fait référence à une politique criminelle bien déterminée. M. Chiavario, « *La justice négociée : Une problématique à construire* ». In, Archives de politique criminelle, N° 15, 1993, p. 29. Voir aussi. S. M. Cabon. La négociation en matière pénale. Thèse. Droit Université de Bordeaux. 2014. 564 p.

² Carole Younes et Etienne Le Roy (S.Dir.) Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ? Paris. Ed. Karthala. 2002. P. 59 et 60. 310 p.

- *Le médiateur interfère dans le conflit en quelque sorte afin d'y apporter un changement, une résolution ou une modification.*
- *Consciemment ou non, les médiateurs sont imprégnés d'idées, de savoirs, de ressources et d'intérêts qui leur sont propres ou appartiennent au groupe qu'ils représentent.*
- *La médiation est une forme volontaire d'intervention ce qui veut dire que les parties gardent leur contrôle sur l'issue du conflit. Ils sont également libres d'accepter ou non les propositions du médiateurs...³»*

C'est là une présentation contemporaine de ce qui fait de la médiation un procédé si particulier de résolution des conflits. L'étude des origines de la médiation et des normes légales qui l'encadre sera l'occasion de montrer d'autres caractéristiques mais son essence reste la même. L'exercice est difficile lorsque la communication autour de la pratique de la médiation conventionnelle fait défaut. De ce fait, les rares études menées sur ce sujet restent théoriques en l'absence de statistiques vérifiées. L'écart est grand entre une volonté législative affichée et une progression effective de la pratique de la médiation dans les pays du Maghreb. Ceci n'est pas souhaitable dans un environnement économique insaisissable et perméable aux crises et aux affres de la justice. La création d'institutions et associations professionnelles sur le sujet, n'a pas été suivie d'une publication systématique de leurs travaux ou actions. En matière de médiation en fait, tous en parlent, savent qu'elle existe mais aucun ne peut affirmer son réel impact. Les quelques études publiées n'aident pas à mesurer tout l'intérêt de la médiation par rapport aux autres modes alternatifs de règlement des litiges. Cet état actuel des choses au Maroc et en Tunisie, n'incite pas réellement à une analyse objective du sujet.

Il faut dire que la place de l'arbitrage dans l'espace maghrébin est beaucoup plus importante que celle accordée à la médiation conventionnelle. L'œuvre législative a depuis longtemps célébré ses 20 ans en Tunisie⁴ et est en voie d'atteindre l'âge de la maturité grâce aux arbitres tunisiens, défenseurs d'une justice négociée effective certes, mais qui reste encore coûteuse. L'arbitrage au Maroc est ancré dans la pratique depuis la période du protectorat et n'a cessé de se développer depuis⁵. La nomination des membres de la Cour supérieure d'Arbitrage le 28

³ Jacob Bercovitch. Theory and practice of international mediation. Selected essays. Routledge. London and New York. 2011. (Traduction) p.17. 304 p.

⁴ Le code de l'arbitrage tunisien promulgué par la Loi N° 93-42. Du 26 avril 1993, a été le sujet d'un colloque organisé à l'occasion de son vingtième anniversaire à Tunis publié sous le titre *Le juge et l'arbitre*. S.Dir. S. Bostanji, F. Horchani, S. Manciaux. Ed. Pedone 2014. 370 p.

⁵ Au Maroc beaucoup de professionnels et de centre d'arbitrage contribuent au développement des MARD exemple : The Euro-Mediterranean Center for Mediation & Arbitration, Casablanca. / Rabat International Mediation & Arbitration Centre (CIMAR) Web : <http://www.cimar-maroc.org/> : Rapports d'activité non publiés. De Même en Tunisie on peut citer des centres d'arbitrage mais dont l'impact est strictement professionnel en l'absence de publication des rapports d'activités et de statistiques utiles pour la recherche sur les MARD : Association tunisienne d'arbitrage ; le Centre Tunisien d'arbitrage et de médiation ; Le Centre de conciliation et d'arbitrage de Tunis.

mars 1949⁶ en atteste. Le contexte réglementaire était particulier et concernait la conciliation et l'arbitrage en matière de différents collectifs du travail⁷.

L'arbitrage a été conçu comme un procédé contemporain qui pouvait rivaliser avec les institutions *archaïques* qui échappaient au contrôle économique et politique du secrétaire général du protectorat. Son introduction en tant que procédé de règlement des conflits coïncidait, du temps du protectorat français, avec l'affaiblissement du pouvoir du *Mouhtassib* au Souk et l'allègement de ses prérogatives. L'autorité régionale de contrôle des activités économiques prenait l'avis d'un comité régional composé de personnalités choisies par le secrétaire général du protectorat⁸.

La médiation n'existait pas dans sa forme actuelle et n'a pas fait l'objet d'un texte précis en matière économique ni au Maroc ni en Tunisie. Son domaine de prédilection était les conflits familiaux et sociaux et son champ d'application a longtemps été restreint. Mais il faut dire qu'historiquement, la pratique de la médiation n'a cessé de constituer un mode spécifique de résolution des conflits dans le domaine artisanal et la petite distribution dans les souks. Les corps des métiers agissaient sous le contrôle des *Mouhtassibs* et *Amines*. Le *Mouhtassib* qui avait plein pouvoir en tant qu'inspecteur des Souks jouait aussi le rôle de médiateur entre commerçants entre eux et entre commerçants ou artisans et leurs clients.

Pourquoi parle-t-on de la *Hisba* dans un article sur la médiation conventionnelle ? Dans la pratique judiciaire, cette institution a disparu à notre époque en Algérie et en Tunisie. Au Maroc, elle a survécu du temps de la codification puis revivifiée⁹ par la loi de 1982¹⁰. La transposition de la loi a pourtant limité les pouvoirs du *Mouhtassib*¹¹. Il était donc légitime de douter de la valeur de cette résurrection parce qu'une institution traditionnelle ne pouvait pas intégrer un système juridique moderne¹². Pourtant, l'une des prérogatives essentielles du *Mouhtassib* a été maintenue : Celle de servir « *de médiateur / conciliateur* ». En effet, il est réservé toute une section dans la loi relative aux attributions du *Mouhtassib* à son statut où il est présenté en tant que personne *Neutre, habilitée à concilier les parties à un conflit commercial*¹³.

⁶ Arrêt Vizirizel. Nomination des membres de la Cour supérieure d'arbitrage. Bulletin officiel. N° 1898- du 11/3/ 1949 p299.

⁷ Arrêté Viziriel du 19 janvier 1950 déterminant les modalités d'application du Dahir du 19 janvier 1950 relatif à la conciliation et à l'arbitrage en matière de différents collectifs du travail.

⁸ À côté du contrôle de la qualité et des prix exercés par le *Mohtassib* qui, dans le secteur traditionnel, assurait la police des marchés dans les villes et surveillait les corporations, les autorités du protectorat avaient introduit au Maroc le système français des prix par le biais d'un dispositif de textes juridiques tels que les dahirs du 27 mars 1938, du 9 septembre 1939, du 24 février 1940 et du 11 juillet 1940.

⁹ Discours royal du 22 juin 1982 à l'occasion de la remise des premiers dahirs de la nomination.

¹⁰ Dahir n° 1-82-70 du 28 chaabane 1402 (21 juin 1982) portant promulgation de la loi n° 02-82 relative aux attributions du *mohtassib* et des *oumanas* des corporations. B.O.R.M du 07 Juillet 1982 - Numéro 3636. Décret n° 2-83-717 du 20 rebia II 1404 (24 janvier 1984) relatif à la rémunération forfaitaire allouée aux *mohtassibs*. B.O.R.M du 01 Février 1984 - Numéro 3718

¹¹ Michèle Zirari-devif, « La *Hisba* au Maroc : Hier et aujourd'hui. » In, Les institutions traditionnelles dans le monde arabe. (S. Dir.) Hervé Bleuchot. Ed. Karthala-Iremam, 1996. . (pp.71- 86). p 77. 228 p. Le déclin de l'institution de la *Hisba* n'est pas récent. Durant la période d'avant le protectorat, « *La dispersion des attributions du mohtassib entre divers organes, sa subordination au Pacha achevèrent de vider la Hisba de son contenu traditionnel.* »

¹² Michèle Zirari-devif, *ibid*, p. 85.

¹³ Section II Autres attributions du *mohtassib* ART. 10.— Les *Oumanas* assistent le *Mohtassib* dans l'exercice de ses fonctions et disposent, sous son autorité, chacun en ce qui concerne sa corporation, **d'un pouvoir de conciliation en vue du règlement à l'amiable de tout litige ou contestation s'élevant :**

L'institution de la *Hisba*, telle qu'adoptée en droit marocain, n'a pas gardé sa portée originelle. Le *Mohtassib* s'il ne peut plus prétendre à ses titres de noblesse, il peut néanmoins, servir de modèle à la construction d'une médiation commerciale de proximité et obligatoire. Tout l'intérêt de l'institution originelle de la *Hisba* résidait dans ses effets sur les conflits commerciaux d'antan. En effet, la fonction traditionnelle d'un *Muhtassib* était en rapport étroit avec la police du marché¹⁴. « *La Hisba est le terme par lequel l'usage désigne, d'une part le devoir de tout musulman d'ordonner le bien et d'interdire le mal, d'autre part, la fonction du personnage effectivement chargé en ville de l'application de cette règle à la police des mœurs et plus particulièrement à celle du marché*¹⁵. » Les pouvoirs qu'on attribuait au *Mouhtassib* étaient importants¹⁶ mais son autorité dépendait de sa réputation et son intégration parmi les commerçants. Ceux-ci pouvaient accepter un statut de personnage intègre et compétent pour régler leurs litiges ou éviter son « ingérence » dans leurs affaires. Comme toute institution dans une société en décadence, la *Hisba* n'a pas été épargnée du fléau de la corruption ; son abandon progressif était inévitable. Les abus existaient certes et faisaient de cette institution un danger pour la protection de la vie privée et des libertés fondamentales lorsqu'elle s'appliquait aux liens sociaux et les mœurs ; mais ceci ne devrait pas occulter son intérêt majeur dans le contrôle d'un ordre public économique particulier. Accessoirement, la médiation/conciliation était une pratique courante dans l'administration des souks.

A l'époque contemporaine, que ce soit au Maroc ou en Tunisie, les programmes ayant intégré la médiation, partaient de l'expérience européenne dans ce domaine. La recherche académique sur le sujet a rarement eu pour objet les sources historiques et culturelles de la médiation en tant que mode de pacification des conflits. L'expérience de la médiation a été calquée sur le modèle introduit par les différents partenariats et programmes d'appui à la justice au Maroc et en Tunisie. En Algérie, le choix a été fait par rapport à l'unique objectif de déjudiciarisation. Il a été ajouté au code de procédure civile et administrative algérien, trois modes alternatifs de règlement des conflits par l'adoption de la loi N° 08-09 du 23 février 2008¹⁷. La médiation a été intégrée dans son mode institutionnalisé le plus rigide. Au lieu

^{1°} Entre les artisans et les commerçants des produits visés à l'article premier ci-dessus et leurs apprentis et employés en ce qui concerne les questions relatives à leurs rapports professionnels ;

^{2°} Entre les artisans et les commerçants précités et leurs clients au sujet de prestations ou transactions portant sur des produits ou services soumis au contrôle du mohtassib. ART. 11.— **La conciliation est constatée par un procès-verbal établi par le mohtassib et signé par lui et par les parties en cause.** Si celles-ci ou l'une d'elles déclare ne savoir pas signer, mention en est faite au même procès-verbal ; ladite mention doit être appuyée de l'empreinte digitale de l'intéressé, suivie de l'indication du nom de ce dernier.

Le procès-verbal de conciliation, dressé dans les formes prévues ci-dessus, la force d'obligation privée et met fin au litige dans les limites de l'accord qui y est constaté.

¹⁴ Emile Tyan. *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*. 2^e Ed. E. J. Brill 1960. P. 646.

Omar Azziman, « La tradition juridique islamique dans l'évolution du droit privé marocain. » In *Le Maroc actuel*. Ouvrage collectif. Ed. C.N.R.S. 1992. (pp-251-272) P.267.

¹⁵ Encyclopédie de l'Islam T. III B. Lewis, V.L. Ménage, Ch. Pellat et J. Schacht, assistés de C. Dumont, E. van Donzel et G.R. Hawting. 1975.

¹⁶ Ibn Taymiyya Al- *Hisba Fi L-Islam*. Traité sur la *Hisba*. Publié et traduit par Henri Laoust. Ed. Librairie orientaliste PauL Geuthner, Paris 1984. 114 P.

¹⁷ Alaoua Alaoua Houam. *La médiation une alternative à la résolution des litiges et ses applications en droit islamique et en droit des procédures civiles et administratives algérien*. Thèse de doctorat en Sciences Islamiques. Alger 2012. (Thèse en Arabe). Mohamed Taher Belmaouhoub. *La Médiation judiciaire : Etude comparée entre le droit Islamique et le droit Algérien*. Thèse de doctorat (2016-2017) Université des études Islamiques. Batna1 Algérie. 305 p. (Thèse en arabe).

d'ouvrir la voie vers un procédé souple, le législateur algérien a adopté la médiation dans un contexte juridictionnel.

L'exclusion de l'étude du cas de l'Algérie se comprend parce que la médiation judiciaire ne peut pas réellement servir le monde des affaires. En matière commerciale, la souplesse et la rapidité du processus sont recherchées dans la résolution des litiges ; alors que la médiation judiciaire n'intervient que dans un cadre précis et rigide. Les intervenants font partie d'un corps judiciaire dont l'action est limitée par la loi. Contrairement à la médiation judiciaire, la déjudiciarisation n'est pas le seul objectif de la médiation conventionnelle dont l'essence est la liberté de choix et la flexibilité du processus.

La médiation conventionnelle au Maroc et en Tunisie, reste une pratique suivie par quelques professionnels du droit. Sa démocratisation est plus qu'urgente dans l'environnement des affaires. C'est un domaine réceptif, fondé sur la rapidité des transactions et la nécessité de sécurité en matière de gestion des conflits. Les MARL ne sont pas réellement une innovation, c'est des procédés anciens pratiqués à partir de concepts et objectifs variés. L'étude de la médiation en particulier, suggère la recherche des vestiges d'une justice privée ancienne bien ancrée dans les pratiques au Maghreb au nom de la spécificité tribale, religieuse ou communautaire. L'étude de la médiation sous sa forme ancienne et renouvelée donnera plus d'élan à son expansion mais surtout, permettra de convaincre les professionnels les plus réticents de se réapproprier ce processus et l'adapter à leurs attentes.

En matière d'arbitrage international, tout a été fait pour atteindre la conformité des procédés pour offrir un climat d'affaire rassurant. Dans un cadre juridique harmonisé en accord avec les instruments internationaux, l'arbitrage fait partie des procédés les plus utilisés au nom de la justice privée. Selon Nora Siddiki¹⁸ « *La recherche de l'uniformité des règles pour satisfaire les impératifs de développement, des échanges commerciaux est profitable au système économique mondial* ». Dans la même phrase l'auteur s'interroge sur l'opportunité d'affirmer la spécificité culturelle et religieuse des pays du Maghreb. Mais c'est cette uniformité qui attire les investisseurs et rend effectifs les accords et partenariats internationaux.

La situation semble différente si l'on veut recourir à la médiation. Sa spécificité exige de démontrer les différences culturelles et sociales et d'éviter de calquer un modèle uniforme pour tous et à n'importe quelle situation. L'harmonisation des pratiques dans ce domaine, n'est pas un objectif en soi mais un moyen parmi d'autres favorisant l'expansion de la médiation. La diffusion de la culture de la médiation s'impose pour donner plus d'arguments aux praticiens. Il fallait donc présenter un plaidoyer, structuré autour des origines culturelles de la pratique de la médiation. Différencier entre la réception des procédés en droit, et pratiques anciennes était nécessaire pour comprendre leur réelle importance. Cette exigence relative à la diversité culturelle est plus ancrée au niveau familial et social. Le domaine commercial est plus propice à l'unification des choix législatifs. Ceci ressort des objectifs premiers des instruments internationaux. Les Nations Unies à travers la CNUDCI focalisent leurs efforts sur l'harmonisation des règles dans le domaine des investissements. La convention internationale de Singapour de 2018 est le texte tant attendue des professionnels de la médiation. Elle traduit

¹⁸ Nora Seddiki Al Houdaigui. Arbitrage commercial international au Maghreb. 2012. Ed. L'Harmattan. Paris. 552 p. p. 16

le plus fidèlement possible, la spécificité de ce processus en matière commerciale¹⁹. Reste à promouvoir encore plus la médiation pour inciter plus de pays à signer et ratifier ladite convention²⁰.

La médiation en tant que procédé, existait depuis longtemps sous différentes appellations. Le sens étymologique du terme Médiation du Latin *Mediare*, ou Grec *Medius* est révélateur. *Medius* qui est au milieu, au centre. Intermédiaire participant à deux choses contraires. Médiateur : *Paci Medium se offert* : il s'offre médiateur pour la paix²¹. La médiation en tant que procédé, signifiait « l'acte d'une personne ayant servi de milieu entre un solliciteur et un homme puissant, à l'effet d'obtenir une grâce...au point de vue de la théologie, le Divin Médiateur, qui s'est placé entre le Père et l'homme coupable...pour obtenir la rédemption²². » Le médiateur était présenté comme un pacificateur « qui ménage un accommodement ... (assimilé à) ou un conciliateur²³. » Le concept a été « Laïcisé » après pour désigner d'une manière générale, l'entremise entre deux personnes en conflit.

