



Revue Scientifique Trimestrielle
Spécialisé dans les Etudes Juridiques et Administratives

Etudes et Recherches

Les juridictions financières : un outil de réduction des inégalités

Siham BELMAHI

Le fondement de la responsabilité civile et pénale du médecin expert au Maroc.

Karim HABIBRABI

Le régime de la responsabilité administrative médicale pour faute contribution à l'étude de l'appréciation de la faute médicale par la jurisprudence administrative marocaine

Youns BOUDELLAH

La question de la gestation pour autrui à la lumière de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

Karim ZAOUAQ

La coopération judiciaire internationale face Aux obstacles juridiques.

Rachid LAABACHI

N° spécial Novembre 2020

Sommaire

Les juridictions financières : un outil de réduction des inégalités Siham BELMAHI.....	5
Le fondement de la responsabilité civile et pénale du médecin expert au Maroc. Karim HABIBRABI.....	23
Le régime de la responsabilité administrative médicale pour faute contribution à l'étude de l'appréciation de la faute médicale par la jurisprudence administrative marocaine Youns BOUDELLAH.....	41
La question de la gestation pour autrui à la lumière de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme Karim ZAOUAQ.....	55
La coopération judiciaire internationale face Aux obstacles juridiques. Rachid LAABACHI.....	61

Les juridictions financières : un outil de réduction des inégalités

Siham BELMAHI
Docteur en Droit Public

Introduction

Les inégalités résultent de choix politiques, le domaine de la justice sociale est du ressort de l'Etat. Il incombe aux politiques d'apporter des solutions et de fixer les objectifs en la matière.

La montée des inégalités sociales constitue une source de préoccupation majeure partout dans le monde. Le concept d'inégalité revêt un caractère complexe et multidimensionnel. Il ne se limite pas seulement à l'aspect monétaire de répartition des revenus, mais renvoie aussi aux inégalités de capacités en matière d'accès aux services sociaux de base, voire même aux inégalités d'opportunités ou de chances qui affectent les perspectives de mobilité sociale des populations défavorisées.

En effet, la capacité d'un gouvernement d'offrir des services publics durables et équitables est définie en grande partie par sa capacité de générer des recettes intérieures suffisantes, de planifier et d'exécuter ses budgets rapidement et précisément et d'utiliser ses fonds de façon responsable et transparente.

Ainsi, les Institutions Supérieures de Contrôle des finances publiques (ISC) peuvent directement contribuer à la réalisation de ces objectifs, «*Les finances publiques sont au cœur des décisions politiques*». Néanmoins, les finances publiques ne peuvent être considérés isolément, le problème fondamental n'est plus l'équilibre comptable entre les recettes et les dépenses budgétaires. C'est celui de l'équilibre général de la vie économique et sociale¹.

A cet égard, les juridictions financières (Cour des Comptes (CC) et Cours Régionales des Comptes (CRC))*interviennent en aval afin de déterminer l'efficacité et l'efficience des politiques publiques*, en vérifiant que les fonds publics sont dépensés de façon économique, efficiente et efficace, et en conformité avec les règles et règlements existants.

Au Maroc, le renforcement du rôle de la CC n'est pas le moindre apport de la constitution 2011. La novation tient au fait que celle-ci est expressément appelée à assumer « la mission de la protection des principes et valeurs de

¹-P.LALUMIERE, « Les finances publiques », Collection U. Série "Droit public interne", Presses Universitaires de France, Paris 1980, p. 77.

bonne gouvernance, de transparence et de reddition des comptes de l'Etat et des organismes publics¹».

La CC constitue l'un des éléments clés de la réforme des finances publiques. C'est la garante des principes de bonne gouvernance, de transparence et de reddition de comptes². Clés de bases pour réussir l'instauration d'une meilleure justice sociale.

Depuis le début des années 1980, les inégalités se sont nettement aggravées à l'échelle mondiale, mettant un terme à la phase d'opulence qu'avait connus la plupart des pays au lendemain de l'après deuxième guerre mondiale. Au sein des pays en développement, la zone MENA (Moyen-Orient et Afrique du Nord) et l'Afrique Subsaharienne figurent au rang des régions les plus inégalitaires à l'échelle mondiale.

Au Maroc Certes, les choix économiques opérés par le pays ont permis de dynamiser la croissance et d'accélérer le processus de modernisation économique³. Néanmoins, cette dynamique s'est avérée encore insuffisante pour constituer un rempart contre le creusement des inégalités sociales⁴.

Dans ce contexte, il est à s'interroger : Dans quelle mesure les juridictions financières au Maroc contribuent à concourir à la résorption des inégalités sociales dans leurs multiples dimensions ?

¹-Article 147 de la constitution 2011 Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la constitution, *B.O*, n° 5964 bis du 30 juillet 2011, p.53.

²-L.KERS, « Pilotage des réformes des finances publiques au Maroc : quelle nouvelle stratégie de la Cour des Comptes ? », colloque international (7ème édition) sur les finances publiques « Quel pilotage des réformes en finances publiques au Maroc et en France ? », actes de 7ème Colloque international de finances publiques organisé par le ministère de l'économie et des finances du Maroc et FONDAFIP, Rabat, 13 et 14 septembre 2013, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, lextenso éditions, 2014, p.3.

³- Il est à compter aujourd'hui environ 139 programmes¹⁵ couvrant des domaines variés tels que, l'éducation, la santé, la lutte contre la pauvreté, l'emploi...Rapport du Ministère des Affaires Générales et de la Gouvernance(MAGG), « Mapping de la protection sociale au Maroc », 2018, p.6.

⁴- Les inégalités affichent une résistance à la baisse comme en témoigne l'évolution de l'indice de Gini qui s'est maintenu globalement en quasi-stagnation depuis des années, se situant à 0,395 en 2014 soit le même niveau enregistré en 1998. Par milieu de résidence, les inégalités sont plus intenses en milieu urbain, avec un indice de Gini de 0,388 contre 0,317 en milieu rural en 2014. Rapport du Ministère des Affaires Générales et de la Gouvernance(MAGG), op.cit, pp.6-7.

Ainsi, plus connue par ses rapports de contrôle de la gestion des ministères et des établissements publics La Cour des Comptes (CC) se limite, dans ces rapports annuels, à mettre en lumière les conditions de réussite des politiques publiques visant à promouvoir la justice sociale.

La mise en œuvre de politiques publiques au service de la justice sociale est un élément essentiel des politiques économiques et une finalité principale de l'État en fondant son action sur des conceptions de l'égalité.

L'enjeu des finances publiques est que chaque dépense publique soit de manière optimale. Ceci à travers notamment un meilleur ciblage de l'effort public en matière de politique sociale.

Dès lors, cette contribution porte sur les deux axes suivants :

1^{ère} partie : Le renforcement de la démocratie par la Cour des Comptes : une garantie de l'égalité.

2^{ème} partie : Le renforcement de la transparence dans la gestion publique au service de la réduction des inégalités

1^{ère} Partie- : Le renforcement de la démocratie par la Cour des Comptes : une garantie de l'égalité

Il ne peut pas y avoir de gouvernance démocratique sans égalité. Promouvoir les deux simultanément, c'est non seulement œuvrer en faveur de l'égalité de droits, de chances et de situations des citoyens, mais accélérer les progrès en matière de développement¹.

En fait, donner aux citoyens et à leurs représentants l'information à laquelle ils ont droit, une information vérifiée sur pièces et sur place, une information contredite et incontestable, une information validée parce que délibérée de manière collégiale et de ce fait impartiale,

Tel est bien, le rôle fondamental des juridictions financières au service d'une démocratie exemplaire qui permet aux citoyens et à leurs élus d'effectuer en toute connaissance de cause les choix qui reviennent au peuple souverain².

Les ISC sont des piliers particulièrement solides et pertinents pour la réalisation de la paix, la justice et les institutions efficaces, responsables et transparentes. Ce genre d'institutions efficaces est essentiel pour accomplir le programme de développement durable à l'horizon 2030.

Ainsi, Les rapports de contrôle produits par les ISC fournissent au public des renseignements importants leur permettant de se mobiliser à la base, afin de s'assurer que leur gouvernement respecte ses engagements visant à améliorer la vie de toutes les catégories de la société.

Il ne s'agit pas d'un simple exposé de points faibles ou carences rendant encore plus ardue la tâche du gestionnaire public³. Les avantages des ISC⁴ doivent être perçus comme la conséquence finale de la gestion des

¹- Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) Focus « Inégalités et croissance », décembre 2014, pp.2-4.

²-D.MIGAUD, « Extrait du Discours de Didier MIGAUD », Gestion et finances publiques, n°4, avril 2013, p.19.

³-La CC contribue aujourd'hui par ses rapports publics à l'information des citoyens pour reprendre les termes de l'article 27 de la constitution 2011 précitée, p.14.

⁴-Le concept de la valeur et des avantages des ISC a été inscrit à l'agenda de l'INTOSAI à l'issue de plusieurs processus de réflexion et d'analyse très approfondis portant sur le rôle des organismes de contrôle face aux structures de l'État et vis-à-vis des citoyens de chaque pays, processus au cours desquels, ces mêmes institutions de contrôle doivent être conscientes de la valeur qu'elles doivent apporter à la gestion de la chose publique. Cet apport de valeur doit être focalisé sur l'enrichissement technique, administratif ou méthodologique des processus qui interviennent dans l'administration des ressources publiques,INTOSAI, « Les postulats de base du contrôle des finances publiques », norme ISSAI 100, Revue internationale de la vérification des comptes publics, 2001. p.82.

organismes de contrôle, au même esprit que les citoyens dans des domaines tels que, la diminution de la pauvreté, la lutte contre la corruption¹, la garantie et la confiance de la population comme un déterminant essentiel du développement économique et social et un soutien de la démocratie².

Les sociétés démocratiques sont ainsi définies par un critère d'égalité et caractérisées par un intérêt progressif des citoyens pour connaître et participer activement aux sujets relatifs à la gestion publique.

Ces changements politiques et sociaux survenus sur tous les continents montrent que les citoyens sont désormais, beaucoup plus conscients de leurs droits et demandent à l'appareil de l'État, à travers cette conscience, de s'acquitter de ses obligations de protection de ces droits et de procurer de meilleures conditions de vie à tout un chacun.

D'où le rôle du contrôle de la gestion de permettre aux juridictions financières de répondre aux attentes des citoyens, de protéger leurs intérêts en tant que seuls bénéficiaires des ressources de l'État³.