L'*intercession*, présentée par référence à la religion musulmane est appelée Shafaa'. Le mot Shafaa' est employé au sens théologique²⁴ primaire. Dans un sens purement religieux, l'intercession appartient à certaines personnes, particulièrement au Prophète Mohamed, en faveur d'autres, le jour du jugement dernier. Et de son vivant, le prophète a pratiqué l'intercession pour la rémission des péchés notamment à l'occasion de la prière pour les défunts²⁵. Le sens du terme Shafaa' est recherché aussi dans l'intervention des plus savants auprès des plus démunis. Celui qui intercède s'appelle Shafi'. Le terme de Shafaa' appliqué en droit signifie l'intervention en faveur d'un débiteur mais aussi la présentation d'une requête à l'autorité. Al Shafaa' est représentée comme une médiation entre une personne dans le besoin et un autre ayant des créances envers elle²⁶. Si le terme Shafaa' se réfère plus à une faveur sans réel fondement, le terme Sulh est beaucoup plus liée aux doléances sociales et économiques conclu par transaction.

Les termes *SULH*: Conciliation/ *Wasata*: Médiation/ *Shafaa'* : intercession ; se référant à un conflit existant en droit musulman sont parfois interchangeables. *Al Tahkim* (l'arbitrage) par contre, est distinct de la médiation mais s'y rapproche dans ses objectifs.

L'adoption de ces processus dans le droit positif n'a pas vraiment dénaturé les concepts premiers. Le chapitre premier du code de l'arbitrage tunisien comprend des définitions de la clause compromissoire, de la convention d'arbitrage et du compromis. Autant d'engagements

¹⁹ La CNUDCI a publié la convention des nations unies sur les accords de règlements internationaux issus de la médiation en 2019 après que la résolution ait été adoptée le 20 décembre 2018 par l'assemblée générale des Nations Unies. Voir Article premier : Champ d'application de la convention

²⁰ Aucun des pays du Maghreb Arabe n'a signé jusqu'à date la convention

<https://uncitral.un.org/en/node/3600> (dernière consultation et mise à jour 20 Avril 2020)

²¹ F. Gaffiot Dictionnaire Latin Français.

http://gerardgreco.free.fr/IMG/pdf/Gaffiot_2016_-_komarov.pdf P 839. (consulté le 2 Février 2020)

²² M. A. Mazure. Dictionnaire étymologique de la langue française usuelle et littéraire. ED. Librairie Classique d'Eugène Belin. 1863. P 240.

²³ Fr. Noël. Nouveau dictionnaire Français Latin. Ed. Normand Père. Paris. 1824. p. 624.

²⁴ La Shafaa' citée ans le Coran (Sourate II, 255 ; CF X, 3) elle ne sera possible qu'avec la permission de Dieu « Qui donc pourrait intervenir auprès de lui sans sa permission « La Shafaa appartient seulement à ceux qui possèdent un Ahd auprès du miséricordieux (Sourate XIX, 87)

²⁵ C.E. Bosworth, EU Denzel, WP. Heingrichs et Feu G. Le comte. Encyclopédie de l'Islam. Tome IX San-SZE. Ed. Leiden Brill.1998 P. 183.

²⁶ Ibn Mandhour. Lisan Al Arab. Dictionnaire de la langue arabe. Rapporté par Khalid Rachid Elkadhi. Ed. 2006.

intervenants à l'occasion du choix de l'arbitrage pour régler les conflits : « L'arbitrage est un procédé privé de règlement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juger en vertu d'une convention d'arbitrage²⁷. » Ces définitions présentent initialement l'arbitrage comme un procédé qui résout l'affaire par une *décision* alors que la médiation intervient selon différentes formes pour résoudre l'affaire par un *accord*. La médiation pénale n'est vraiment pas une médiation parce que le ministère public ne peut se présenter comme un tiers neutre.

La médiation se distingue nettement de l'arbitrage. En effet, le tiers intervenant dans le litige en matière d'arbitrage, a une mission différente du médiateur ou conciliateur. Il (L'arbitre ou le collègue arbitral) tranche le litige. Sa sentence est un acte juridictionnel, alors que le médiateur propose une solution aux parties qui sont libres de l'accepter ou la rejeter. « *La solution qui a fait l'objet de l'accord des parties est conventionnelle. On donne souvent le nom de transaction à l'accord qui résulte d'une médiation réussie. Cette appellation qui emporte des conséquences particulières, ... suppose que les parties se soient consenti des concessions réciproques*²⁸. »

Le règlement amiable des litiges a toujours été le centre d'intérêt des académiciens et des professionnels soucieux de l'allègement du contentieux judiciaire. Les différentes rencontres et formations sur le sujet témoignent de cet enthousiasme²⁹. Et le domaine de prédilection de ces procédés semble être les litiges commerciaux. En effet, l'activité commerciale est universelle et en mouvance ; elle ne varie pas normalement, suivant les différences culturelles ou sociales. Pourtant, la connaissance de l'autre et de ses origines culturelles est toujours utile pour mieux cerner ses attentes et y répondre. Le succès de la médiation conventionnelle dans ce domaine repose aussi sur le degré de conscience et d'aptitude à la concession. La médiation est le domaine le plus sensible aux variations culturelles et sociales parce que c'est un processus basé sur des actions choisies et non imposées.

L'harmonisation des lois et la modernisation des institutions représentent une nécessité de politique économique dans tout pays engagé dans la voie du développement mais les obstacles à ce mouvement normatif sont complexes et variés. S'ils sont adoptés en théories par des réformes hâtives, ils se heurteront à des difficultés d'ordres culturels et sociaux. Le cas de l'introduction des réformes en Tunisie et au Maroc est significatif. L'adoption législative des MARL s'est faite sans complications ni résistances seulement, en pratique, son expansion a varié suivant les modes introduits et les domaines mis en avant.

Dans cet article, la citation des vestiges de la médiation telle que pratiquée au Maroc et en Tunisie sera utile pour révéler la spécificité de ce mode de règlement des conflits. Ce qui a été réglementé en droit positif n'était pas forcément teinté des variations culturelles et spécificités historiques de ces pays. Serait-ce là une cause significative de la lente progression de la

²⁷ Article premier de code de l'arbitrage tunisien Loi N° 93-42 portant promulgation du code de l'arbitrage. J.O.R.T. N° 33- 4 mai 1993.

²⁸ Dictionnaire de la culture juridique. S. Dir. Denis Alland et Stéphane Rials. Médiation. Ed. PUF 2003 p.1010.

²⁹ Exemple de rencontres académiques publiées :

Vers une Lex méditerranéenne de l'arbitrage pour un cadre commun de référence. Colloque organisé à Tunis le 11/12/ 2014. Publié S. Dir. L. Chedly, F. Osman. Ed. Bruylant 2015. 558 p.

Les Etats arabes face à l'arbitrage international : Bilan et perspectives. Conférence internationale 14-15 Avril 2016. Sousse. S.Dir. Najet Brahmi. F. Osman. Ed. Latrach 2017.

En marge des rencontres non publiées pour la plupart au Maroc, les professionnels de l'arbitrage ont constitué une Cour Africaine de médiation et d'arbitrage.

médiation ? Académiquement parlant, il n'est pas utile ni rationnel de remplacer une institution contemporaine par une autre autour de laquelle aucun consensus ne peut être construit. Néanmoins, il semble beaucoup plus efficace d'adapter les acquis culturels et historiques pour édifier des institutions contemporaines enrichies par les enseignements et erreurs du passé.

La réponse à la question de la place de la médiation en tant que processus de résolution des litiges diffère selon son domaine d'intervention et le statut du médiateur. ***Il est donc utile de suivre les traces de la médiation au Maroc et en Tunisie pour chercher si son cadre juridique (institutionnel ou libre) actuel est le mieux adapté à son expansion en matière commerciale.***

I La Médiation : Un procédé évolutif

La médiation fait rarement l'objet de recherches académiques avancées au Maroc et en Tunisie. Souvent, ce n'est qu'un chapitre étudié succinctement dans les programmes académiques juridiques. Ce processus en théorie facile à suivre, est pourtant intégré maladroitement dans des lois cadre réservées aux litiges internationaux ou aux problèmes plus techniques. Il semble que l'expansion de ce processus est tributaire de la diffusion de la pratique suivant une ***définition large des concepts*** s'y rattachant. La résolution des conflits commerciaux s'est faite sous différentes appellations et suivre les traces de la médiation dans l'œuvre du législateur tunisien ou marocain, ne peut se faire qu'en adoptant une acceptation large du concept de la médiation (A). Ce processus souple se révèle plus avantageux que d'autres modes de règlements des litiges dans ***un domaine*** en continuel mouvance (B).

A- Le sens étendu de la médiation conventionnelle

Le sens de la médiation ne peut être recherché uniquement à travers ses objectifs ou ses effets. L'acte de médiation est un tout indivisible : Le risque d'amputer son sens ou dénaturer le concept peut amener à le confondre avec d'autres modes de résolution des conflits. Le sens primaire doit être mis en avant et expliqué pour savoir ce qui en est resté du concept originel traduit par des textes juridiques et reproduit par les professionnels.

Définition des concepts : La transaction/ conciliation/médiation : A la différence de la médiation et conciliation, la transaction ne nécessite pas l'intervention d'un tiers. La transaction en matière administrative ou pénale se fait par le seul accord entre l'administration et l'administré ou contrevenant³⁰ (transaction en matière fiscale, environnementale, douanière, concurrence...)

L'article 1458 du code des obligations et des contrats tunisien³¹ définit la transaction comme étant " un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la

³⁰ Loi N° 88-13 du 7 Mars 1988 relative à la représentation de l'Etat, des établissements publics à caractère administratif et des entreprises soumises à la tutelle de l'Etat devant les tribunaux. JORT du 15 mars 1988. Décret N° 97-2046 du 20 octobre 1997, portant fixation des conditions de transaction en matière civile et administrative.

³¹ Code promulgué le 15 décembre 1906.

renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie." Article équivalent de celui prévu en droit civil marocain. Article 1098 du Dahir des obligations et des contrats marocain³².

La médiation ne peut être définie uniquement à travers un seul objectif ; ce serait la restreindre à une simple méthode d'évitement du conflit. La médiation est présentée à juste titre comme « *un processus - et donc une méthode- auquel des personnes peuvent avoir recours lorsqu'elles sont en situation de conflit et qui implique l'intervention d'un tiers... c'est un cadre mis à la disposition des parties confrontées à une situation conflictuelle et destiné à leur permettre de redéfinir leurs relations*³³. » En se basant sur cette définition claire, on peut épurer le processus de médiation des autres institutions qui s'y apparentent mais qui ne peuvent se prévaloir de l'indépendance comme c'est le cas du médiateur conventionnel. Sont exclus donc de l'étude de la médiation conventionnelle, la transaction pénale et la conciliation sociale ou familiale.

- La médiation et la conciliation sont souvent citées d'une manière interchangeable notamment, « *Aux Etats unies, on ne fait pas, en général, une distinction importante entre ces deux termes ; il s'agit toujours de l'intervention d'un tiers qui essaye de rapprocher les positions des parties. Les deux techniques sont utilisées pour aider à la négociation...*³⁴ » La conciliation préalable à toute action judiciaire peut être assimilée à une médiation volontaire.
- « Le terme « *médiation est polysémique... Le médiateur est dans un sens très répandu, celui qui est au milieu : L'intermédiaire.* » c'est ainsi qu'une définition générale de la médiation fait référence à « *l'entremise réalisée par un tiers et destinée à réconcilier les parties en litige*³⁵. »
- La médiation selon G. Cornu est *une mission polymorphe (purement extrajudiciaire ou par côté judiciaire) et polyvalente qui interfère avec la conciliation dans l'exploration des voies d'apaisement des situations conflictuelles et la quête d'une justice alternative*³⁶.
- La conciliation est un accord par lequel deux personnes en litige, mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice ni même de celle d'un arbitre) mais de l'accord des parties elles-mêmes³⁷.
- La différenciation entre médiation et Conciliation est sans effet si elle est appliquée au niveau conventionnel. Elle est néanmoins nécessaire lorsqu'on parle de règlement amiable décidé par un juge. Le juge tente de concilier entre les parties pour trouver un accord mettant fin au litige. L'issue de la médiation n'est pas une transaction.

Il a été justement présenté que « *le terme de médiation est plus nettement usurpé lorsqu'il désigne la personne appartenant à une société ou à une institution, administrative*

³² Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913).

³³ J Cruyplants, M. Gonda, M. Wgemans. Droit et pratique de la médiation. Ed. Bruylant. Bruxelles 2008. 405 p. p 1 et 2.

³⁴ Alternative dispute resolution- Médiation et conciliation. Dictionnaire de la justice S.Dir. Loïc Cadiet. PUF 2004. 1362 p. P 28

³⁵ Dictionnaire de la culture juridique. S. Dir. Denis Alland et Stéphane Rials. Médiation. Ed. PUF 2003. P1009.

³⁶ G. Cornu. Vocabulaire juridique. Ed. Point Delta. 2011. Médiation. P 509.

³⁷ G. Cornu. Ibid. Conciliation. P 172

ou autre, et dont la mission est d'arranger les rapports entre celle-ci et le public....S'agissant des rapports entre médiation et conciliation, en théorie, dès lors qu'un tiers intervient, peu importe qu'il soit désigné comme médiateur ou conciliateur. La distinction n'est pas conceptuellement nécessaire, mais pratiquement, il arrive que le législateur attribue un régime différent à ce qu'il désigne sous le vocable de médiation et sous celui de conciliation³⁸. »

Dans le monde des affaires, la distinction entre conciliation et médiation n'est pas utile d'un point de vue conceptuel. Le passage de l'un vers l'autre mode est possible tant que la solution proposée est choisie par les parties. En effet en Droit Italien, le recours obligatoire à la médiation est rendu effectif par la possibilité offerte au médiateur, en cas d'échec de la médiation, de proposer aux parties une solution conciliatrice et de sortir de son rôle de tiers neutre dans le processus de médiation³⁹. Cette possibilité est offerte par le législateur à condition que l'issue de la médiation soit un échec et que les parties au conflit y consentent. En théorie, et au nom du principe de la liberté contractuelle, il est permis de prévoir cette clause de médiation qui propose en cas d'échec, de prévoir un rôle plus actif du médiateur qui, en tant que professionnel avisé, peut proposer une solution aux parties.

Il en résulte de ce qui précède qu'une définition générale de la médiation est plus propice à englober toutes les actions libres ou institutionnalisés engagées pour répandre la résolution pacifique des litiges. La médiation est souvent présentée comme un processus informel de résolution des différends alors que la conciliation paraît toujours comme un procédé réglementé de règlement amiable consenti par les parties au litige.

Le sens de la médiation change suivant son domaine d'intervention. « *La notion semble ainsi fortement corrélée à l'évolution du statut accordé au conflit qui n'apparaît plus comme un élément structurant des rapports sociaux, mais comme un phénomène qu'il convient sinon d'éradiquer, du moins d'endiguer*⁴⁰. » Il en résulte que la médiation n'est plus une médiation mais des médiations⁴¹.

Dans le même sens, les instruments internationaux de règlement des litiges avancent une conception large de la conciliation. C'est un procédé qui englobe d'autres mécanismes présentés sous différentes appellations mais dont les caractéristiques sont basées sur le consensus. « *La conciliation se caractérise par le fait que les parties demandent l'aide à un tiers...c'est une procédure totalement consensuelle, les parties déterminent comment régler leur litige avec l'assistance d'un tiers neutre, lequel n'a pas le pouvoir de leur imposer une solution*⁴². »

La Médiation choisie dans la convention internationale de Singapour et limitée aux litiges commerciaux, est présentée d'une manière étendue à l'article 2 al. 3 « Le terme « Médiation »

³⁸ Dictionnaire de la culture juridique. Ibid p. 1010.

³⁹ Référence : 20/ 2011. Amendement 09/ 08 / 2013. Giovanni Mattucci. « *Civil mediation, how to kick – start; the Italian experience.* » Article submitted at the “ 8th International Conference – Alternative Dispute Resolution – Cooperation between the Public Administration and Judiciary with the Economic Sector/ 24th -25th October 2017 Croatian Chamber of Trades and Crafts Zagreb.

https://www.hok.hr/press/novosti/8_medunarodna_konferencija_o_alternativnom_rjesavanju_sporova

⁴⁰ Gilles Ferréol. (S. Dir) Médiations et régulations. Ed. Proximités. L'Harmattan Paris. 2016. 305 p. P. 33.

⁴¹ Marie Thonon (S.Dir) Médiations et médiateurs. Ed. L'Harmattan 2004. 218 p.

⁴² Loi Type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et le guide de son incorporation dans le droit interne et son utilisation. 2002. Pub. NATIONS UNIES New York. 2004. P. 10.

désigne un processus, quels qu'en soient la dénomination ou le fondement, par lequel les parties cherchent à parvenir à un règlement amiable de leur différend avec l'aide d'un ou plusieurs tiers (« le médiateur ») qui n'ont pas le pouvoir de leur imposer une solution⁴³. » Les définitions se rejoignent sans les textes internationaux dans la citation de l'élément relatif à la liberté des parties.