¹-Le petit Robert définit la corruption comme étant « l'emploi de moyens condamnables pour faire agir quelqu'un contre son devoir, sa conscience », mais c'est dans Larousse qu'il faut rechercher les fondements de la corruption, ce mot vient du latin *corruptio* et signifie dans son sens ancien pourrissement. La corruption se situe ainsi dans la sphère de la morale, l'acte que l'on qualifie de corruption est un acte d'aviilissement, de perversion, de souillure et de vice. La corruption est de ce fait un phénomène d'une grande complexité qu'il importe de bien cibler pour prétendre le combattre avec efficacité, S.GUINCHARD, T.DEBARD, « Lexique des termes juridiques », Dalloz, 10^{ème} édition, Paris, 1995, p. 166.

²- Dans les pays de l'OCDE par exemple, un niveau de confiance supérieur à 10% est associé à un taux de croissance annuel supérieur à 0,8%. Dans la même optique, on a pu établir que les pays et les régions aux niveaux élevés de confiance et d'engagement civique sont souvent plus égalitaires, tandis que les pays ayant des difficultés à se développer affichent un taux de confiance relativement bas. J. Helliwell, "Social Capital, the Economy and Well-Being, in Keith Banting" K., Sharpe A., St-Hilaire., in *The Review of Economic Performance and Social Progress*, IRPP and CSLS, 2001, pp.87-90.

³-Les résultats de ces audits qui obéissent à des procédés administratifs et non juridictionnels et dont l'objectif prioritaire est de détecter les défaillances managériales et de gouvernance des organismes publics ont contribué d'une part, à redresser les dysfonctionnements de la gestion grâce aux recommandations basées sur les soucis d'économie, d'efficacité et d'efficacité de l'emploi des fonds publics (les trois E) et d'autre part à mettre en jeu la responsabilité tant personnelle que managériale des gestionnaires publics à l'intérieur comme à l'extérieur de la CC et ce grâce à la mise en œuvre des passerelles entre les responsabilités financière, pénale et administrative établies par le code des juridictions financières. « Le contrôle intégré » a surtout permis à la CC d'activer par ses propres moyens (auto-saisine) la procédure de discipline budgétaire et financière, grâce notamment, aux découvertes des missions d'audit de la gestion, M.BERRAOU, « De la spécificité de la Cour des Comptes », *Revue Marocaine des Etudes et des Consultations Juridiques* n°5, 2014, p. 3et 7

Le contrôle de la gestion fonctionne comme un moyen de garantir la bonne gouvernance des finances publiques, d'instaurer une meilleure justice sociale par la satisfaction des besoins des citoyens.

Trois leviers sont utiles à cette fin : les rapports publics dont sont destinataires le gouvernement, le parlement et les citoyens, ainsi que la mission d'assistance au parlement (A) et la moralisation de la vie publique (B) que la constitution et la loi organique relative aux lois de finances ont confiée à la CC.

A- L'assistance au parlement :

La CC assiste le parlement dans les domaines de contrôle des finances publiques¹. Le parlement exerce le pouvoir législatif, il vote les lois, contrôle l'action du gouvernement² et évalue les politiques publiques³.

Cette dimension constitutionnelle de la mission de la CC de l'assistance au parlement dans l'exercice de l'essence même de son rôle (notamment en matière d'évaluation des politiques publiques) ouvre pour l'institution supérieure de contrôle des finances publiques une ère nouvelle de son existence.

En effet, la norme suprême de l'ordre juridique marocain prévoit que la CC assiste les pouvoirs publics. Mais, elle constitutionnalise également l'importance de l'institution à l'égard des citoyens par la mise en exergue de la dimension informative de ses rapports publics. Il semble désormais, élargir le champ matériel des compétences de l'institution en prévoyant sa contribution à l'évaluation des politiques publiques⁴.

Les études d'évaluation examinent, en plus de la performance, la pertinence de la politique, la cohérence des différents éléments de la politique (dispositifs réglementaires, moyens humains et financiers,..) et les

¹-Article 148 de la constitution 2011 précitée, p.54.

²-Article 70 de la constitution de 2011 précitée, p.30.

³-Si le contrôle vise avant tout à user de moyens d'investigations pour déceler des écarts entre la gestion et la comptabilité d'une entité et une norme dans une posture principalement critique, l'évaluation, quant à elle ne cherche pas à blâmer, encore moins à désigner des responsables, elle part d'un a priori neutre et cherche autant à valoriser les aspects positifs qu'à critiquer les aspects négatifs. Elle peut aider à conforter une politique publique ou remettre en cause son existence même, si cette politique n'apparaît pas pertinente. C'est une nouvelle approche est en train de s'affirmer dans les pays démocratiques et qui consiste à évaluer les politiques publiques par rapport à des normes et à des critères, M.HARAKAT, « Finances publiques et droit budgétaire au Maroc », Imp. El MAARIF AL JADIDA, Rabat, 2002, p. 194.

⁴-Le contrôle et l'évaluation sont des instruments de pilotage des politiques publiques du fait de leur déterminant commun : la définition d'objectifs, la mise en place d'indicateurs permettant de juger de leur réalisation, ainsi que celle de responsabilités à tous les niveaux de la chaîne de l'exécution, CC France, rapport annuel, la documentation française, Paris, 2015, pp.39-41.

effets plus larges que ceux explicitement visés par les décideurs (par exemple, toute politique de développement a un impact sur l'environnement).