Le recours à la médiation et / ou conciliation était une pratique courante dans la plupart des civilisations. Au Maghreb Arabe cette pratique était désignée indifféremment par conciliation ou médiation parce que le concept en lui-même est présenté à travers ces objectifs. C'est un mode volontaire de règlement des litiges qui est originellement, un devoir religieux qui a été institutionnalisé pour les besoins de régulation commerciale et sociale. L'objectif étant de pacifier les rapports entre musulmans dans leurs rapports familiaux, sociaux et économiques⁴⁴. C'est un acte pieux d'une extrême importance si l'on suit les enseignements du prophète⁴⁵.

La Hisba est présentée comme une institution de contrôle du Marché : Le contrôle a pour objet les opérations économiques et rapports entre consommateurs et professionnels. Les agissements des professionnels sont contrôlés et sanctionnés en cas de pratiques abusives, anti concurrentielles, frauduleuses et hausse des prix⁴⁶. L'étude de la Hisba dans le domaine de la médiation commerciale se fera en présentant cette institution dans sa conception étroite et non large. Tout l'intérêt réside dans la démonstration suivant laquelle, la médiation existait et elle était institutionnalisée dans les souks traditionnels. Présentée en termes concis, la Hisba « *est le Devoir de tout musulman d'ordonner le Bien dont on s'est clairement écarté et d'interdire le Mal commis publiquement*⁴⁷. » Cette définition conceptuelle est large et est à priori impropre pour présenter le *Mouhtassib* comme un médiateur. Il faudrait préciser aussi que le terme *Hisba* traduit en anglais par *accountability* est pris dans un sens littéral⁴⁸ qui n'intègre pas le rôle conciliateur qui est attribué au *Mohtassib* dans plusieurs domaines.

La Hisba un terme non coranique par lequel l'usage désigne d'une part le devoir de tout musulman d'ordonner le bien et de défendre le mal ; d'autre part, la fonction du personnage effectivement chargé en ville de l'application de cette règle à la police des mœurs et plus particulièrement à celle du marché⁴⁹. Le *Mouhtassib* : Personnage qui assume la *Hisba*. La dualité de sens de cette institution est cause de la diversité des sources qui nous renseignent sur elle. Certains ouvrages étudient de façon générale le contenu de la vertu de Hisba, les obligations qui en résultent pour le *mouhtassib*, les caractères religieux et juridiques de sa

⁴³ Convention des Nations unies sur les accords de règlements internationaux issus de la Médiation. 20 Décembre 2018. Singapour. CNUDCI publication 2019.

⁴⁴ Housseem Mensi. L'institution de la *Hisba* en droit Islamique et en droit positif. Ed. Dar EL Jamiaa Al Jadida. Alexandrie. Egypte. 2011. 324 p. (ouvrage en arabe)

⁴⁵ « La réconciliation, entre personnes en litige, est préférée à la prière et au jeûne. » *Hadith* du prophète Mohamed. Mohamed Nasser al Din ALALBANI Sisilatou Al Alhadith (Recueil des *Hadiths* du Prophète) Hadith N° 2639. Tome 6 p 141. Aissam Ibn Abdelaziz Ibn Abderrahman Al Alchikh. « *Concepts relatifs aux modes alternatives de règlement des conflits et ses application en droit Islamique.* » Revue internationale de l'arbitrage 2017 N° 34. (pp 177 -207) p. 190. (Article en arabe).

⁴⁶ Housseem Mensi. Ibid p. 270 et s.

⁴⁷ Abi Alhassen Ali Ibn Mouhamed ibn Habib AL Mawardi.(décédé 450 de l'an Hégire) Le Livre de Al Ahkam Al Sultanya wa alwilayat aldynia. Chapitre 20 Lecture de Ahmed Moubarek Al Baghdadi. Université Koweit Ed. Dar Ibn Katiba Koweit 1989. 390 P. (Ouvrage en Arabe) p 315

⁴⁸ Riaz Mahmoud. The concept of administrative accountability in Islam. Ed. Maqbool academy. 261 p. p. 13.

⁴⁹ Encyclopédie de l'Islam T. III B. Lewis, V.L. Ménage, Ch. Pellat et J. Schacht, assistés de C. Dumont, E. van Donzel et G.R. Hawting. 1975.

fonction ; d'autres, se proposent surtout d'éclairer le mouhtassib sur les détails concrets et techniques de la surveillance qu'il doit exercer et celle-ci s'appliquant principalement aux métiers⁵⁰.

Les fondements primaires de la Hisba sont religieux mais ses applications sont d'ordres administratifs et économiques. La Hisba est une fonction religieuse qui entre dans le cadre du commandement du bien et l'interdiction du mal. C'est le Devoir du gouvernant de nommer celui qu'il trouve digne de la fonction attribuée⁵¹. C'est les textes du Coran et la Sunna qui incitent à la conciliation et à l'apaisement⁵². L'évolution de la Hisba était concomitante avec l'évolution de l'activité commerciale. L'organisation des marchés et des métiers était devenue une nécessité, la Hisba n'était plus uniquement un devoir religieux pouvant être exercée par n'importe quel musulman. La nomination à la fonction du Mouhtassib était tributaire des qualités acquises. L'autorité qui lui était conférée n'était pas donnée à tous. Ses attributs étaient acquis après avoir fait preuve d'intégrité et de vertu. L'assise religieuse d'une pratique à cette époque n'était pas singulière parce que L'Homme en Islam est un être "obligé" "*Moukallaf*". Le concept de *Taklif* " : Fardeau de la responsabilité est un concept important⁵³. Celui qui se voyait attribuer le rôle d'un juge ou d'un Mohtassib devait être compétent et conscient de l'importance de ce fardeau.

En rapprochant ces enseignements des pratiques modernes, ça nous permet de retenir la définition conceptuelle étroite de la Hisba pour en dégager un rôle de conciliation/médiation reconnu au Mouhtassib. En définitive c'est la pratique de contrôle de la vie sociale et économique qui a imposé le recours à ce processus sous différentes formes certes mais avec des finalités similaires. Son abandon en Tunisie et la minimisation de son intérêt au Maroc s'expliquent par des exigences d'ordres culturels et sociaux. La corruption et l'ingérence

⁵⁰ Mouhamed Ben Hameda. « La lettre de la Hisba à propos des arts et métiers au Maghreb Islamique : Les finalités de contrôle et les aspects de la sanction. » in, Les arts et métiers au Maghreb Islamique. Tome I Série Chourouf. N° 76 octobre 2016. Ed. Ezzamen. Maroc. (pp-81- 101) (article en arabe)

⁵¹ Définition d'Ibn Khaldoun de la Hisba. Les prolégomènes d'Ibn Khaldoun. Traduit en français et commenté par M. de Slane. Première partie. Paris. Imprimerie impériale. 1863. p. 458.

⁵² Sourate 4 Les Femmes (Al Nisaa) verset 58 « Certes Allah vous commande, de rendre les dépôts à leurs ayants-droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité. ».

Sourate 2 Al Bakara Verset 237 « Le désistement est plus proche de la piété et n'oubliez pas votre faveur mutuelle».

Sourate 4 Al Nisaa verset 114 « Il n'y a rien de bon dans la plus grande partie de leurs conversations secrètes sauf si l'un d'eux ordonne une charité, une bonne action, ou une conciliation entre les gens. Et quiconque le fait cherchant l'agrément d'Allah, à celui-là nous donnerons bientôt une récompense énorme.»

Sourate 3 AL Imraan Verset. 104 « Que soit issue de vous une communauté qui appelle au bien, ordonne le convenable et interdit le blâmable. Car ce seront eux qui réussiront. »

Sourate 2 'AL. Bakara LA Vache' Verset 143 " Et c'est ainsi que nous avons fait de vous une communauté de juste milieu, pour que vous soyez témoins contre les gens, et le Messager, témoin contre vous. "

Sourate 4 'Al Nisaa Les Femmes " Quiconque intercède d'une intercession bonne en aura une part ; et quiconque intercède d'une intercession mauvaise en aura une responsabilité. Et Dieu demeure vigilant sur toute chose."

⁵³ Emile Tyan. Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam. 1938 Ed. Brill Archives. 524 p. P. 357 et suivant.

Le Devoir se distingue des autres règles par son effet immédiat sur la Société. Mis à part les devoirs de l'Homme envers Dieu, les actions de l'Homme en société doivent bénéficier à autrui. Le Devoir (Wajib) veut dire " Les obligations de faire dont l'accomplissement entraîne la récompense et la gratification (Thawab) et la violation, le châtement. L'interdit (Harâm), c'est à dire les obligations de ne pas faire dont le régime est le même que celui des devoirs. Le recommandable (Nadb), c'est à dire les actions dont l'accomplissement souhaitable, entraîne la récompense et la gratification ; l'oubli ou l'omission n'entraîne pas le châtement. Le blâmable (Makrouh), c'est à dire ce qui est recommandé de ne pas faire. L'abstention dans ce cas est récompensée alors que l'action n'est pas condamnable. Le Licite (Moubâh) c'est à dire ce qui est permis et qui n'entraîne ni récompense ni châtement.

injustifiées constatées à l'époque de la décadence, ont entaché ces institutions traditionnelles pour n'en révéler que les abus⁵⁴.

B Le domaine de prédilection de la médiation conventionnelle

L'adoption législative des modes alternatifs de règlement des différends a eu des répercussions qui ont varié suivant les domaines d'intervention. Dans certains domaines, l'introduction du règlement amiable était perçue comme une consécration d'un processus souhaitable bien ancré dans les traditions ; alors que dans d'autres, l'évitement des conflits était exceptionnel. En effet, c'est de l'essence même des conflits sociaux et familiaux de recourir à la conciliation préalable à toute procédure. Le monde des affaires semblait étranger à ce mode de pacification des conflits. Pourtant, la compétitivité ne signifiait pas toujours l'adversité. Selon une politique économique nouvelle, toute réforme légale devait comprendre le renvoi à un ou plusieurs modes de règlement extrajudiciaire de règlement des conflits commerciaux. C'est la codification de l'arbitrage en Tunisie et l'implantation des centres d'arbitrages au Maroc qui ont propulsé les MARL aux premiers rangs des instruments d'une justice commerciale négociée.

L'intérêt de la médiation en tant que mode alternatif de résolution des conflits n'est plus à démontrer⁵⁵. Cependant, il est nécessaire de préciser que dans le commerce, la médiation est beaucoup plus attractive pour les parties en conflit. Elle est plus souple et leur permet de garder le contrôle du déroulement du processus tout en garantissant la confidentialité et la rapidité requises en commerce. Les opportunités qui s'offrent aux opérateurs économiques grâce à la justice privée sont multiples. En dehors de toute judiciarisation du procédé permettant la gestion des risques, la médiation représente la solution tant recherchée dans toute activité professionnelle⁵⁶. La médiation gomme tous les problèmes qui peuvent surgir des dissemblances entre les juridictions, des problèmes de communications, de la complexité et de la lenteur des procédures.

Le choix de l'étude de la médiation conventionnelle en matière des litiges commerciaux s'explique par l'importance de ce domaine. En effet, c'est le domaine le plus propice à l'évolution rapide et innovante de tout processus et qui plus est, son impact sur le développement des pays est plus important. L'histoire contemporaine révèle que c'est les avocats d'affaires américains qui ont poussé vers l'adoption de la médiation pour éviter le déficit de la justice étatique traditionnelle. La médiation a été institutionnalisée et présentée comme une exigence d'efficacité commerciale⁵⁷.

Les litiges commerciaux sont présentés différemment suivant une définition large ou plus technique. La loi type de la CNUDCI relative à la conciliation en matière de commerce international adopte une définition large des litiges commerciaux⁵⁸. Les litiges qui naissent de

⁵⁴ Riaz Mahmoud. The concept of administrative accountability in Islam. Ed. Maqbool academy. 261 p. p 34.

⁵⁵ J.C. Betancourt, J.A. Crook. ADR. Arbitration and Mediation. A collection of Essays. Author House Publisher. 2014. P 116.

⁵⁶ Anita Alibekova, Robert Carrow. (Editors) International arbitration and mediation. Yorkhill Law publishing. 2007 302 p. P. 265

⁵⁷ J. T. Barrett. J.P. Barrett. A History of alternative dispute resolution: The story of a political, cultural and social movement. Ed. Jossey Bass. 2004. 320 p. See Chapter "Commercial and Business ADR. The Phoenicians to the American arbitration association." P. 69.

⁵⁸ Loi Type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et le guide de son incorporation dans le droit interne et son utilisation. 2002. Pub. NATIONS UNIES New York. 2004. P 1 Note 1.

tout rapport commercial, contractuel ou non. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limités, les opérations qui portent sur la fourniture ou échange des biens ou services, accords de distribution ou d'exploitation, de représentation, crédits bail, financement, assurance, transport...

En droit tunisien, les litiges de nature commerciale pouvant être résolus par la médiation sont ceux qui naissent dans le cadre d'un contrat ou d'une relation commerciale interne ou internationale relative aux activités commerciales dans un sens large. « *Sous l'effet de la mondialisation, le commerce s'épanouit et s'adapte aux techniques de règlements des différends les plus adéquates et les plus appropriées à la nature des relations que les conflits mettent en jeu*⁵⁹. »

Les litiges pouvant faire l'objet d'une affaire devant les chambres commerciales suivant l'article 40 du CPCC tunisien sont ceux qui naissent entre commerçants. Une définition stricte est présentée du litige commercial à l'alinéa 5 dudit article : « est considérée commerciale en vertu du présent article, toute action relative à un litige entre commerçants en ce qui concerne leurs activités commerciales. » Cette précision n'a pas empêché l'abondance de la jurisprudence pour délimiter la compétence des juridictions commerciales⁶⁰.

Une définition plus large des litiges commerciaux est adoptée en droit marocain. On attribue aux chambres commerciales au Maroc la compétence pour traiter des litiges entre commerçants et consommateurs : L'article 9 de la loi instituant les juridictions commerciales, précise dans l'absolu que l'ensemble du litige commercial qui comporte un objet civil relève de la compétence du tribunal de commerce⁶¹.

En Tunisie, la médiation n'a pas été réglementée en un texte spécial mais a été introduite par des textes épars (1) et au Maroc essentiellement, c'est à travers des associations professionnelles⁶² que la médiation intervient dans un contexte légal nouveau à travers une réglementation générale (2).

1_ Le recours limité à la médiation conventionnelle en Tunisie

En l'état actuel, en Tunisie, on vit encore la phase de la séduction pour promouvoir la médiation. L'action timide du législateur et les efforts de certains professionnels du droit ne

⁵⁹ Salma Khaled, « *La médiation en Droit commercial.* », In, La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017. Editions A. Pedone. 2018. S. Dir. W. Ben Hamida et S. Bostanji. 372 p. (pp 181-197) p 184 et 185.

⁶⁰ Article 40 du code de procédure commerciale et civile tunisien tel que modifié par la loi N° 95-43 du 2 mai 1995. Sujet qui a fait l'objet d'une table ronde sur la compétence des chambres commerciales en Tunisie : 20 ans d'application judiciaires devant la cour de cassation. Le 6 décembre 2017 à la faculté de droit et sciences politiques de Tunis.

⁶¹ Maroc : Loi n°53-95 instituant des juridictions de commerce, adoptée par la Chambre des représentants le 26 chaabane 1417 (6 janvier 1997) B.O.R.M N° 4482. 15 mai 1997. Titre III De la compétence des tribunaux de commerce Chapitre premier : De la compétence en raison de la matière

Art. 5. Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître :

1 — des actions relatives aux contrats commerciaux ; 2 — des action entre commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales ; 3 — des actions relatives aux effets de commerce ; 4 — des différends entre associés d'une société commerciale; 5 — des différends à raison de fonds de commerce.

Art. 9. Le tribunal de commerce est compétent pour connaître de l'ensemble du litige commercial qui comporte un objet civil.

⁶² CIMAC <http://cimac.ma> /CMAC <https://cciscs.ma/features/cmac>. Cour internationale d'arbitrage et de médiation des conflits commerciaux. <https://www.icamcd.com/>

sont visibles que dans un cadre légal sélectif restreint. Le passage de l'approche sectorielle à la généralisation de la médiation ne se fera pas sans heurts. Le système judiciaire « classique » est une réalité préservée par un corps de métiers solidaire et hostile à tout changement. Il faut dire que la médiation raccourci souvent les procédures et peut être perçue comme un manque à gagner pour les gens du métier, mais les avantages au niveau commercial sont plus importants que les inconvénients.

Le renvoi implicite à la médiation.

Il a été présenté une définition extensive de la médiation. Conciliation / Médiation : Le choix du législateur entre Concepts distincts ou interchangeable des deux notions n'est pas clair. Ce qui est certain c'est que le règlement amiable des différends est un corollaire de la politique législative nouvelle. On en déduit que l'acte de médiation peut être implicitement prévu lorsque la conciliation est présentée comme un processus préalable souhaitable à tout recours judiciaire ou avant/ pendant une procédure d'arbitrage engagée.

Les amendements législatifs tendent à harmoniser les lois, se conformer aux standards internationaux et s'offrir un cadre économique encourageant à l'investissement⁶³. Dans ce sens, il a été institué en Tunisie, un recours obligatoire au règlement amiable. Le titre VI sur le règlement des différends de la loi relative à l'investissement⁶⁴ comprend l'article 23 qui dispose que la conciliation est une étape préalable à l'arbitrage ou à la saisine du juge en ces termes : « **Tout litige** qui survient entre l'État tunisien et l'investisseur à l'occasion de l'interprétation ou l'application des dispositions de cette loi, **est tranché en vertu des procédures de la conciliation** sauf si l'une des parties s'est désistée par écrit. Les parties sont libres de convenir sur les procédures et règles qui régissent la conciliation. À défaut de convention entre les parties, c'est le règlement de la conciliation de la CNUDCI qui s'applique. Lorsque les parties concluent un contrat de transaction, celui-ci tient lieu de loi entre elles. Les parties l'exécutent avec loyauté et dans les plus brefs délais ».

Selon l'article 40 du CPCC tun. In fine, « Le président de la chambre commerciale peut charger l'un de ses membres de procéder à une tentative de conciliation entre les parties lesquelles peuvent à toute phase de la procédure demander à la chambre de statuer sur le litige selon les règles de l'équité. »

Si l'on se réfère à l'adage « *qui peut le plus peut le moins*⁶⁵ », on peut dire que la conciliation telle que réglementée en droit tunisien, englobe la médiation et peut intervenir en tant que technique contractuelle à chaque fois où le règlement amiable est possible. La médiation, quand elle n'est pas prévue explicitement, peut être envisageable sur la base du principe de l'autonomie de la volonté lors de la négociation du contrat⁶⁶. Ce principe ouvre la voie vers l'insertion des clauses de médiation dans chaque contrat et c'est la loi des parties qui permettra

⁶³ En Tunisie, La *Bonne gouvernance* est un des objectifs des plans d'investissement. Les études sont menées par rapport aux exigences de l'incitation à l'investissement et le cadre légal et institutionnel constitue un des éléments de cette politique économique libérale.

<http://www.itceq.tn/wp-content/uploads/files/etudes/planification-developpement.pdf>

Tels que c'a été décidé au Maroc au niveau de la Charte des investissements. Loi cadre N° 18-95 du 3 octobre 1995 : Durée de dix ans.

https://unctad.org/en/Docs/iteipc200616_fr.pdf

⁶⁴ Loi N° 2016/ 71 du 30 septembre 2016 portant loi de l'investissement. JORT N° 82 du 7 octobre 2016.

⁶⁵ Dictionnaire historique et critique de Pierre Bayle Nouvelle Ed. Tome 14. Ed. Desoer. Paris 1820. P. 290.

⁶⁶ Voir X. Lagarde, « Efficacité des clauses de conciliation ou médiation. », Rev. Arb. 200, p 337.

de recourir à la résolution amiable des différends en respectant les limites concernant l'atteinte aux intérêts d'ordre public général et d'ordre public économique de direction⁶⁷. La résolution des conflits est une question de procédure qui intéresse les parties en conflits qui peuvent en décider la nature (judiciaire ou extrajudiciaire). En adoptant la technique de la médiation et hormis les cas d'ordre public de direction ou d'exclusion légale, il est admis de prévoir la floraison de la médiation conventionnelle en matière commerciale. La célérité des transactions, le respect des engagements commerciaux et l'allègement des charges en cas de différends, sont autant d'objectifs qui justifient le développement de la médiation dans un système judiciaire lourd et lacunaire.

Le code de l'arbitrage confirme l'ouverture du législateur à tout règlement amiable respectant la volonté des parties en faisant référence à la possibilité de mettre fin à la procédure d'arbitrage avec l'accord des parties. L'article 15 du code de l'arbitrage tunisien dispose que « Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le litige, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale. Si les parties lui en font la demande, et s'il n'y voit pas d'objection le tribunal arbitral constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties. ...al 2 « La sentence arbitrale par accord des parties... a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire. » Tout accord négocié pris en concomitance avec un procès arbitral suspend les délais de prescription. La clause de médiation conçue comme un préalable à l'arbitrage doit être exécuté de bonne foi et a pour effet de suspendre la procédure arbitrale⁶⁸. La médiation conventionnelle en tant qu'accord, doit être exécutée de bonne foi selon l'article 242 du C.O.C. L'accord issu de la médiation est obligatoire entre les parties au contrat mais la procédure d'exequatur n'est pas prévue en dehors du processus d'arbitrage mais elle reste possible⁶⁹.

Nonobstant la possible acceptation de la médiation conventionnelle en utilisant la technique contractuelle, ce processus n'est pas encore généralisé en pratique. En Tunisie, en matière de conciliation, les juges ont un rôle important au niveau des conflits familiaux et en matière de prudhomme mais la médiation commerciale est un exercice libre d'une certaine élite qui peine à diffuser la culture de la médiation. Le professeur Sami Bostangi regrette qu'en droit tunisien, la réglementation de la médiation ait été intégrée d'une manière sectorielle et suggère l'adoption d'un texte général qui « viendrait exalter la *Favor Mediatio* qui serait la clef de voûte d'un cadre juridique où les maîtres mots seraient : «Libéralisme de la convention de médiation, autonomie et immunité de la procédure de médiation et efficacité de l'accord issu de la médiation⁷⁰. » Le manque à gagner est certain mais ceci n'est pas dû en réalité, à une législation lacunaire mais à un désintéressement certain des gens du métier de ce procédé alternatif.

⁶⁷ Selon Salma Mnif, « La clause de médiation a été parfois critiquée, car elle est jugée en violation du principe du contradictoire et des règles fondamentales garantissant un procès équitable. Cependant, il convient de noter qu'elle tire sa force de la volonté des parties qui ont voulu déroger aux techniques du procès et aux règles qui le gouvernent pour se situer dans un cadre plus souple, plus convivial et plus adéquat à leurs intérêts. » Ibid, p 188.

⁶⁸ Arrêt inédit Cour d'appel de Tunis N° 14 du 20 /11/1996. Cité par Pr Souad Babay Youssef, « L'articulation : Médiation/arbitrage. » In, La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017. Editions A. Pedone. 2018. S. Dir. W. Ben Hamida et S. Bostanji. 372 p. (pp 55-70) p. 62.

⁶⁹ Le législateur tunisien au niveau de l'article 327-69 du code de procédure civile, prévoit que « La transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée et peut être assortie de la mention de l'exequatur. »

⁷⁰ Sami Bostangi, « La médiation dans les pays du Maghreb Central. Tunisie, Algérie, Maroc. » In, La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017. Editions A. Pedone. 2018. S. Dir. W. Ben Hamida et S. Bostanji. 372 p. (p331-345) P. 341.

Le recours explicite à la médiation dans le domaine bancaire.

La médiation/ conciliation en droit administratif en Tunisie est limitée et manque considérablement de moyens⁷¹. Ces instances sont consultées pour donner des avis sur les projets de lois et peuvent enquêter et procéder à des vérifications dans leurs domaines de compétences. Mais l'institution de médiation en matière administrative n'est pas prévue par la constitution et organisée comme c'est le cas au Maroc.

Les réglementations de certains secteurs qui font expressément référence à la médiation devraient être nombreux compte tenu de la richesse de la matière et pourtant, la médiation n'intervient que dans des domaines techniques qui relèvent du champ d'intervention des experts dans le domaine financier et administratif.

La médiation bancaire a été réglementée par la loi N° 48-2016 du 11/7/2016 relative aux banques et établissements financiers⁷², Le rôle du médiateur et sa mission sont précisés par le législateur tunisien en misant sur l'intérêt de la médiation dans l'allègement du contentieux bancaire et l'évitement du recours systématique à la banque centrale. La médiation intervenant après la naissance du litige et avant toute requête devant la Banque centrale, est-elle suggérée ou obligatoire ?

Le législateur tunisien a prévu la médiation dans le but explicite d'alléger le contentieux et de prévoir la résolution des conflits financiers par les banques elles-mêmes. A la lecture de la loi bancaire le client est un profane qui n'est pas mentionné par le législateur et n'a pas son mot à dire au niveau du choix du médiateur. Le recours au médiateur choisi par la banque, est une étape préalable obligatoire pour tous les requérants⁷³. La réglementation de la médiation dans ce domaine technique est intéressante mais n'offre pas tous les avantages dont pourrait bénéficier les justiciables dans d'autres secteurs commerciaux. Certains domaines doivent obligatoirement s'ouvrir à la médiation parce que la technique contractuelle volontaire n'est pas toujours diffusée. Exemple de litiges commerciaux pouvant faire l'objet de médiation et qui ne sont pas expressément prévus par le législateur tunisien :

- * Litiges impliquant des entités publiques : Achats publics et partenariats public/privé.
- * Litiges survenus à l'occasion de ventes de marchandises et de distribution : Non-conformité/non-respect du droit à l'information/ à la sécurité/ à l'exclusivité...⁷⁴
- * Litiges survenus en matière de propriété intellectuelle : Licence/redevance/ transfert des droits intellectuels/ restrictions des droits intellectuels.

⁷¹ Constitution tunisienne : En **Tunisie**, les instances constitutionnelles indépendantes prévues au chapitre VI se prononcent sur des questions de corruption, des droits de l'Homme, de la bonne gouvernance mais n'ont qu'un avis consultatif pourtant, un pouvoir réglementaire est accordé à deux de ces instances en matière d'élection et d'audiovisuel : Constitution de la république tunisienne. Décision du président de l'assemblée nationale constituante du 30 Rabiaa I.1435-31. Janvier 2014 ordonnant la publication de la Constitution Tunisienne. J.O.R.T. 2015 p. 49 et s.

⁷² Loi N° 48 du 11/7/2016. JORT N°58 du 15 /7 /2016

⁷³ Voir infra. 2^{ème} partie Paragraphe 1.

⁷⁴ Exemple d'instruments internationaux INCOTERMS. <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-history/> Lettres de crédit... : DOCDEX <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/>

* Litiges survenus avec les autorités douanières en Tunisie : Litiges liés à la classification/ à l'évaluation. La médiation dans ce domaine n'est pas prévue mais il est institué un organe administratif qui a pour mission de concilier entre les intérêts publics et l'efficacité des règlements des litiges par la conciliation⁷⁵.

2_ Consécration généralisée de la médiation conventionnelle : Maroc

La réglementation de la médiation conventionnelle au Maroc n'est pas récente et ne résulte pas du besoin d'harmonisation calqué sur un modèle importé. C'est la consécration d'une pratique ancienne bien ancrée dans les habitudes des commerçants⁷⁶. C'est l'intégration de la médiation dans le code de procédure civile qui est signe de modernisation. En comparant les différentes réglementations du Maghreb Central, Le professeur Sami Bostanji présente le cas du Maroc comme un panneau moderniste et regrette que la réglementation tunisienne soit lacunaire sur le sujet. Le positionnement de la médiation conventionnelle dans le code de procédure assure sa généralisation et favorise sa promotion. La Loi N° 08-05 du Dahir N° 1-07-169 du 30 novembre 2007 « offre un cadre général moderne à la médiation qui s'efforce de s'aligner sur les standards internationaux⁷⁷. »

⁷⁵ Code des douanes tunisien : Titre XVI La commission de Conciliation et d'expertise douanière.

Article 412 « ... 2- Si le désaccord subsiste, le directeur général des douanes, dans un délai d'un mois à compter de la réponse ou de l'expiration du délai prévu ci-dessus pour répondre, saisit la commission de conciliation et d'expertise douanière en transmettant à son secrétariat le dossier de l'affaire. 3- A défaut de la réponse du directeur général des douanes, le déclarant peut saisir directement la commission de conciliation et d'expertise douanière dans un délai d'un mois à compter de sa réponse. Article 413 « 1- La commission de conciliation et d'expertise douanière comprend : - un magistrat de deuxième classe du siège de l'ordre judiciaire président ; - un conseiller du tribunal administratif ; - deux assesseurs désignés en raison de leur compétence technique. 2- La commission fait connaître ses conclusions à la majorité de ses membres. En cas de partage des voix, la voix du président est prépondérante. 3- Le magistrat, président de la commission de conciliation et d'expertise douanière, le conseiller du tribunal administratif ainsi que leurs suppléants sont désignés par décret. Article 415 « ... 4- Les dispositions des articles 248 à 250 du code des procédures civiles et commerciales relatives à la récusation sont applicables aux assesseurs et à leurs suppléants ; tout membre de la commission qui saura cause de récusation en sa personne sera tenu de la déclarer immédiatement au président ; il sera remplacé par le suppléant désigné. 5- Les membres de la commission sont tenus au secret professionnel.

Article 417 « En cas de désaccord, chacune des deux parties a le droit de saisir le tribunal compétent dans un délai d'un mois et ce, à partir de la date de notification des conclusions de la commission d'expertise. La partie, ayant saisi le tribunal, doit joindre le rapport des résultats des travaux de la commission au dossier de l'instruction. **Arrêté du ministre des finances du 10 mars 2009, fixant les conditions de fonctionnement de la commission de conciliation et d'expertise douanière et les frais susceptibles d'être alloués aux experts.**

Article premier : 1. Le litige est soulevé devant la commission de conciliation et d'expertise douanière par :
- la transmission du dossier de l'affaire par le directeur général des douanes au secrétariat de la commission dans le cas prévu par l'article 412 §2 du code des douanes, - ou par lettre recommandée avec accusé de réception adressée par le déclarant au secrétariat de la commission dans le cas prévu par l'article 412 §3 du code des douanes. Art. 6 - Chacune des parties au litige peut se faire assister ou représenter par toute personne de son choix munie d'une procuration spéciale pour la représenter à cet effet. Art. 12 - Les conclusions de la commission de conciliation et d'expertise douanière sont notifiées aux parties par un huissier notaire conformément aux dispositions de l'article 8 du code de procédure civile et commerciale. Art. 16 - La commission est tenue de notifier aux parties son avis sur le litige dans un délai maximum de douze mois à partir de la date de l'accusé de réception de la notification ou de la date de transmission. Le cours des délais de prescription mentionnés aux articles 323 et 326 du code des douanes est suspendu à partir de la date de saisine de la commission de conciliation et d'expertise douanière jusqu'à la date de notification aux parties de son avis émis à cet effet.

⁷⁶ Voir infra Paragraphe B)

⁷⁷ Sami Bostanji, « La médiation dans les pays du Maghreb Central. Tunisie, Algérie, Maroc. » Ibid p 333.

Le législateur marocain a consacré toute une section à la médiation conventionnelle⁷⁸. La médiation présentée en tant que compromis ou clause est de nature contractuelle, est fondée sur le libre accord des parties. La mise en œuvre de ce procédé interrompt la procédure judiciaire. Reste un travail colossal pour diffuser la culture de la médiation par les professionnels avisés. Les nouvelles lois relatives au droit économique ont un point commun au Maroc. Outre l'objectif de modernisation des institutions et d'harmonisation des règles, l'incitation au règlement amiable des litiges est exigée. Le législateur fait souvent renvoi à la médiation conventionnelle telle que réglementée au niveau du code de procédure. Exemples :

- **La réglementation du Partenariat public privé au Maroc** : L'article 27 relatif aux modalités de règlement des litiges, fait référence à la médiation conventionnelle. Le contrat de partenariat public-privé prévoit, pour le règlement des litiges, de recourir à des procédures de conciliation préalablement à tout recours à la médiation conventionnelle, à l'arbitrage ou à la procédure judiciaire. Dans le cas de recours à la procédure de médiation conventionnelle ou d'arbitrage, le contrat de partenariat public privé doit spécifier le médiateur ou le tribunal arbitral compétent⁷⁹. Dans le secteur bancaire c'est les banques et établissements financiers qui sont obligés par la loi d'instituer le processus de médiation pour leurs clients. La médiation bancaire est obligatoire et organisée au Maroc pour les établissements des crédits et organismes assimilés. L'article 158 fait référence à la médiation bancaire obligatoire : « les établissements de crédits doivent adhérer à un dispositif de médiation bancaire visant le règlement à l'amiable des litiges qui les opposent à leurs clients...⁸⁰ »
- Dans le **domaine douanier**, la médiation est prévue d'une manière générale et non technique comme c'est le cas en Tunisie. Le code des Douanes marocain⁸¹ ne fait référence à aucune commission de conciliation ou médiation professionnelle pour

⁷⁸ En 2007, par le dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007, la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile marocain a été promulguée (BORM n° 5584, 6 déc. 2007, p. 1369, version française) Section III : De la médiation conventionnelle : Article 327-55 Afin de prévenir ou de régler un différend, les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend. Article 327-57 La convention de médiation peut être conclue après la naissance du litige. Elle est alors dénommée compromis de médiation. Elle peut être contenue dans la convention principale. Elle est alors dénommée clause de médiation. Elle peut intervenir en cours d'instance. Dans ce cas, elle est portée à la connaissance de la juridiction dans les plus brefs délais et interrompt la procédure. Article 327-61 La clause de médiation est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à la médiation les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

⁷⁹ « Le contrat de partenariat public-privé, prévoit pour le règlement des litiges, de recourir à des procédures de conciliation, de médiation conventionnelle, d'arbitrage ou judiciaire. Le contrat de partenariat peut prévoir une procédure de conciliation préalablement à tout recours à la médiation conventionnelle, l'arbitrage ou à la procédure judiciaire. Dans le cas de recours à la procédure de médiation conventionnelle ou d'arbitrage, le contrat de partenariat public-privé doit spécifier le médiateur ou le tribunal arbitral compétent. » Alinéa 2 de l'article 27 de la loi Texte en langue arabe publié dans l'édition générale du B. O N° 6328 du 22 janvier 2015. Dahir du 1/14/192. Du 24 décembre 2014. Portant promulgation de la loi N° 86/ 12 relative aux contrats publics-privés. B.O.R.M N° 6332 du 5/2/2015.

⁸⁰ Loi n° 103.12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés du 1er Rabii I 1436 24 décembre 2014, promulguée par le Dahir N° 6340 du 5 Mars 2015.