De ce fait, l'évaluation peut faire ressortir les éléments d'appréciation portant sur la pertinence et la cohérence de la politique entreprise¹. Il est à citer à ce niveau à titre d'exemple les constats de la CC à propos de nombreux dysfonctionnements qui risquent de compromettre la mise en œuvre de la vision 2015-2030 pour garantir un « Enseignement de qualité pour tous », lors de la rentrée scolaire 2016/2017².

Dès lors, l'évaluation impliquée par le contrôle de performance sur l'efficacité et l'efficacités des entités et des politiques relevant de la compétence de la CC la conduit nécessairement à orienter les choix des pouvoirs publics, tant il est vrai que la recherche de l'efficacité est devenue l'élément incontournable de l'action publique.

Ceci explique le combat de la justice sociale que l'Etat et ses démembrés (établissements, entreprises publiques, collectivités territoriales, etc.) doivent mener par le biais de politiques publiques efficaces.

L'évaluation, c'est le résultat d'un processus permettant de comprendre les phénomènes dans leur complexité, et de les juger depuis différents points de vue, pour éclairer la décision publique

Dans ce cadre les juridictions financières en évaluant les politiques publiques orientent les dépenses publiques pour une efficacité de lutte contre les inégalités.

La CC assiste le parlement dans le contrôle de l'action du gouvernement. Elle assiste le parlement et le gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement

¹-D.LAMARQUE, « L'évaluation des politiques publiques locales», LGDJ, Paris, 2004, p.43

²- Dans le cadre de la rentrée scolaire 2016/2017, parmi les constats relevés il est à citer:- 566 collèges implantés en milieu rural ne sont pas dotés d'internats, contrairement aux recommandations de la charte d'éducation et de formation qui prévoient que « Tout collège, accueillant les élèves du milieu rural, doit posséder un internat doté de toutes les conditions d'hygiène et de bien être que nécessite une scolarité studieuse » 7 023 établissements ne sont pas dotés de locaux réservés aux cantines. Les repas sont servis dans des salles de cours ou en plein air pour 457 000 élèves ; - Les conditions d'hébergement, de restauration et de transport sont inappropriées dans la plupart des établissements visités ; Les allocations prévues dans le cadre du programme Tayssir, n'ont pas été versées aux familles bénéficiaires depuis la rentrée scolaire 2015/2016 ; Dans certains établissements scolaires, les kits prévus dans le cadre de l'initiative Royale d'un million de cartables, sont distribués avec plus de deux mois de retard après la date de la rentrée scolaire. Rapport de la Cour des Comptes Maroc au titre des années 2016-2017, pp.34-38.

de la sécurité sociale, ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens.

La loi prolonge le rôle informatif de la CC en lui confiant la production de rapports spécifiques, constitutifs du débat parlementaire. Elle a par ailleurs prévu que la CC puisse apporter son assistance au parlement et même qu'elle rédige des enquêtes à sa demande.

Les rapports que la CC réalise dans le cadre de son rôle d'assistance au parlement à la demande des commissions chargées des finances et des affaires sociales des deux assemblées sont divers.

L'assistance au parlement se fait au travers les deux rapports : d'exécution de la loi de finance¹ et de conformité des comptes qui accompagne le projet de loi de règlement² ainsi que la réponse aux demandes de précisions formulées par les présidents des deux chambres du parlement...).

L'assistance au gouvernement se fait aux niveaux du suivi des référés présidentiels, des recommandations d'audit et du conseil juridique dans le domaine des finances publiques.

Par ailleurs, la CC doit certifier la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes de l'État. Dans un cadre comptable rénové, la certification des comptes de l'État vise à apporter à l'utilisateur une garantie quant à la fiabilité des informations qu'il reçoit. Une évolution de la déclaration générale de conformité que la CC émet sur les comptes.

L'enjeu lié à la certification comptable de l'Etat dépend essentiellement de la qualité des comptes à produire. En effet, l'information que contiennent ces comptes doit permettre en premier lieu au parlement et puis à tous les

¹-Un rapport sur l'exécution des lois de finances dont le contenu est élargi aux comptes associés et qui doit comporter une analyse par mission et par programme de l'exécution des crédits budgétaires, une première partie établit une analyse comptable de l'exécution de la loi de finances dont le projet de règlement est parallèlement soumis au vote des parlementaires, ce rapport de la CC présente, en seconde partie, les difficultés et limites auxquelles se heurte la gestion financière de l'État, Décret n° 2-15-426 du 28 ramadan 1436 (15 juillet 2015) relatif à l'élaboration et à l'exécution des lois de finances, B.O n° 6378-29 ramadan 1436 (16-7-2015), pp.3205-3208.

²-L'exécution des lois de finances est sanctionnée du processus par l'établissement de la loi de règlement qui devrait constituer le moyen privilégié du contrôle parlementaire du respect de l'autorisation accordée au gouvernement, la constitution valorise cette loi en la considérant comme un support de reddition des comptes et de résultat puis qu'il est exigé dorénavant qu'elle comporte également le bilan des investissements réalisés, article 76 de la constitution 2011 précitée, p.33.

partenaires de l'Etat de mieux apprécier le patrimoine et la situation financière de l'Etat qui reflètent les réalités sociales.