⁸¹ Code des Douanes et Impôts Indirects approuvé par le dahir portant loi n° 1-77-339 du 25 Chaoual 1397 (9 octobre 1977) tel que modifié et complété notamment par la loi n° 02-99 promulguée par le Dahir n° 1-00-222 du 2 rabii I 1421 (5 juin 2000)

résoudre les litiges. La transaction est citée au niveau de la section VI comme mode d'extinction des droits de poursuite. (article 273 et s.)

II La Médiation un procédé souple de résolution des conflits

Etudier la médiation conventionnelle à travers ses sources historiques et normatives au Maroc et en Tunisie, permet de favoriser l'introduction de cette méthode auprès des plus sceptiques. Les enseignements du passé seront employés à éviter de calquer un modèle inadapté et à ajouter une touche culturelle nécessaire à un mode fondé sur la facilitation et dénoué de toute coercition. Suivre les traces de la médiation, c'est se pencher sur les variations culturelles et sociales qui pouvaient s'apparenter à un système non juridictionnel bien ancré dans la pratique. On pouvait voir que ses origines la présentaient comme un *Devoir Institutionnalisé à vocation générale*. Cette institution après avoir subi les affres des crises politiques et économiques a essayé tant bien que mal de survivre au Maroc alors qu'en Tunisie elle a été enterrée sous les différentes réglementations. La législation à degrés différents, lui a donné un nouvel essor pour que la médiation soit un *Contrat Librement choisi par les parties à un différend précis*. L'accord conclu grâce à la médiation a pour objet des intérêts privés légitimes en opposition(A). La médiation dans *sa forme institutionnalisée* peut avoir pour objet, la défense d'un ordre public économique supérieur (B).

A- La médiation, un mode libre de résolution des conflits

La médiation dans le domaine économique devrait être citée au pluriel. Différents modes connus à travers l'histoire et suivant les différences contextuelles et communautaires. Mais les différences s'estompent lorsqu'on cite ses objectifs ; Dé-judiciariser / Pacifier et rééquilibrer les pouvoirs dans l'intérêt d'un environnement économique compétitif.

- **Le médiateur est librement choisi par les parties au conflit**

L'évolution des MARD dans les pays en voies de développement a été marquée par une culture civiliste introduite par les mouvements de codification. Que ce soit au Maroc ou en Tunisie, l'organisation judiciaire était le seul socle hiérarchisé de la justice. L'endettement et l'absence de transparence dans les transactions ont détint sur le service public de la justice commerciale. C'est le besoin d'éviter une issue incertaine de l'affaire judiciaire que la médiation s'est présentée comme une solution d'évitement des solutions rigides et lentes de la justice commerciale. La médiation conventionnelle reste un choix éclairé personnel. Suivant les circonstances, le médiateur est un fervent avocat ou un médiateur libre passionné. La promotion de la médiation est depuis longtemps encouragée mais la pratique tarde à se généraliser. La formation dans le domaine de la médiation est généralement adressée aux avocats. Cette formation essentiellement effectuée en langue française, n'est pas toujours accessible et n'est pas encore conforme aux exigences des centres de médiation internationaux. La profession n'est pas organisée ni au Maroc ni en Tunisie. La médiation institutionnelle est exercée, à l'occasion des conflits administratifs, par le Médiateur du Royaume mais la médiation conventionnelle est libre au Maroc. C'est généralement les avocats qui s'auto proclament médiateurs.

Au Maroc, la médiation est une procédure libre par ce que le choix du médiateur, qu'il soit personne physique ou morale, n'est pas imposé. Article 327-60 et Article 327-67

La médiation se caractérise par l'intervention d'une ou deux personnes dans un conflit à la demande des parties ou de leur propre chef. Le médiateur tente d'avancer une résolution amiable du conflit. Selon un auteur les parties sont libres de choisir d'accepter l'issue de l'acte de médiation ou de refuser de s'y soumettre. Cette affirmation ne tient pas compte de la spécificité de la médiation en droit des pays du Maghreb dès l'institution de ses modes de règlement des conflits avant la codification⁸². L'autorité du Médiateur qu'il soit Chef de Tribu *Mouhtassib* ou simple *wasit* volontaire est plus importante que celle accordée au Médiateur actuellement.

L'organisation de la médiation dans *le cadre associatif* est un choix intéressant mais généralement en Tunisie, ces associations qui ont pour objet les règlements des conflits se focalisent sur l'Arbitrage et la médiation est une alternative dont on ignore la portée en l'absence de rapports ou statistiques. Au Maroc les efforts sont nouvellement tournés vers l'organisation professionnelle de la médiation. On peut citer comme exemple le Centre marocain de médiation bancaire CMMB/ L'Association des Ombudsman de la méditerranée AOM/ MOM Rabat⁸³.

- **Le choix du médiateur : La neutralité du médiateur est contestée** lorsque le choix du médiateur dépend de la volonté de la partie la plus « forte » dans un rapport conflictuel :

Le Titre X de la loi bancaire Tunisienne de 2016, fait référence, à l'obligation des banques et établissements financiers de créer une association professionnelle dont la mission, entre autres, de jouer le rôle d'intermédiaire entre ses membres d'une part et les pouvoirs publics et la banque centrale d'autre part, pour toute question intéressant la profession⁸⁴. Cette association professionnelle est chargée, suivant l'article 187 de ladite loi, de créer un organe de médiation bancaire chargé de l'examen des requêtes qui lui sont présentées par les clients et relatives à leurs différends avec les banques et les établissements financiers.

Le choix du médiateur pour les clients, n'existe pas. Chaque banque ou établissement financier peut choisir un médiateur le représentant dans cet organe. On note un déséquilibre flagrant des pouvoirs qui suscite de la méfiance quant à la neutralité du médiateur. De plus, la gratuité du service rendu par cet organe ne favorise pas l'engagement responsable et effectif des parties. Si le choix des médiateurs n'est pas libre et que le recours à la médiation est obligatoire avant toute procédure devant la banque centrale, on peut espérer que l'accord soit librement construit par les parties au différend. Ce n'est pas le cas malheureusement et l'acte de médiation n'en est pas un au fait. Il est précisé que l'organe de médiation ou le médiateur, propose les solutions de médiation appropriées dans un délai maximum de deux mois à compter

⁸² A Benchaneb, « La médiation dans l'espace maghrébin », Revue de l'arbitrage et de la médiation 2013, N° 1, pp. 11 et s.

⁸³ CIMAR www.Cimar.maroc.org : Conférences annuelles passées dans le domaine des conflits sociaux et autres liés aux bâtiments.

⁸⁴ L'article 186 de la loi N ° 2016 / 48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers. JORT 15 juillet 2016. P. 2196.

de sa saisine. La partie faible au litige, n'a qu'à se rallier à la décision choisie pour elle ou choisir le chemin le plus long pour mettre fin au différend.

Les médiateurs dans le domaine bancaire marocain, agissent aussi sous couvert d'une association professionnelle exigée par la loi à l'article 157 : « Les établissements de crédit doivent se doter d'un dispositif interne permettant un traitement efficace et transparent des réclamations formulées par leur clientèle, adapté à leur taille, leur structure et la nature de leur activité. » Cette exigence par contre, n'enlève en rien à la liberté des parties puisque le processus de médiation est engagé dans le cadre des dispositions du code de procédure civile marocain. Les statuts de cette association l'attestent : Le centre marocain de médiation bancaire a établi un code d'éthique instituant l'obligation de confidentialité et exigeant l'indépendance et l'intégrité du médiateur. Les dossiers sont traités sur la base de l'équité et l'objectivité dans les plus brefs délais⁸⁵. La **Neutralité** est ainsi préservée : Le choix libre du médiateur devrait partir d'un choix éclairé. L'objectif affiché de cette association est la désignation de médiateurs compétents et spécialisés qui veulent par leurs expertises rééquilibrer les relations contractuelles sur la base de l'équité. Et en cas de différends, les règles générales organisant le procédé de médiation seront suivies.

Entre la nécessité d'institutionnaliser la médiation ou garantir sa libéralisation, les pratiques vacillent entre l'un et l'autre choix. S. Amrani Mekki parle du marché de l'amiable en précisant que « *l'équilibre doit être trouvé entre la liberté contractuelle qu'elle offre les modes amiables, et notamment la médiation, et la sécurité juridique qu'elle doit garantir. La recherche d'un tel équilibre est manifeste en ce qui concerne le statut du médiateur qui agite encore beaucoup le législateur (français) et la doctrine. Le statut du médiateur est en effet une question centrale à laquelle est liée la conception des modes amiables mais aussi celle de leur efficacité... Il n'existe aujourd'hui aucun statut légal du médiateur. Il ne s'agit pas d'une profession mais d'une fonction qu'exercent des personnes qui se partagent un marché qui a vocation à s'amplifier avec le mouvement de déjudiciarisation*⁸⁶. » Encore faut-il que l'esprit de la médiation soit respecté et que ce marché ne deviennent trop rentable pour les uns et inaccessible pour les autres qui représentent la catégorie la plus nécessiteuse de cette pratique.

- **Les obligations du médiateur :**

La médiation conventionnelle n'est pas réglementée dans un texte général en Tunisie comme c'est le cas au Maroc. Il s'en est suivi une casuistique dans la composition des organes de médiation/ conciliation. Tantôt le médiateur ou conciliateur est un professionnel expert qui fait partie d'une commission désignée ; tantôt c'est un médiateur choisi par les gens du métier agissant conformément aux statuts des associations professionnelles. En ce qui concerne le statut du médiateur, on ne peut pas dire que son indépendance soit préservée lorsque sa

⁸⁵ http://cmmb.ma/wp-content/uploads/2014/06/Code_dEthique1.pdf

⁸⁶ Soraya Amrani Mekki, « Justice Amiable. La question du statut du médiateur. » In, La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017. Editions A. Pedone. 2018. Sous la direction de Walid Ben Hamida et Sami Bostanji. (pp- 43- 53) p. 45.

La loi française N° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle prévoit que seront établies des listes de médiateurs auprès des cours d'appel. Principe mis en œuvre par le décret N° 2017-1457 du 9 octobre 2017.

nomination ou sa désignation est faite par un organe administratif ou dépend de la partie la plus forte au litige. Le médiateur, dans ce cas est à priori, seul garant de sa neutralité.

A titre d'exemple, le législateur marocain prévoit la possibilité pour le médiateur de refuser sa désignation sans plus de précisions : Article 327-67.

Lorsque la médiation ou conciliation est prévue par les textes, le respect du secret professionnel est toujours exigé avec renvoi aux règles générales prévues en droit tunisien. La médiation bancaire est obligatoirement organisée sous une forme associative et les dirigeants et agents de médiations sont tenus au respect du secret professionnel pour les informations dont ils ont pris connaissance du fait de l'exercice de leurs missions et doivent s'interdire d'utiliser ces informations sous peine de sanctions pénales prévus à l'article 254 du code pénal⁸⁷.

Le respect du secret professionnel est spécialement prévu au Maroc pour la médiation : Le médiateur est tenu à l'obligation du secret professionnel à l'égard des tiers selon l'article 327-66. Les obligations du médiateur ne résultent pas d'une vision épurée de la médiation. Les quelques obligations cités par la loi sont procédurales et ne reflètent pas la spécificité de ce procédé. L'exigence de l'écrit n'est pas suffisante.

En droit tunisien, la médiation conventionnelle si elle est prévue par les contractants, est écrite pour lui donner une force probatoire. Dans les autres cas, la médiation est une étape obligatoire décidée par une commission spéciale ou par la loi et dans ce cas l'écrit n'est pas exigé.

Le législateur marocain précise à l'article 327-58 que « La convention de médiation doit toujours être établie par écrit, soit par acte authentique ou sous-seing privé, soit par procès-verbal dressé devant le tribunal... » Le médiateur doit déterminer par écrit dans le compromis, l'objet du litige et l'identité du médiateur personne physique ou la désignation de la personne morale chargée de la médiation. Article 327-60. L'écrit est une formalité de sécurité juridique et permet au juge de connaître l'existence d'une clause de médiation dans le contrat ou un compromis suspendant toute procédure judiciaire. Le juge saisi d'un litige entre des parties ayant convenues au préalable le recours à la médiation, doit selon l'article 327-64 déclarer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure de médiation ou annulation de la convention de médiation. L'issue positive de la médiation mène à la conclusion d'un accord écrit que le législateur marocain nomme « *transaction* » et lui donne la force de la chose jugée. La mention de l'exequatur est donnée par le président du tribunal territorialement compétent pour statuer sur l'objet du litige. Article 327-69. Si aucun accord n'a pas été atteint, le médiateur a l'obligation de le constater par écrit pour passer à un autre procédé ou pouvoir constater l'épuisement de la tentative au règlement amiable et recourir à la justice.

B- La médiation institutionnalisée dans la résolution des conflits.

La médiation « institutionnalisée » est présentée au Maroc dans le domaine administratif et dans un domaine réservé au contrôle économique. L'entité publique exerçant une activité commerciale peut recourir à la médiation. Cependant, la médiation dans le domaine administratif (Le cas du Maroc : Médiateur du Royaume) (1) n'est intéressante à citer que si elle est prévue dans les contrats internationaux. Les personnes de droit public ne renonceront à

⁸⁷ Article 187 infine de la loi bancaire 2016.

la sécurité de la justice administrative que pour un avantage plus important : L'encouragement à l'investissement international. La médiation dans son milieu naturel (secteur privé) a été revivifiée au Maroc par référence à des traditions ancestrales mais en limitant considérablement son domaine d'intervention. (La Hisba) (2)

- 1) **L'institution du Médiateur du Royaume** est une version contemporaine d'une institution connue sous le nom de *Diwan Almadhalim* traduite comme étant l'office du redresseur des torts : Un juge qui a des attributions étendues et variés. Il était nommé par le *Kalife* pour essentiellement intervenir en cas d'abus de pouvoirs des gouverneurs à l'égard des sujets. *Diwane Al Madhalim* était conçue comme une Haute instance administrative. Le pouvoir juridictionnel était attribué au redresseur des torts pour sanctionner tout abus de pouvoir. L'institution a évolué dans un système contemporain pour être intégrée aux institutions administratives du Maroc mais privée du pouvoir juridictionnel⁸⁸. Hissée au rang d'une institution constitutionnelle, la médiation dans le domaine administratif est une exigence de transparence et de bonne gouvernance.

Il est important aussi dans ce cadre de positionner la médiation dans un cadre plus large comme ça été fait au Maroc. Le cadre réglementaire au Maroc n'a jamais été pauvre en matière de justice négociée. L'objectif de créer l'institution du **médiateur du Royaume** au Maroc est en rapport avec l'édification démocratique, la défense droits de l'homme, la bonne gouvernance, sur fond de légalité et d'équité⁸⁹. Le Médiateur du Royaume est une institution constitutionnelle prévue à l'article 162⁹⁰. Peut-elle intervenir en tant que médiateur indépendant en matière commerciale lorsque l'une des parties au conflit est une personne de droit public ?

En réalité, la justice négociée en matière économique, peut intervenir en cas de litiges relatifs aux contrats administratifs qui influent sur la politique internationale d'investissement ou en rapport avec le partenariat public/privé. Cependant le caractère consultatif de cette institution et son domaine limité⁹¹, diminue ses effets⁹². C'est l'amendement de la procédure civile

⁸⁸ Dahir du 17 mars 2011 portant création de l'Institution du Médiateur, précité. Règlement intérieur de l'Institution du Médiateur, B.O., n° 6054 du 16 rejeb 1433 (7 juin 2012), p. 2191

⁸⁹ Déclaration de Marrakech sur la médiation institutionnelle signée à l'occasion du Forum Mondial des Droits de l'Homme 28 Novembre 2014.

⁹⁰ L'article 162 de la constitution du Royaume du Maroc « Le Médiateur est une institution nationale indépendante et spécialisée qui a pour mission, dans le cadre des rapports entre l'administration et les usagers, de défendre les droits, de contribuer à renforcer la primauté de la loi et à diffuser les principes de justice et d'équité, et les valeurs de moralisation et de transparence dans la gestion des administrations, des établissements publics, des collectivités territoriales et des organismes dotés de prérogatives de la puissance publique».

⁹¹ Ainsi, selon le Dahir n°1.11.25 du 12 rabii II 1432 (17 mars 2011) portant création de l'Institution du Médiateur, le Médiateur « entreprend toute démarche et prend les contacts nécessaires avec l'administration concernée afin de l'inciter à satisfaire la requête du plaignant... » (article 12), « il est habilité à mener des enquêtes et des investigations... il peut provoquer les explications des autorités concernées... et se faire communiquer les éclaircissements nécessaires... » (article 13) « il présente à l'administration... les conclusions de ses investigations... Il peut adresser ses recommandations, propositions et observations à l'administration » (article 14) « le Médiateur procède à toute médiation et conciliation » (article 17), « Le Médiateur peut faire aux parties toute proposition » (article 18). Le Médiateur du Royaume n'a pas de prise directe sur l'administration. Il se limite à transmettre, à proposer, à recommander, à demander l'information et se faire communiquer les documents. B.O., n° 5926 du 12 rabii II 1432 (17 mars 2011), p. 279

⁹² Diwan Al Madhalim réforme 2001/ remplacé en 2011 par le titre Médiateur du royaume. Domaine d'intervention : Conflits entre administration et administrés. Institutions publiques et groupements régionaux. Voir Art 14 et 19 de la loi. Art 26 le rôle du médiateur Art 27 Art 37 et suivants

marocaine⁹³ qui aura le plus gros impact sur les conflits commerciaux et qui fera couler beaucoup plus d'encre. Le code de procédure civile marocain a été amendé⁹⁴ pour offrir un cadre général du règlement conventionnel des conflits. Au niveau du chapitre VIII De L'arbitrage et la Médiation conventionnelle, La Section III a été est consacrée à la médiation conventionnelle.