La certification représente pour la CC un nouveau champ de compétence et d'intervention. L'objectif étant de garantir au citoyen une information financière et comptable plus claire, plus lisible et une image plus fidèle de la réalité financière de l'État et de la sécurité sociale.

Le rôle de la CC à ce niveau est déterminant puisqu'il s'agit de garantir la fiabilité et la sincérité des comptes publics¹. Par ailleurs, tout en poursuivant son objectif primordial qui consiste à rationaliser la gestion des deniers publics au service de la réduction des inégalités, la CC remplit des nouvelles attributions moralisatrices.

B- La moralisation de la vie publique :

Le contrôle de la gestion exercé par la CC et ses antennes régionales s'est étendu à de nouvelles missions portant notamment sur le contrôle des dépenses des partis politiques et le financement des campagnes électorales.

Cet élargissement des compétences participe sans aucun doute, à consolider la transparence et la bonne gouvernance au sein des différentes institutions de l'Etat².

En effet, ces deux principes démocratiques demeurent les piliers de la consécration de la moralisation de la vie publique au Maroc. Aussi, la rationalisation des dépenses publiques à côté de l'assainissement de la gestion de la chose publique et la moralisation de ses services contribuent au renforcement des assises démocratiques et à la généralisation des principes de contrôle et reddition des comptes : globalement à la naissance d'un Etat de droit et des institutions.

L'ordre, la publicité, le droit et la critique de l'action publique sont des éléments essentiels de l'organisation sociale propre aux démocraties avancées. Toutefois, ils ne le sont à proprement parler que dans un système qui facilite la connaissance de la gestion publique réalisée par les représentants publics.

Une telle participation demande une connaissance et une transparence de la gestion, mais, il faut aussi avoir accès aux documents techniques qui

1-L.KHERS, « Le contrôle supérieur des finances publiques au Maroc : quel nouveau rôle de la Cour des Comptes ? », colloque FONDAFIP, sous le thème « la réforme des finances publiques au Maroc », Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, février 2014, <https://www.finances.gov.ma/Docs/2014/TGR>, (consulté le 1 novembre 2018), p.7.

²-La CC contrôle et assure le suivi des déclarations de patrimoine des hauts responsables de l'Etat, audite les comptes des partis politiques et examine la régularité des dépenses des opérations électorales, article 147 de la constitution 2011 précitée, p.54.

permettent de l'évaluer par ceux qui sont, en définitive, leurs véritables destinataires: les citoyens.

Ce principe éthique et juridique est habituellement entravé par une inertie contraire¹. C'est ainsi qu'il est arrivé à la gouvernance et au sein de celle-ci, à la bonne gouvernance, conçue comme la soumission à des dispositions volontaires d'autorégulation.

Il s'agit d'une sorte d'engagement éthique des administrations publiques qui cherchent à garantir une gestion efficiente, intègre et transparente au sein de l'administration publique afin d'instaurer une certaine confiance dans l'appareil de l'Etat pour préserver la cohésion sociale, lutter contre la pauvreté et réduire les inégalités.

Force est cependant de reconnaître qu'en matière de transparence des comptes (notamment au niveau local), d'évaluation (l'évaluation des politiques publiques) ou de responsabilisation des gestionnaires, les juridictions financières ont un rôle majeur à jouer pour répondre aux nouveaux enjeux de la gestion publique au service de la justice sociale.

¹-M.BOUVIER, A.BALIRALI, « La nouvelle gouvernance financière de l'Etat », LGDJ, Paris, 2004, p.25.

2^{ème} Partie : Le renforcement de la transparence dans la gestion publique au service de la réduction des inégalités

Les raisons de l'injustice sociale sont complexes: il y a des facteurs exogènes comme la mondialisation, les crises économiques et financières, les plans d'ajustement structurel ; mais aussi des facteurs endogènes comme les politiques publiques et le modèle de croissance.

Le concept de gouvernance publique recouvre la manière dont les autorités publiques d'un pays donné exercent leur pouvoir dans la gestion des ressources au service du développement de la collectivité¹.

La transparence des finances publiques, quant à elle, vise à accroître l'efficacité de la gouvernance en rendant les décideurs en charge de la conception et de la mise en œuvre des politiques publiques responsables de leurs actions, vis-à-vis les citoyens et les législateurs² (B).

Ainsi, au cœur de la thématique plurielle, qu'est la bonne gouvernance au service de La réduction des inégalités se trouve la notion de transparence³ qui touche la confiance des usagers vis-à-vis des organismes publics et essentiellement à l'égard de l'Etat, la priorité de la dépense publique se doit aller vers le capital immatériel et non pas essentiellement vers les infrastructures physiques (A).

Les rapports de contrôle produits par les ISC sont des moyens efficaces pour garantir que les gouvernements s'en tiennent à leurs engagements en matière d'égalité, et pour en venir à des recommandations sur les façons

¹-Selon les institutions internationales, notamment la Banque Mondiale, le FMI et l'OCDE, Rapport de la Banque Mondiale, « Evaluation de l'aide de la banque à la réforme du secteur public, 26 février 2008, p.8.

²-Ministère de l'Economie et des Finances, « La transparence des finances publiques : exigences des contextes national et international », Revue Al Maliya-spécial n° 6 – mai- 2008, p.2

³-Selon le manuel du Fonds Monétaire international sur la transparence des finances publiques, la transparence peut être définie par le fait de mettre à la disposition du public sans réserve l'information sur la structure et les fonctions des administrations publiques, les visés de la politique des finances publiques, les comptes du secteur public et les projections budgétaire le public doit être pleinement informé de l'activité financière passée, présente et prévue et des principaux risques financiers, la transparence des finances publiques exige une information exhaustive et fiable sur les activités passées, présentes et futures des administrations publiques pour contribuer à la prise de décisions de politique économique et améliorer la qualité de ces décisions, elle contribue également à mettre en lumière les risques qui peuvent peser sur les perspectives budgétaires et peut ainsi favoriser une réaction plus rapide et mieux adaptée à l'évolution des conditions économiques et réduire du coup l'incidence et la gravité des crises, FMI, Fonds Monétaire International, « Manuel sur la transparence des finances publiques », publication FMI, Washington, 2007, p.22.

d'améliorer les choses à l'avenir, y compris la justification des fonds budgétaires et des programmes nécessaires pour y parvenir.

A - Le caractère préventif et informationnel des rapports publics

La CC joue un rôle essentiel en tant qu'institution œuvrant pour garantir une utilisation optimisée, efficace et efficiente des fonds publics. Elle contrôle l'application des dispositions budgétaires avec une approche fondée sur les résultats ou les effets .du contrôle de la gestion dans le cadre de la garantie de la bonne gouvernance des finances publiques.

En fait, il est apparu qu'un manque de surveillance efficace, de transparence et d'imputabilité dans les décisions et les pratiques touchant les dépenses du secteur public mène à l'échec et à la corruption; ceci peut facilement conduire à la détérioration des systèmes de santé, d'éducation et de sécurité sociale dont les citoyens en général -mais les femmes, les filles et les personnes pauvres en particulier-dépendent pour leur bien-être et leur mobilité sociale ascendante.

A cet égard, la CC formule des observations sur la mise en œuvre des programmes publics et sur les résultats et les effets de ces programmes¹en vue de garantir la responsabilité et la transparence et agir indirectement comme protectrice des finances publiques.

Le contrôle de la gestion vise à promouvoir la mise en œuvre réussie de politiques publiques et à y apporter de la valeur ajoutée. Les juridictions financières peuvent se mettre en garde contre les écarts par rapport aux objectifs établis et formulent des suggestions pour des actions correctrices.

Par exemple, une ISC pourrait aider un gouvernement à progresser en menant un contrôle de la gestion portant sur les efforts déployés par le gouvernement pour éliminer les disparités entre les sexes en éducation et garantir un accès équitable à tous les niveaux d'enseignement et de formation professionnelle aux personnes vulnérables, y compris les personnes handicapées et les peuples autochtones. En se basant sur ce contrôle, l'ISC pourrait suggérer des améliorations dans le cas de politiques ou de stratégies manquantes ou déficientes.

De même, les contrôles sexospécifiques évaluent l'étendue de l'institutionnalisation de l'égalité des sexes dans les politiques, les programmes, les structures organisationnelles et les budgets correspondants

¹-A travers cette mission, la gestion publique privilégiera de plus en plus la logique des résultats et de l'impact des finances publiques, notamment dans le domaine de développement humain, L. KERS, « Le contrôle supérieur des finances publiques au Maroc : quel nouveau rôle de la Cour des Comptes ? », op.cit, p.12.

des gouvernements nationaux. Les ISC peuvent prendre plusieurs mesures pour cerner l'engagement d'un gouvernement envers l'égalité des sexes.

Cela permet également aux gouvernements de détecter les insuffisances et de les corriger en temps utile, ce qui contribue à son tour à assurer la stabilité budgétaire, le développement d'une gestion financière fiable et l'organisation adéquate de l'activité administrative.

Ainsi, en considérant que le principal objectif des dépenses sociales est l'augmentation des niveaux de vie, l'évaluation de ces dépenses permet leur socialisation aussi qu'une utilisation plus efficace des ressources financières¹.

La CC n'a pas à se substituer aux pouvoirs publics et à s'ériger en juge des politiques suivies. Elle doit user avec prudence des facultés que lui offre la loi. Toutefois, c'est une prémisse et une garantie multiple de l'organisation sociale et du système démocratique de gouvernance.

En fait, les États du monde entier ont pris l'engagement de réduire les inégalités et d'éradiquer la pauvreté en adoptant les objectifs de développement durable (ODD). Les juridictions financières sont les institutions clés pour garantir la réduction des inégalités ceci, à travers les constatations et les recommandations du contrôle de la gestion qu'elles mènent en publiant des rapports objectifs.

En effet, L'inefficacité des différents programmes sociaux et l'incohérence des politiques sociales constituent des obstacles majeurs à la promotion de la justice sociale au niveau national et territorial.

Ainsi, pour renforcer les piliers de la politique de décentralisation administrative et financière et satisfaire les besoins légitimes des citoyens (Les services publics de base) d'une manière égale, les CRC contrôlent la gestion des Collectivités Territoriales dans le cadre de la politique de proximité.

Cette activité de contrôle revêt une grande importance au moment de procéder à la vérification de la reddition de comptes adéquate des entités publiques par l'utilisation correcte des ressources et des fonds publics.