En somme, le Médiateur du Royaume ayant remplacé Diwan Al Madhalim⁹⁵, est une instance d'intermédiation entre les personnes de droit privé et l'administration, et un outil de conciliation souple et simplifié, pour traiter des plaintes et doléances émanant des citoyens qui s'estiment lésés par une décision jugée inéquitable ou contraire à la loi prise par une administration ou un organisme chargé d'exercer les compétences de puissance publique. Les rapports du Médiateur contribuent au redressement des torts émanant des administrations et à l'optimisation du fonctionnement de l'appareil administratif⁹⁶. Le plus important c'est que les cas d'abus et les pratiques illicites et courantes de corruption soient l'objet de consultations. Le médiateur dans le domaine administratif n'est qu'un simple intermédiaire⁹⁷. L'effet sur l'environnement des affaires est indirect et on peut dire que ses rapports ne soient que de simples recommandations⁹⁸. La bonne gouvernance est un objectif justifiant l'existence de ce genre d'institution mais son effet sur la promotion de la médiation reste limité. Le nom de cette institution paraît injustifié avec un rôle doublement limité. Le domaine et les attributs qui lui sont conférés nous poussent à penser que cette institution n'a pris de la médiation conventionnelle que l'appellation. C'est dans le secteur privé que la médiation retrouve tout son intérêt.

Ce qui précède s'applique aussi au cas tunisien, le rapprochement est certain au niveau administratif ; Sauf qu'en droit tunisien, les dispositions légales relatives à la médiation sont dispersées et diversifiées. Le cadre réglementaire a élargi le domaine de la déjudiciarisation mais n'a pas intégré la médiation conventionnelle dans tous les domaines. Le conciliateur peut être un juge/un officier de police douanière un expert...Un conciliateur dans le domaine administratif peut être sollicité dans des opérations commerciales où l'Etat fait partie du litige directement ou indirectement. En Tunisie, Le Conciliateur/Médiateur administratif a aussi changé son nom en Médiateur de la république (Ombudsman) sans gagner pour autant des

⁹³ Abd Errahman Almisbahi, « L'arbitrage et la médiation dans le nouveau droit marocain. » La Revue internationale d'arbitrage. N° 15, Juillet 2012. (pp- 59-78)

⁹⁴ Loi n° 08-05 J. O. N° 5584 du 6 décembre 2007.

⁹⁵ Dahir n° 1.01.298 du 23 ramadan 1422 (9 décembre 2001) portant création de l'institution « Diwan Al Madhalim», B.O., n° 4966 du 18 chaoual 1422 (3 janvier 2002), p. 3.

⁹⁶ Hamid RBII, « Moralisation du service public et protection des droits des citoyens au Maroc. » Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement n° 115, Mars 2014, étude 28

⁹⁷ Dahir n°1.11.25 du 12 rabii II 1432 (17 mars 2011) portant création de l'Institution du Médiateur, B.O., n° 5926 du 12 rabii II 1432 (17 mars 2011), p. 279.

⁹⁸ Rapport sur le bilan d'activité de Diwan Al Madhalim au titre des années 2004 et 2005. B.O., n° 5488 du 14 hija 1427 (4 janvier 2007). p. 194 ; Rapport d'activité de Diwan Al Madhalim au titre des années 2006 et 2007, B.O., n° 5680 du 7 kaada 1429 (6 novembre 2008), p. 1333 ; Rapport d'activité de Diwan Al Madhalim au titre des années 2008 et 2009, B.O., n° 5899 bis du 7 moharrem 1432 (13 décembre 2010), p. 2107 ; Rapport d'activité de l'institution du Médiateur au titre de l'année 2011, B.O., n° 6081 du 22 chaoual 1433 (10 septembre 2012), p. 4770 (en arabe) ; Rapport d'activité de l'institution du Médiateur au titre de l'année 2012, B.O., n° 6192 du 26 kaada 1434 (3 octobre 2013), p. 6352 (en arabe).

prérogatives supplémentaires ou une indépendance d'exercice propre à tout médiateur⁹⁹. Son rôle est important dans la bonne administration de la justice administrative mais il est inexistant voire inadapte¹⁰⁰ aux impératifs de la résolution des litiges. L'indépendance et la liberté des parties sont les éléments définissant cette médiation qui doit évoluer à l'image de la dynamique propre à tous les litiges.

Le médiateur du Royaume ou de la République, tel que présenté respectivement au Maroc et en Tunisie, emprunte à la médiation conventionnelle ses aspects conceptuels sans aller jusqu'à s'octroyer un rôle déterminant dans l'encouragement à l'investissement. Le rôle se limite en pratique à la médiation/conciliation entre administration et administrés. L'objectif essentiel est le désengorgement des tribunaux. Le règlement amiable issu de cette intervention, n'est pas atteint grâce à une clause ou convention de médiation. C'est plutôt un rôle qui est attribué à une haute autorité pour raisonner les parties aux conflits. Il semble que le médiateur dans le domaine administratif soit plutôt un *Ombudsman doté de prérogatives limitées*, un conciliateur éclairé mais qui ne peut être totalement indépendant de la partie la plus influente dans le conflit ; L'administration. Cet *Ombudsman*, dans le domaine strictement commercial avait un rôle conciliateur et avait autrefois, une autorité administrative et morale dans les souks. Il était nommé *Muhtassib*.

2) La Hisba : Le rôle conciliateur du Mohtassib

Le Médiateur est présenté comme un pacificateur qui agit essentiellement en matière de conflits conjugaux et « se contente de rapprocher les deux parties en désaccord. ¹⁰¹» Afin de comprendre tout l'intérêt de la revivification d'une *médiation obligatoire*, il est utile de revoir les caractéristiques de la médiation telle que pratiquée autrefois. C'était un devoir accompli par un professionnel dans le cadre de son rôle régulateur du Marché. La rencontre entre la pratique judiciaire et la médiation n'est pas récent, c'était un devoir naturel de tout musulman mais qui a vite évolué pour être institutionnalisé.

Sur la comparaison entre l'institution de la Hisba et les autres institutions, *Elmawardi* précise que la Hisba est une institution intermédiaire entre le Pouvoir judiciaire et Diwane Al Madhalim « La haute autorité administrative »¹⁰². La Hisba diffère de l'autorité judiciaire en deux aspects et s'y rapproche par deux aspects :

⁹⁹ Depuis 1993. Loi n° 93-51 du 3 mai 1993, relative aux services du Médiateur Administratif. Décret n° 96-1126 du 15 juin 1996, fixant les attributions et les modalités d'action du Médiateur Administratif ainsi que l'organisation administrative et financière des Services du Médiateur Administratif. Loi n° 2002-21 du 14 février 2002, complétant la loi n° 93-51 du 3 mai 1993, relative aux services du Médiateur Administratif.

¹⁰⁰ Le conciliateur/ Médiateur de la république a un champ d'action et des prérogatives limitées. Taoufik Bouachba. Les principes de la justice administrative en Tunisie. 2^{ème} Ed. 1995. CRDA.Tunis (Livre en Arabe.) 614 p.

¹⁰¹ Imed Memmich, « La médiation en droit musulman. » In, La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017. Editions A. Pedone. 2018. S. Dir. W. Ben Hamida et S. Bostanji. 372 p. (pp 317-330) p. 329. L'auteur présente la médiation comme étant incarnée dans le système musulman sans nommer la partie investie par cette pratique.

¹⁰²Abi Alhassen Ali Ibn Mouhamed ibn Habib AL Mawardi.(décédé 450 de l'an Hégire) Le Livre de Al Ahkam Al Sultanya wa alwilayat aldynia. (Les maximes de la Gouvernance) Lecture de Ahmed Moubarek Al Baghdadi. Université Kouweit Ed. Dar Ibn Katiba Kweit 1989. 390 P. (Ouvrage en Arabe) P. 316

Les similitudes : * La Hisba pouvait être assimilée à l'autorité judiciaire parce que l'acte de la Hisba est exercé suite à *une requête officielle* pour affirmer des droits légitimes bafoués ou stopper des actes nuisibles commis publiquement. * La Hisba s'exerçait grâce à *l'autorité de répression* accordée au Muhtassib dans les limites de ses compétences et uniquement quand la contravention est constatée par Aveu.

Les divergences : La Hisba diffère de l'autorité judiciaire en deux points : * La Hisba traite exclusivement des requêtes où les intérêts sont *certain*s et qui ne nécessitent pas pour être établis l'audition des témoins comme c'est le cas pour le juge qui auditionne les témoins et apprécie les preuves et recueille les aveux. * le deuxième point : La Hisba a un domaine d'intervention spécifique. Le Mouhtassib ne peut décider de rendre justice. Son office se limite à constater une interdiction pour la sanctionner ou révéler une inaction pour ordonner le bien.

La *Hisba* se définissait par deux aspects de plus que ceux accordés à l'office du juge : * Le Muhtassib peut prendre une décision même lorsque le défendeur n'est pas présent ; alors que le principe du contradictoire impose que le défendeur soit présent ou auditionné par un juge. * L'exercice de la Hisba nécessite le recours à l'intimidation et même à la force publique pour faire régner l'ordre public contrairement au juge qui lui est défendu d'être rigoureux. En effet son pouvoir réside dans la recherche incessante de l'équité et l'impartialité.

En faisant référence au rapprochement entre deux institutions intervenant dans des domaines différents (La Hisba et Diwan El Madhalim), El Mawardi cite *la force et l'intimidation* exercée sur les contrevenants. Un autre point de convergence réside dans l'objectif commun des deux institutions : La protection des intérêts certains et la condamnation des abus flagrants. Mais les deux institutions sont inégales d'un point de vue hiérarchique : Le Domaine d'intervention du Diwane El Madhalim inclus dans ses attributs ce qui *excède le pouvoir* des juges ; alors que le domaine d'intervention du Mouhtassib réside dans ce qui *allège le travail* des juges¹⁰³. Il s'en suit que le Mouhtassib ne peut prononcer des décisions excédant le pouvoir du juge alors que Diwane Al Madhalim intervient pour prendre des décisions en cas d'impuissance du juge.

Les sources historiques variables de la Hisba démontrent qu'elle a débuté dans une société primaire comme un acte vertueux et s'est développée en une vraie institution lorsque l'activité commerciale s'est développée pour devenir un des piliers de la richesse. En effet, à l'époque du prophète Mohammed et des premiers Kalifes, La hisba se pratiquait spontanément ; elle était exercée en tant que devoir religieux que tout bon musulman libre devait parfaire. Cette fonction n'était pas exclusive aux hommes du temps des Kalifes. La Hisba s'exerçait au Souk par les hommes et les Femmes les plus vertueux et sages¹⁰⁴

Les sources historiques du Souk en Andalousie, révèlent que la Hisba n'était pas présentée comme un devoir religieux. C'était une fonction à part entière, à travers laquelle, le contrôleur mandaté veillait au respect des normes et principes de l'activité commerciale et artisanale dans tous ses aspects : L'une des références les plus explicites dans ce domaine est celle reproduite

¹⁰³ AL Mawardi. Le Livre de Al Ahkam Al Sultanya wa alwilayat aldynia. Op cit P 317.

¹⁰⁴ Parmi les pionniers de la Hisba de la première ère de l'islam on peut citer deux femmes qui ont vécu du temps du Prophète et qui ont occupé du temps du kalife Omar une position importante au Souk ordonnant le bien et interdisant le mal : Echifaa' bint aabdallah ibn aabd echames kourachia et Samarra' bint Nahik Alesadiya Abdelkarim Boumarkoud, « Des réponses sur la fonction de la Hisba au Maroc selon le juriconsulte Mohamed Ben Hassen Al Hajoui. (1376 Hégire) » Le miroir du patrimoine. Mireat Attourath N°5 Mai 2017 (Article en Arabe) (pp 237-261) p 251.

par l'institut des hautes études marocaines sous le titre de traité de la Hisba écrit par un jurisconsulte Andalous Abu Abdallah As-Sakti de Malga¹⁰⁵.

En Ifrikiya (Tunisie) C'est l'Imam Souhnoun qui a exercé l'office du juge et du Mouhtassib en même temps. (240 de l'hégire). Du temps des Aghaliba Ce jurisconsulte avisé et rigoureux s'est imposé comme un réformateur au niveau social en stoppant la fitna et Bidaa et est intervenu dans l'organisation de l'activité économique grâce à l'institution de la Hisba¹⁰⁶.

Au début, Le terme « Hisba » n'était pas utilisé au Maroc ni en Andalousie, là où cette pratique était courante¹⁰⁷. Le bon fonctionnement du Souk islamique se faisait grâce à l'intervention du « Contrôleur du marché ». Ce mandataire fût désigné par le terme « Mohtassib » bien après l'expansion de ce mode de contrôle¹⁰⁸. C'est du temps de la création de la Cité de Fès L'an 192 de l'Hégire que L Hisba a été instaurée en tant qu'institution garante d'un régime économique prospère. La Pratique de la Hisba s'est développée spontanément dans des Souks organisés et ailleurs, dans des ports commerciaux. Au Maroc, Abou Omar Al Fassi était connu comme exerçant la Hisba (430 de l'hégire). A Tanger et Mekness, Ibn Sahel Aiissa ibn Asbagh Aljayani (486 de l'hégire) avait écrit sur la Hisba en Espagne Andalouse dans son livre L'étude des décisions juridictionnelles. Il était juge et mouhtassib en même temps.¹⁰⁹

En Algérie la situation n'était pas différente à l'époque mais vu la particularité de la population algérienne, la hisba n'était pas pratiquée de la même manière en Ville et dans les autres villages. Selon le système Kabyle, le chef avait l'autorité sociale et économique (système Azzaba selon les abadiyahins) Dans les Souks L'Amine avait le pouvoir de contrôle sur les produits et métiers¹¹⁰.

L'office du Muhtassib/médiateur est toujours intéressant à citer puisqu'il est encore réglementé au Maroc¹¹¹. Mais est ce que le Mouhtassib était un simple intermédiaire ou un médiateur chevronné à larges pouvoirs et qu'on pouvait nommer d'OMBUDSMAN ?

Le Muhtassib dans son statut originel, se rapproche beaucoup plus d'un OMBUDSMAN qu'un médiateur sans pouvoirs. Mais le rôle de médiation lui a été attribué accessoirement dans des affaires privées lorsqu'il est sollicité par les parties. Sa proximité des affaires commerciales

¹⁰⁵ Un manuel Hispanique de la Hisba. Traité d'Abu Abdallah Mouhamed ibn Abi Mouhamed As.sakti de Malaga Andalouse. Texte en arabe présenté par G.S Collin et E. Lévi provençal. Ed. Paris Ernest Leroux. 1931. 186 p.

¹⁰⁶ Né à Kairouan en l'An 161 de l'hégire son nom : Abou Saïd Souhnoun ibn Saïd ibn Habib ibn Hassen ibn Rabiaa Attanoukhi. Cité par : Jamal Alkhachnawi. Le pouvoir judiciaire en islam. Ed. 2015. Tunis Dar Essanabil Lil nacher. 501 p. (Ouvrage en arabe) P380 et P.381.

¹⁰⁷ A l'époque Oméïde (41-132 de l'hégire/ 662- 850 J-C) Le terme Hisba n'était pas utilisé, L'emploi de L'autorité du marché Wilayat Al Souk était couramment utilisé : Mouhtassib Superviseur du Marché

¹⁰⁸ Abdelkarim Boumarkoud, « Des réponses sur la fonction de la Hisba au Maroc selon le jurisconsulte Mohamed Ben Hassen Al Hajoui. (1376 Hégire) » Le miroir du patrimoine. Mireat Attourath N°5 Mai 2017 Article en Arabe (pp 237-261) p 239.

¹⁰⁹ Abdelaaziz Ben Abdallah. « L'institution de la Hisba ou la loi du Marché au Maroc. » La Revue de l'académie du Royaume du Maroc. Les Discours du Jeudi. N° 29 2012. Article en arabe (pp 321-333) P 322
Le même auteur cite dans un article plus ancien les mêmes noms. Abdel Aaziz bin Abdallah « L'économie du marché ou L'institution de la Hisba en Islam. » La revue de l'histoire arabe. N° 32 2004. (pp 371-381) Article en arabe. P 372.

¹¹⁰ Moussa Likbal. La Hisba selon les rites au Maghreb Arabe. Son origine et son évolution. 1^{ère} Ed. La Sté Nationale de publication et diffusion 1971 Algérie (Livre en arabe) P. 97.

¹¹¹ Abdelkarim Boumarkoud, « Des réponses sur la fonction de la Hisba au Maroc selon le jurisconsulte Mohamed Ben Hassen Al Hajoui. (1376 Hégire) » Le miroir du patrimoine. Mireat Attourath N°5 Mai 2017 Article en Arabe (pp 237-261)

faisait de lui un contrôleur de l'ordre public économique et un médiateur intervenant pour alléger le travail des juges

Au Maroc, l'autorité du Mouhtassib discutée ou déplacée vers d'autres institutions¹¹² a fini par être diluée ou entachée de la gangrène qui a réussi à affaiblir le tissu économique autrefois florissant : La corruption. Bien avant la décadence constatée dans les souks et affaires économiques, le déclin a commencé par des excès et dénaturation de l'autorité du Mouhtassib : L'interventionnisme excessif au nom de la moralité publique a eu un effet répulsif à l'égard du Mouhtassib. En effet, les dangers de la pratique de la Hisba sont graves lorsque le Mouhtassib s'érige en investigateur procédant à la délation et la diffamation. La Hisba n'avait rien avoir avec la Police des mœurs appliquée par certaines écoles à travers l'interprétation extensive et inappropriée de son rôle¹¹³.