B- Les enjeux de la gestion de proximité et de la reddition des comptes :

Il semble avec la vague de décentralisation du contrôle juridictionnel au Maroc (se manifestant par l'entreprise des CRC en 2004), que les deux maîtres mots de la gouvernance financière locale, transparence et démocratie sont plus que jamais appelés à être corollaires².

¹-EUROSAL, « Plan Stratégique 2011-2017 », op.cit, p.106.

²-Initialement, le contrôle des finances publiques locales était confié à la CC, mais suite aux exigences internes et externes liés au contrôle de ces finances, la création des CRC a été décidé pour renforcer le contrôle de proximité et de traduire par-là, la volonté des pouvoirs publics d'instaurer un contrôle décentralisé sur la gestion des finances publiques locales, Livre II du

Ainsi, éthique, intérêt manifesté par les gestionnaires (style de management, stratégie de formation, motivation et intégrité et compétence du personnel) et leurs capacités à indiquer clairement les objectifs sont des exigences actuelles non des seules entités contrôlées, mais, autant des contrôleurs eux-mêmes. Ceci dans le cadre de la reddition des comptes soit l'imputabilité et ce qu'on commence à appeler communément le contrôle du contrôle¹.

La constitution marocaine stipule que les CRC sont chargées d'assurer le contrôle des comptes et de la gestion des régions et des autres CT et de leurs groupements tout en disposant d'un pouvoir de sanction en cas de dépassements². Cette décentralisation des compétences traduit la dimension locale de la gestion publique, susceptible d'ancrer davantage la pratique démocratique³.

L'enjeu de la transparence et de la reddition des comptes par les CT, les sociétés de développement local et toutes les structures œuvrant dans le champ public local constitue en effet, un paramètre déterminant dans le succès effectif de la mise en œuvre des réformes engagées au sein de tous les échelons territoriaux.

Le secteur public est confronté au défi qui consiste à utiliser des ressources limitées pour répondre aux demandes croissantes. Cette restriction rend cruciale l'utilisation efficace des fonds publics depuis que le secteur public doit être durable.

Ce changement de paradigmes s'impose pour offrir un service public efficace et efficient par une rationalisation des dépenses publiques à caractère social.

Le bien être d'un individu est une finalité du développement économique et social. Il s'agit d'assurer à tous un « droit de fonctionner correctement ». Cette vision élargie et multidimensionnelle pour le bien-être amène à observer la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale sous le

=

Dahir n° 1-02-124 du 1er rabii II 1423 portant promulgation de la loi n° 62-99 formant code des juridictions financières précitée, p.33.

¹-La réflexion autour de la gouvernance économique ou financière nationale et locale et du rôle que serait en mesure de jouer l'acteur du contrôle juridictionnel et sa ressource humaine, l'auditeur soit le magistrat, suscite beaucoup d'intérêt et ce relativement à une normalisation accrue auxquelles est sensé obéir la profession de contrôle et d'audit dans le secteur public, J.CHBIF, « Bonne gouvernance locale », REMA, Management stratégique, n°7, 2005, pp.21-26.

²-Article 149 de la constitution 2011 précitée, p.55.

³-M.YAAGOUBI, « réflexions sur démocratie locale au Maroc », Imprimerie El Maarif Al Jadida, 2006, Rabat, pp.443- 444.

double aspect d'accessibilité à un certain nombre de bien et services et du renforcement des capacités individuelles¹.

A ce titre, l'impact de la publication du rapport de la CC sur les collectivités et les entités relevant de son ressort n'est plus à démontrer. L'attention croissante de la société civile à ses analyses, concomitante d'un changement notable de dimension et d'ambition dans les démarches d'audit des juridictions financières, vers le sens d'une professionnalisation incontestable.

Ces évolutions, tant sur le plan des pratiques de l'administration en charge du contrôle financier que de sa réception par les médias et la société civile (par voie de conséquence sur les élus et les administrations locales) sont l'un des meilleurs gages d'une amélioration durable de la qualité de la gestion publique et de la responsabilisation des acteurs locaux.

L'un des piliers de la transparence consiste à produire des comptes. Ainsi, la CC en partenariat avec les autres administrations² a déployé ces dernières années un effort important pour faire respecter le principe de reddition des comptes.

Il suffit d'effleurer le corpus de la constitution pour s'assurer que le principe de la responsabilité financière devient, de manière plus marquée que par le passé, un objet nécessaire de l'attention du constituant³.

La reddition de comptes, comme la transparence et la protection de l'intérêt public est une valeur fondamentale, une caractéristique de tout régime démocratique qui fonctionne bien.

En fait, la reddition de comptes est souvent définie comme étant l'obligation de répondre de l'exercice d'une responsabilité qui a été conférée⁴.

¹-DUBOIS (J.L), BALLEST (J), et MAHIEU (F.R). (2003), «Le développement socialement durable : un moyen d'intégrer capacités et durabilité », 3ème Conférence sur l'approche des capacités, l'Université de Pavie, Septembre 2003.

²-Il s'agit de Trésorerie Générale du Royaume (TGR), Douanes, Direction Générale des Impôts (DGI), Direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation (DEPP), Ministère de la Justice, Ordonnateurs...

³-J.AMAZID, « La responsabilité financière entre vocation constitutionnelle et vocation systémique », REMALD, n°99-100, 2011, p.34.