Afin de saisir cette dualité, on présente généralement la Hisba suivant deux catégories de sources différentes : L'une est basée sur des préceptes islamiques clairs. L'autre est purement administrative émanant du pouvoir discrétionnaire du Mouhtassib en exercice. Les affaires courantes d'administration locale des marchés relèvent de la faculté de qualification et interprétation des faits économiques nouveaux inexistant du temps de la première ère de l'Islam¹¹⁴. L'importance de la Hisba dépendait de la détermination de ses aspects et de son intégration législative dans un contexte économique moderne. L'institution de la Hisba avait deux aspects : Juridique et économique¹¹⁵. La fonction juridique était beaucoup plus axée sur le contrôle du respect des règlements et la constatation des infractions. La fonction économique est la plus intéressante puisque le domaine de prédilection du Mouhtassib était le contrôle des activités économiques : L'innocuité des produits vendus, la salubrité des locaux, le contrôle des poids et mesures, le contrôle des métiers et des constructions et la prévention des fraudes en général. L'intérêt de la Hisba réside en fait dans la prévention des contraventions et la mise en demeure en cas de suspicion de fraude. Le Mouhtassib impose la diligence et le respect des normes et usages¹¹⁶. La Hisba était bien structurée. Elle avait le pouvoir de régulation en contrôlant l'activité économique et en allégeant les différends constatés au Souks. Tous les aspects de la vie économique et sociale faisaient l'objet de l'intervention du Mouhtassib¹¹⁷.

La casuistique dans la recherche des solutions pratiques aux problèmes des souks pouvait faire croire à une liberté d'action totale des Mouhtassibs mais la base de leurs interprétations était le Rite Malikite sans exclure pour autant les enseignements des anciens. Les rapporteurs des pratiques de la hisba témoignaient de la diversité des pratiques. Chaque souk ou port avait ses

¹¹² Abdelaaziz Ben Abdallah. « L'institution de la Hisba ou la loi du Marché au Maroc. » La Revue de l'académie du Royaume du Maroc. Les Discours du Jeudi. N° 29 2012. Article en arabe (pp 321-333)

¹¹³ La police des mœurs existe encore malheureusement dans certains pays arabes.

¹¹⁴ Abdel Aaziz bin Abdallah « L'économie du marché ou L'institution de la Hisba en Islam. » La revue de l'histoire arabe. N° 32 2004. (pp 371-381) Article en arabe. 371.

¹¹⁵ Abdelaaziz Ben Abdallah. « L'institution de la Hisba ou la loi du Marché au Maroc. » La Revue de l'académie du Royaume du Maroc. Les Discours du Jeudi. N° 29 2012. Article en arabe (pp 321-333) P 322.

¹¹⁶ Mouhamed Ben Hameda, « Le discours de la Hisba en ce qui concerne les Arts et métiers au Maghreb islamique : Les finalités de contrôle et les aspects de la sanction. » in Les Arts et métiers au Maghreb islamique. N° 76. Octobre 2016. Ed. Beni Eznassin Salé. Maroc.(pp 81-106) (article en arabe). P 106.

¹¹⁷ Moussa Likbal. La Hisba selon les rites au Maghreb Arabe. Son origine et son évolution. 1^{ère} Ed. La Sté Nationale de publication et diffusion 1971 Algérie (Livre en arabe). P 97.

propres règlements donc différentes décisions des mouhtassibs notamment en matière de détermination des prix¹¹⁸.

L'effet de la Hisba au niveau organisationnel : La structuration du Souk et l'organisation de la cité. Les aspects juridiques sont les plus importants mais ont varié d'une époque à une autre¹¹⁹. C'est les sources pratiques de la Hisba qui révèlent l'importance de son application variable : Documents anciens écrits par ceux qui ont pratiqué la Hisba. Des anciens écrits révèlent la Hisba à travers ses deux aspects¹²⁰ : Devoir religieux et fonction de contrôle du marché. Mais ne présentent pas le côté pratique et professionnel de ce procédé. Les rares expériences pratiques consignés par un mouhtassib en exercice ont été trouvés en Andalousie du temps des Umayyades¹²¹.

Historiquement, le Mouhtassib avait le statut d'un officier très important. Le Mohtassib est défini à travers les enseignements de la religion musulmane, mais pas exclusivement. La définition suivant laquelle, le Mohtassib¹²² est « *La personne qui cherche à acquérir un mérite religieux par le zèle qu'elle déploie en faveur de la loi sacrée*¹²³ » est imprécise. L'imprécision tient au fait qu'il est octroyé à ce personnage dans la cité musulmane, une véritable fonction administrative, parfois même un pouvoir judiciaire¹²⁴. Le Mohtassib est désigné par Yves Lacoste¹²⁵ en tant que *prévôt des marchands*, une sorte de fonctionnaire municipal ; mais les fonctions du prévôt diffèrent de ceux octroyés au Mohtassib¹²⁶. Un simple prévôt du marché a

¹¹⁸ Abdelaaziz Ben Abdallah. « L'institution de la Hisba ou la loi du Marché au Maroc. » La Revue de l'académie du Royaume du Maroc. Les Discours du Jeudi. N° 29 2012. Article en arabe (pp 321-333) P 324.

¹¹⁹ Jamal Alkhachnawi. Le pouvoir judiciaire en islam. Ed. 2015. Tunis Dar Essanabil Lil nacher. 501 p. (Ouvrage en arabe)

¹²⁰ Les références les plus anciennes sur la question sont : Al Ahkem Al soultanya de Ali ibin Mouhamed ibin Habib Al kadhi Abou Hassen Almawardi Al Basri (455 de l'hégire). Ed. Dar Al Koutoub Al ilmya. Beyrouth Liban 1985. La Hisba de Abd Errahmen ibn naser ibn abdillah Al Chizri altabari (590 de l'hégire). Note Al Baz Al Aairini. Beyrouth Liban 1981.

Abu Hamed Al Ghazeli. Revivification des sciences de la religion. Commentaires Mohamed Abdelaziz Abdelkhalik. ED. Dar Al Kutub ilalmya 2017 (Ouvrage en Arabe). 304 p

Mohamed moussa Al Bir et Mohamed Nour Ali. L'organisation de la Hisba en Islam. Soudan. Ed. Almanhal 2013 261 p. (Ouvrage en arabe)

¹²¹ L'époque Umayyades (41-132 de l'hégire/ 662- 850 J-C) Ahmed Ghabin. Hisba Arts and Crafts. Ed. Harrasowitz Verlag. 2009. 287 p. P. 40.

¹²² Personne chargée de la fonction de la Hisba.

¹²³ Joseph Schacht introduction au droit musulman. 2^e Ed. Maisonneuve- Larose, 1999. 252 p. P. 170.

¹²⁴ Louis Millot. Introduction à l'étude du droit musulman. Sirey 1953. 817p. p. 716

¹²⁵ Yves Lacoste. Ibn KHALDOUN, naissance de l'histoire passée du tiers monde. Ed. François Maspero. Paris. 1969. 267 p.

¹²⁶ « À partir du VIII^e siècle, il faut signaler, au côté du *qadi*, la présence d'un nouveau personnage, le *muhtasib* chargé de faire respecter la *hisba*, l'obligation pour le musulman de « faire régner le bien et d'interdire le mal ». Il aura des fonctions complémentaires, quoique subalternes, à celles du *qadi*. C'était en quelque sorte un gardien de l'ordre public. Ce fonctionnaire religieux subalterne, dont la fonction ne disparut qu'au XIX^e siècle, avait des attributions multiples que A.K.S. Lambton a admirablement résumées ainsi. « *La moralité publique et l'accomplissement par les musulmans de leurs devoirs religieux étaient sous le contrôle général du muhtasib (...)* Il devait empêcher de maltraiter les esclaves et de surcharger les animaux...Cependant sa principale tâche consistait à surveiller les marchés et à empêcher tout trafic malhonnête de la part des marchands et des artisans, ainsi qu'à contrôler les corps de métiers et les corporations. Il était habilité à infliger des châtements sommaires aux contrevenants. » A.K.S. LAMBTON, in *Encyclopaedia.Iranica*.2, T. III, p. 507a (s.v. *hisba*, pp. 503a-510a).

Le Mohtassib « *veillera donc, sur les marchés, au bon ordonnancement des échoppes en fonction de la circulation, à la régularité des poids et mesures, ainsi qu'à la qualité des denrées et des produits manufacturés.* » Anne-Claude

un champ d'action rétréci. Pourtant, le Mouhtassib avait de l'autorité et usait de sa position pour trancher les petits litiges et il s'avancait même pour pacifier et atténuer les tensions en cas de crises ou révoltes¹²⁷. Si l'on définissait le *Mohtassib*, d'après son rôle, on dirait que son rôle était **général**, quand il s'agissait de faire respecter les règles de conduites sociales¹²⁸ mais son rôle **le plus significatif** consistait dans le contrôle du bon déroulement des transactions commerciales.

Les fonctions du mouhtassib selon les pratiques anciennes :

Multiplés / étendues / exercées sans limites/ fonctions exercées grâce à l'aide d'autres agents

Les fonctions du Mouhtassib selon les réglementations actuelles :

Précises/ Limités / exercées selon un mandat/ fonctions exercées sans ressources financières ou logistiques suffisantes.

Compétences du Mouhtassib :

Dès son origine, la hisba était considérée comme une institution à cheval entre l'autorité judiciaire et l'organisation administrative du Marché. Le pouvoir judiciaire octroyé au Mouhtassib existait certes mais était limité. Le pouvoir le plus effectif était celui exercé sur le contrôle des transactions et métiers dans un souk organisé. Le Mouhtassib s'est positionné comme un juge de proximité qui infligeait des peines suite à une investigation expéditive. Il avait plein droit pour condamner les professionnels et commerçants en constatant la non-observation des normes usuelles. L'une des conditions de l'intervention du Mouhtassib était de vérifier que l'acte réprobateur soit certain et connu de tous. Le mouhtassib jouissait du pouvoir juridictionnel et administratif limité à la **nature** de son intervention et à **la finalité** de la sanction infligée.

Les sources variables de la médiation

Al Mawardi différencie en termes concis, entre la Hisba exercée volontairement et celle qui relève de la compétence du Mouhtassib en exercice.

Le Mouhtassib en Exercice	Le Mouhtassib Volontaire
Acte professionnel exercé par nomination	Devoir religieux d'un musulman savant
Devoir professionnel qui ne peut être négligé	Un acte volontaire qu'on peut omettre
Désigné pour contrôler un ordre public économique et social préétabli	Interférence volontaire pour ordonner le bien et interdire le mal
Il est tenu de recevoir toutes les plaintes qui relèvent de ses compétences	Il n'est tenu d'intervenir que dans des cas précis

DERO. *Institutions privées et publiques en droit musulman traditionnel*. Centre de documentation pédagogique. ULB 2002. P.43.

¹²⁷ Ce fût le cas à Bagdad en 307 de l'hégire pour apaiser les tensions sociales suites à la hausse des prix, Le Mouhtassib avait déterminé les prix pour éviter les désordres. Jamal Alkhachnawi. *Le pouvoir judiciaire en islam*. Ed. 2015. Tunis Dar Essanabil Lil nacher. 501 p. p 124 (Ouvrage en arabe)

¹²⁸ Ibn Taymiyya Al- Hisba Fi L-Islam. Traité sur la Hisba. Publié et traduit par Henri Laoust. Ed. Librairie orientaliste PauL Geuthner, Paris 1984. 114 P. p. 32 et s.

Il lui est permis d'investiguer pour constater la commission de l'Interdit et révéler l'inaction pour faire le Bien	Il ne lui est pas permis d'épier ou de contrôler les actes d'autrui
Il se fait aider par des agents assermentés pour intervenir efficacement	Il ne lui est pas permis de demander l'intervention d'un tiers pour l'aider dans son action
Il a le pouvoir de sanctionner suivant le degré de l'omission ou la commission de la contravention	Il n'a aucune autorité pour émettre des sanctions
Il est rémunéré pour son travail	Il ne peut recevoir de compensation pour son intervention
Il a un pouvoir d'appréciation exercé suivant les usages et coutumes	Il ne peut intervenir que dans les cas sans équivoque sans interpréter

Cette mise au point d'Almawardi est importante pour délimiter le pouvoir de chacun et éviter les excès. La Hisba était reconnue comme une institution à part entière et même si elle était exercée en dehors du cadre institutionnel, des limites étaient bien dessinées pour éviter les abus et interventionnisme dangereux dans la vie des gens.

Evolution historique de l'institution de la Hisba :

L'évolution discontinue de la Hisba au Maroc	L'évolution suspendue de la Hisba en Tunisie :
Institution réglementée	Institution héritée
La survivance choisie de l'institution	Institution confinée et tombée en désuétude
La dénaturation de l'institution	L'instrumentalisation communautaire de l'institution

La Hisba telle qu'elle a été pratiquée à ses débuts a été suspendue ou affaiblie par l'autorité française. En Tunisie l'institution de la Hisba a été confinée dans des souks traditionnels artisanaux. Au Maroc l'interruption a été faite par le transfert des prérogatives du Mouhtassib à la police judiciaire de l'époque sous le contrôle directe du consul général¹²⁹. Dahir du 26 Mars 1914 relatif à la fraude alimentaire. L'autorité française a imposé une nouvelle division administrative du pays en petits territoires contrôlés par des Pacha sous l'autorité d'un fonctionnaire français. L'autorité municipale était conférée à un conseil dont les membres pour la plupart étaient nommés parmi les notables français et les marocains proches du régime.

¹²⁹ Mohamed Bazi « Les compétences judiciaires et administratives du Mouhtassib en droit islamique et en droit positif. » La revue marocaine de l'économie et du droit comparé. Marrakech 1999. N° 31. P 145.

Après l'indépendance l'institution de la hisba n'a pas pu être revivifiée et l'âge d'or de cette institution était révolu.¹³⁰ Les prérogatives initiales du Mouhtassib ont été dispersées dans différentes institutions administratives¹³¹ ; et pourtant, en droit positif Marocain elle a survécu.

Le Mohtassib n'a au fait que quelques attributions administratives : il travaille sous l'égide du ministère de l'intérieur– **La division de la hisba** est administrativement liée à la Direction de la coordination des affaires économiques dont la mission est d'assurer la coordination et le suivi de tous les dossiers à caractère économique qui relèvent de la compétence du ministère de l'intérieur¹³². Cette Direction a pour mission entre autre choses, **d'encadrer, de suivre et d'orienter les actions des Mohtassib. La division de hisba comprend des services limités aux corporations et litiges ; • au service des enquêtes et suivi ; et au service de l'animation de la hisba. Les autres interventions à caractère économique sont attribuées à d'autres divisions.** Mais le plus important à relever est que le mohtassib a préservé un rôle conciliateur qui fait de lui le médiateur par excellence ; proche des commerçants, artisans et leurs clients dans la petite chaîne de distribution¹³³.

¹³⁰ Fethi Kemicha. "For instance, certain tribes continue today in certain regions to settle themselves. The differences that arise between their members...and therefore refrain from submitting them to the courts of the state." The Approach to mediation in the Arab World. Conference on mediation Geneva, March 29, 1996. World intellectual property organization. (pp 63- 70) P 65

¹³¹ Mohamed Bazi « *Les compétences judiciaires et administratives du Mouhtassib en droit islamique et en droit positif.* » La revue marocaine de l'économie et du droit comparé. Marrakech 1999. N° 31. P 146.

¹³² Article 39 du décret n° 2-97-176 du 14 chaabane 1418 (15 décembre 1997) relatif aux attributions et à l'organisation du ministère de l'intérieur. Bulletin officiel du Royaume du Maroc 05 Février 1998 - Numéro 4558

¹³³ Décret n° 2-83-717 du 20 rebia II 1404 (24 janvier 1984) relatif à la rémunération forfaitaire allouée aux mohtassibs. B.O.R.M du 01 Février 1984 - Numéro 3718 – Décret pris en application du Dahir n° 1-82-70 du 28 chaabane 1402 (21 juin 1982) portant promulgation de la loi n° 02-82 relative aux attributions du mohtassib et des oumana des corporations. B.O.R.M du 07 Juillet 1982 - Numéro 3636. ARTICLE 1.— Dans les limites du ressort territorial où il exerce ses fonctions, le mohtassib est chargé, à l'exclusion de toute autre autorité, du contrôle de la qualité et des prix des services et produits de l'artisanat ainsi que des produits agricoles, des denrées alimentaires, des boissons et des produits de toilette ou d'hygiène. La liste des produits et services relevant du contrôle du mohtassib est fixée par voie réglementaire dans le respect, des dispositions du premier alinéa ci-dessus. ART. 2.— Le mohtassib vérifie que les produits ou les services répondent aux normes prescrites par la réglementation en vigueur ou en usage dans la profession et que leur prix est conforme au tarif fixé ou, à défaut de tarif, au prix normalement pratiqué sur le marché. ART. 3.— Pour la vérification de la qualité des produits, le mohtassib a recours aux services techniques compétents. Il peut toutes les fois qu'il l'estime utile faire opérer, dans les conditions fixées par les lois et les règlements en matière de répression des fraudes, des prélèvements ou des saisies conservatoires en vue de faire procéder aux analyses nécessaires. ART. 4.— Dans l'exercice de ses fonctions telles que définies à Partie le premier ci-dessus, le mohtassib a libre accès à tous les lieux où peuvent pénétrer les agents chargés de la répression des fraudes ou du contrôle des prix dans les conditions prescrites par les lois et règlements en vigueur. ART. 5.— Le mohtassib constate les infractions relatives à le qualité et aux prix des produits et services soumis à son contrôle en vertu de l'article premier ci-dessus et en dresse procès-verbal dans les conditions fixées par les lois et règlements applicables, suivant le cas, soit en matière de répression des fraudes, soit en matière de contrôle des prix. Les procès-verbaux du mohtassib ont la même valeur que ceux dressés par les agents chargés de la constatation des infractions aux lois et règlements visés à l'alinéa premier de cet article. ART. 6.— Le mohtassib peut, en vertu d'une délégation conférée par les autorités compétentes conformément aux dispositions de la loi n° 008-71 du 21 chaabane 1391 (12 octobre 1971) et nonobstant toutes dispositions contraires, imposer le paiement d'une amende n'excédant pas 50;000 .dirhams. En cas d'infraction grave ou lorsque le délinquant a déjà été sanctionné pour deux infractions au moins depuis moins d'un an, le mohtassib peut, également par mesure conservatoire, ordonner la fermeture de l'établissement commercial ou professionnel en attendant qu'il soit statué sur l'infraction constatée. La durée de cette fermeture ne peut toutefois excéder 6 jours. **Section II Autres attributions du mohtassib ART. 10.— Les oumana assistent la mohtassib dans l'exercice de ses fonctions et disposent, sous son autorité, chacun en ce qui concerne sa corporation, d'un pouvoir de conciliation en vue**

La personnalité du Mouhtassib était révélée par son savoir et sa rigueur. Les conditions d'accès à la profession de Mouhtassib étaient abstraits mais vérifiables.

Conditions liées à la **vertu** : Un bon musulman, intègre, honnête, juste et consciencieux.

Conditions liées au **Savoir** : intelligent, avisé et détenteur d'un savoir général et technique comprenant toutes les normes relatives aux métiers.

Conditions liées aux **compétences** : Un spécialiste du domaine qu'il est appelé à contrôler et reconnu par ses pairs

Conditions liées aux **prérogatives** : Jouissant de l'autorité de police pour pouvoir interdire et ordonner. Il avait des prérogatives importantes et son autorité n'était contestée que par le gouverneur qui seul pouvait décider de le révoquer¹³⁴.

L'acte de médiation par le Mouhtassib	L'acte de médiation par un Médiateur agréé
Intervention justifiée par le maintien de l'ordre public	Une démarche volontaire choisie par les parties au conflit
Acte réglementé et formel	Acte caractérisé par un processus prédéfini mais flexible
Médiation suivie d'une remise à l'ordre ou pacification du différent : intervention active du Mouhtassib	Issue de l'acte de médiation imprécise : Neutralité du médiateur
Le consensualisme est une exception	Accord toujours consensuel

La présentation d'une institution traditionnelle qui a considérablement évolué un certain temps, montre que son maintien dans sa forme la plus simplifiée est toujours utile et est susceptible de modernisation. La médiation qu'elle soit libre ou institutionnalisée n'a d'effet positif sur la résolution des conflits que si le statut du médiateur/*Mouhtassib* présentera les garanties nécessaires liées à la compétence, la neutralité et l'indépendance.

du règlement à l'amiable de tout litige ou contestation s'élevant : 1° Entre les artisans et les commerçants des produits visés à l'article premier ci-dessus et leurs apprentis et employés en ce qui concerne les questions relatives à leurs rapports professionnels ; 2° Entre les artisans et les commerçants précités et leurs clients au sujet de prestations ou transactions portant sur des produits ou services soumis au contrôle du mohtassib. ART. 11.— La conciliation est constatée par un procès-verbal établi par le mohtassib et signé par lui et par les parties en cause. Si celles-ci ou l'une d'elles déclare ne savoir pas signer, mention en est faite au même procès-verbal ; ladite mention doit être appuyée de l'empreinte digitale de l'intéressé, suivie de l'indication du nom de ce dernier. Le procès-verbal de conciliation, dressé dans les formes prévues ci-dessus, la force d'obligation privée et met fin au litige dans les limites de l'accord qui y est constaté.

¹³⁴ Moussa Likbal. La Hisba selon les rites au Maghreb Arabe : Origine et évolution. 1^{ère} Ed. La Sté Nationale de publication et diffusion 1971 Algérie (Livre en arabe). P 98.

Conclusion.

L'évolution de la médiation dans les pays occidentaux est différente de celle constatée dans les pays du Maghreb Arabe¹³⁵. Les différences, tant historiques que culturelles, expliquent les fluctuations et stagnations de la médiation en tant que mode de règlement des litiges. Les crises politiques liées à la corruption ou à la puissance colonisatrice ont menacé, différemment d'une époque à une autre, la pérennité de ce procédé. L'étude de la médiation et la recherche de ses origines ne peut se faire en niant ces interférences politiques et culturelles. La réalité contemporaine est toute autre lorsque l'étude ne peut se faire que sur un plan théorique et hypothétique. *D'une part* théoriquement, la médiation est reconnue et enseignée dans les facultés de droit par des avocats et des conférenciers qui présentent ce procédé sous son meilleur aspect. Pourtant, lorsqu'il s'agit de traduire effectivement la théorie en pratiques courantes, les statistiques font défaut. *D'autre part*, "l'inadaptation" des solutions proposées par des organismes internationaux, rend l'acceptation et la généralisation de ce procédé hypothétique. La médiation en l'état actuel, risque de ne pas dépasser le cap du théorique si elle n'est pas débarrassée de l'élitisme aveugle qui la couve. Elle ne peut arriver à bon port que si elle sera dépoussiérée de ces vestiges et reformulée d'une manière plus adaptée au contexte économique et social actuel des pays du Maghreb.

Dans des cas extrêmes, la médiation peut présenter des risques si, dans un environnement corruptible, elle empêche définitivement l'accès au juge ou fait échec à l'ordre public économique. Ces appréhensions ne sont pas vérifiables en l'état actuel des choses parce que le recours à la médiation n'est pas généralisé. Dans le cas où la médiation sera exercée dans certaines institutions qui souffrent déjà de manque de transparence et de bonne gouvernance, la médiation sera utilisée pour affaiblir encore plus les parties en litige (ex : les consommateurs) et leur proposer un règlement amiable factice. Seule l'exigence de l'indépendance du médiateur pourra permettre la préservation de l'esprit de la médiation. En définitive, on peut dire que la médiation offre plus d'avantages que d'inconvénients si elle est exercée par des professionnels certifiés et intègres. Ce processus se révèle comme le meilleur moyen de garantir la liberté contractuelle et la célérité des transactions économiques en offrant aux investisseurs et commerçants des garanties de transparence, de rapidité avec des coûts financiers avantageux.

¹³⁵ L'étude est limitée à deux pays le Maroc et la Tunisie mais la situation n'est pas meilleure dans le reste de pays du Maghreb arabe.

Références

Livres et thèses

Abi Alhassen Ali Ibn Mouhamed ibn Habib AL Mawardi.(décédé 450 de l'an Hégire) Le Livre de Al Ahkam Al Sultanya wa alwilayat aldynia. (Les maximes de la Gouvernance) Lecture de Ahmed Moubarek Al Baghdadi. Université Kouweït Ed. Dar Ibn Katiba Kweït 1989. 390 P. (Ouvrage en Arabe)

Alaoua Alaoua Houam. La médiation une alternative à la résolution des litiges et ses applications en droit islamique et en droit des procédures civiles et administratives algérien. Thèse de doctorat en Sciences Islamiques. Alger 2012. (Thèse en Arabe).

Anita Alibekova, Robert Carrow. (Editors) International arbitration and mediation. Yorkhill Law publishing. 2007 302 p.

Anne-Claude DERO. *Institutions privées et publiques en droit musulman traditionnel*. Centre de documentation pédagogique. ULB 2002. P.43.

Carole Younes et Etienne Le Roy (S.Dir.) Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ? Paris. Ed. Karthala. 2002.. 310 p.

Cruyplants J, M. Gonda, M. Wgemans. Droit et pratique de la médiation. Ed. Bruylant. Bruxelles 2008. 405 p.

Emile Tyan. Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam. 2e Ed. E. J. Brill 1960. P. 646.

Ferréol Gilles. (S. Dir) Médiations et régulations. Ed. Proximités. L'Harmattan Paris. 2016. 305 p. P. 33.

G.S Collin et E. Lévi provençal. Un manuel Hispanique de la Hisba. Traité d'Abu Abdallah Mouhamed ibn Abi Mouhamed As.sakti de Malaga Andalouse. (Texte en arabe). Ed. Paris Ernest Leroux. 1931. 186 p.

Ibn Khaldoun. Les prolégomènes d'Ibn Khaldoun. Traduit en français et commenté par W.M. Guckin Baron de Slane. 1863. Première partie. Paris. Librairie orientaliste P. Guthener, 1934. p. 486.

Ibn Taymiyya Al- Hisba Fi L-Islam. Traité sur la Hisba. Publié et traduit par Henri Laoust. Ed. Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris 1984. 114 P.

J. T. Barrett. J.P. Barrett. A History of alternative dispute resolution: The story of a political, cultural and social movement. Ed. Jossey Bass. 2004. 320 p.

J.C. Betancourt, J.A. Crook. ADR. Arbitration and Mediation. A collection of Essays. Author House Publisher. 2014. P 116.

Jacob Bercovitch. Theory and practice of international mediation. Selected essays. Routledge. London and New York. 2011. 304 p.

Jamal Alkhachnawi. Le pouvoir judiciaire en islam. Ed. 2015. Tunis Dar Essanabil Lil nacher. 501 p. (Ouvrage en arabe)

Joseph Schacht introduction au droit musulman. 2° Ed. Maisonneuve- Larose, 1999. 252 p.

Marie Thonon (S.Dir) Médiations et médiateurs. Ed. L'Harmattan 2004. 218 p.

Mensi Houssein. L'institution de la *Hisba* en droit Islamique et en droit positif. Ed. Dar EL Jamiaa Al Jadida. Alexandrie. Egypte. 2011. 324 p. (ouvrage en arabe)

Yves Lacoste. Ibn KHALDOUN. Naissance de l'histoire passée du tiers monde. Ed. François Maspero. Paris. 1969. 267 p.

Articles

A. Benchaneb, « La médiation dans l'espace maghrébin », Revue de l'arbitrage et de la médiation 2013, N° 1, (pp. 11 et s.)

Abd Errahman Almisbahi, « *L'arbitrage et la médiation dans le nouveau droit marocain.* » La Revue internationale d'arbitrage. N° 15, Juillet 2012. (pp- 59-78)

Abdel Aaziz bin Abdallah « *L'économie du marché ou L'institution de la Hisba en Islam.* » La revue de l'histoire arabe. N° 32 2004. (pp 371-381) Article en arabe.

Abdelaaziz Ben Abdallah. « *L'institution de la Hisba ou la loi du Marché au Maroc.* » La Revue de l'académie du Royaume du Maroc. Les Discours du Jeudi. N° 29 2012. Article en arabe (pp 321-333)

Abdelkarim Boumarkoud, « *Des réponses sur la fonction de la Hisba au Maroc selon le jurisconsulte Mohamed Ben Hassen Al Hajoui. (1376 Hégire)* » Le miroir du patrimoine. Mireat Attourath N°5 Mai 2017 Article en Arabe (pp 237-261)

Fethi Kemicha. "*The Approach to mediation in the Arab World.*" Conference on mediation Geneva, March 29, 1996. World intellectual property organization. (pp 63- 70) P 65

Giovanni Mattucci. « *Civil mediation, how to kick – start; the Italian experience.* » Article submitted at the " 8th International Conference – Alternative Dispute Resolution – Cooperation between the Public Administration and Judiciary with the Economic Sector/ 24th -25th October 2017 Croatian Chamber of Trades and Crafts Zagreb.

Hamid RBII, « *Moralisation du service public et protection des droits des citoyens au Maroc.* » Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement n° 115, Mars 2014, étude 28

Imed Memmich, « La médiation en droit musulman. » In, La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017. Editions A. Pedone. 2018. S. Dir. W. Ben Hamida et S. Bostanji. 372 p. (pp 317-330) p. 329.

M. Chiavario, « *La justice négociée : Une problématique à construire* ». In, Archives de politique criminelle, N° 15, 1993, p. 29.

Michèle Zirari-devif, « *La Hisba au Maroc : Hier et aujourd'hui.* » In, Les institutions traditionnelles dans le monde arabe. (S. Dir.) Hervé Bleuchot. Ed. Karthala-Iremam, 1996. . (pp.71- 86). 228 p.

Mohamed Bazi « *Les compétences judiciaires et administratives du Mouhtassib en droit islamique et en droit positif.* » La revue marocaine de l'économie et du droit comparé. Marrakech 1999. N° 31. P 146.

Aissam Ibn Abdelaziz Ibn Abderrahman Al Alchikh. « *Concepts relatifs aux modes alternatives de règlement des conflits et ses application en droit Islamique.* » Revue internationale de l'arbitrage 2017 N° 34. (pp 177 -207) (Article en arabe).

Mohamed Taher Belmaouhoub. La Médiation judiciaire : Etude comparée entre le droit Islamique et le droit Algérien. Thèse de doctorat (2016-2017) Université des études Islamiques. Batna1 Algérie. 305 p. (Thèse en arabe).

Mouhamed Ben Hameda. « *La lettre de la Hisba à propos des arts et métiers au Maghreb Islamique : Les finalités de contrôle et les aspects de la sanction.* » in, Les arts et métiers au Maghreb Islamique. Tome I Série Chouroufet. N° 76 octobre 2016. Ed. Ezzamen. Maroc. (pp-81- 101) (article en arabe)

Moussa Likbal. La Hisba selon les rites au Maghreb Arabe : Origine et évolution. 1^{ère} Ed. La Sté Nationale de publication et diffusion 1971 Algérie (Livre en arabe).

Nora Seddiki Al Houdaigui. Arbitrage commercial international au Maghreb. 2012. Ed. L'Harmattan. Paris. 552 p.

Omar Azziman, « *La tradition juridique islamique dans l'évolution du droit privé marocain.* » In Le Maroc actuel. Ouvrage collectif. Ed. C.N.R.S. 1992. (pp-251-272) .

Riaz Mahmoud. The concept of administrative accountability in Islam. Ed. Maqbool academy. 261 p.

Salma Khaled, « *La médiation en Droit commercial.* », In, La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017. Editions A. Pedone. 2018. S. Dir. W. Ben Hamida et S. Bostanji. 372 p. (pp 181-197)

Sami Bostanji, « *La médiation dans les pays du Maghreb Central. Tunisie, Algérie, Maroc.* » In, *La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017.* Editions A. Pedone. 2018. S. Dir. W. Ben Hamida et S. Bostanji. 372 p. (p331-345) P. 341.

Soraya Amrani Mekki, « *Justice Amiable. La question du statut du médiateur.* » In, *La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017.* Editions A. Pedone. 2018. Sous la direction de Walid Ben Hamida et Sami Bostanji. (pp- 43- 53).

Souad Babay Youssef, « *L'articulation : Médiation/arbitrage.* » In, *La Médiation dans tous ses états. Actes du colloque international organisé à Tunis les 9 et 10 mars 2017.* Editions A. Pedone. 2018. S. Dir. W. Ben Hamida et S. Bostanji. 372 p. (pp 55-70)

Taoufik Bouachba. *Les principes de la justice administrative en Tunisie.* 2^{ème} Ed. 1995. CRDA. Tunis (Livre en Arabe.) 614 p.

X. Lagarde, « *L'efficacité des clauses de conciliation ou médiation.* », *Revue de l'arbitrage.* 2000, N° 3 (pp 377. 401)

Dictionnaires

Cadiet. Loïc. *S.Dir Dictionnaire de la justice.* PUF 2004. 1362 p.

Cornu G.. *Vocabulaire juridique.* Ed. Point Delta. 2011. Médiation. P 509.

C.E. Bosworth, EU Denzel, WP. Heingrichs et Feu G. Le comte. *Encyclopédie de l'Islam.* Tome IX San-SZE. Ed. Leiden Brill.1998.

Cruyplants J, M. Gonda, M. Wgemans. *Droit et pratique de la médiation.* Ed. Bruylant. Bruxelles 2008. 405 p.

Denis Alland et Stéphane Rials. *S. Dir. Médiation.* Ed. PUF 2003 p.1010. *Encyclopédie de l'Islam T. III B.* Lewis, Ibn Mandhour. *Lisan Al Arab. Dictionnaire de la langue arabe.* Rapporté par Khalid Rachid Elkadhi. Ed. 2006.

V.L. Ménage, Ch. Pellat et J. Schacht, assistés de C. Dumont, E. van Donzel et G.R. Hawting. 1975.

Fr. Noël. *Nouveau dictionnaire Français Latin.* Ed. Normand Père. Paris. 1824. p. 624.

Pierre Bayle. *Dictionnaire historique et critique.* Nouvelle Ed. Tome 14. Ed. Desoer. Paris 1820.