⁴-Cette définition se trouve dans le Rapport du Comité indépendant de révision sur les fonctions du vérificateur général du Canada, Ottawa, 1975, p.9, d'autres ont une vision où le modèle hiérarchique prédomine, « L'obligation de rendre compte signifie habituellement une distribution des pouvoirs dans des hiérarchies de supérieurs et de subalternes », P.AUCOIN et D-J.MARK, « Moderniser l'obligation de rendre compte du gouvernement : un cadre de réforme », École de la fonction publique du Canada, Ottawa, 2005, p. 33.

Généralement, la reddition de comptes se mesure aux intrants des gestionnaires. De nos jours, les gestionnaires des programmes publics doivent mettre l'accent sur les résultats qu'ils obtiennent, c'est-à-dire sur les biens qu'ils produisent et les services qu'ils livrent grâce à leurs activités (extrants) ainsi que sur les avantages qui en découlent.

En effet, la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes se trouve rangée parmi les principes sur lesquels le régime constitutionnel du royaume est fondé¹.

Il semble qu'en guise de renforcement de cette vertu de transparence, le constituant n'a pas hésité à ouvrir un nouvel horizon sur la communicabilité des données afférentes à la situation des usagers, vis-à-vis des services publics et par ricochet, sur la transparence de la gestion publique.

Désormais, les citoyennes et les citoyens ont le droit d'accéder à l'information détenue par l'administration publique, les institutions élues et les organismes investis de mission publique².

De même, la reddition des comptes est d'autant plus exigée que les gestionnaires publics sont appelés à assumer une obligation positive. Celle-ci consiste, pour eux, à œuvrer à la mobilisation de tous les moyens disponibles pour faciliter l'égal accès des citoyennes et des citoyens aux prestations de base mentionnées dans les dispositions de l'article 31 de la constitution³.

Une gouvernance inclusive et équitable a comme principal objectif de s'intéresser, en priorité, à la façon dont les organisations sont gérées. C'est à cette seule condition que les inégalités sociales peuvent être détectées et corrigées.

La recherche de l'équité scolaire et de la qualité pour tous est justiciable d'une plus grande responsabilisation de l'ensemble des acteurs, d'une délimitation des attributions et responsabilisation de l'ensemble des intervenants, de mécanismes d'information et d'évaluation favorisant la reddition des comptes à tous les niveaux.

En d'autres termes, il s'agit d'une croissance qui tient compte de l'aspect humain dans toutes ses dimensions (économique, sociale, éthique, etc.). Elle devrait permettre de réduire les déséquilibres dans l'espace.

¹-Article premier de la constitution 2011, p.4.

²- Il n'y a lieu de s'interroger sur les motifs de la limitation de l'exercice de ce droit aux seules citoyennes et citoyens, alors même que parmi les usagers de l'administration nationale, il y a des personnes morales et physiques de nationalités étrangères dont les intérêts pourraient valablement justifier l'accès aux informations administratives afférentes à leur condition de résidents étrangers, article 27 de la constitution 2011 précitée, p.14.

³-Article 31 de la constitution 2011 précitée, p.15.

En outre, les citoyennes et les citoyens se voient subtilement investis de l'initiative de déclencher le processus de la reddition des comptes dans la mesure où ils peuvent désormais, présenter à cet effet, des pétitions aux pouvoirs publics¹.

L'obligation de rendre des comptes est la contrepartie essentielle découlant de la délégation de pouvoir. Des liens de confiance doivent être maintenus ou raffermis à chacun des paliers de délégation². Le bien-être des citoyens passe par la cohésion sociale, qui peut être renforcée en réduisant les inégalités.

C'est ainsi que le contrôle de la gestion aide au maintien et à l'adaptation des systèmes de confiance conditions nécessaires à l'instauration d'une société juste et équitable notamment lors de la reddition de comptes découlant de la délégation de pouvoir et de responsabilité.

Conclusion

La lutte contre les inégalités est une obligation morale. Mais au-delà de la question éthique, combattre les inégalités est aussi bénéfique pour l'économie, la cohésion sociale, la santé de la population, et pour la vie démocratique.

Dans ce cadre, le juge financier est au cœur du dispositif de mesure de la performance à travers le contrôle de la gestion. Ce qui est fondamental, c'est la soutenabilité des finances publiques et l'amélioration de la situation économique et sociale pour un meilleur service rendu aux citoyens.

Les programmes d'appui social visent les mêmes couches sociales, issues des milieux défavorisés, ce qui nécessite l'adoption d'un plan d'action commun par les différents intervenants. Ce plan commun s'avère nécessaire pour la mutualisation et la complémentarité des efforts consentis dans le but de rationaliser l'utilisation des moyens mobilisés et de renforcer l'efficacité des programmes.

¹-Article 15 de la constitution 2011 précitée, p.10.

²- Les élections, mécanisme fondamental de démocratie, sont actuellement le seul mécanisme direct par lequel les citoyens posent un geste de participation à la vie politique qui vient témoigner de leur confiance, le développement d'une relation interactive entre les citoyens et l'appareil d'État pourrait être facilité par la mise en place d'un processus d'audit de la gouvernance, N.QUELLET, « L'audit de la gouvernance au service d'une plus grande transparence », TÉLESCOPE automne 2012, http://www.telescope.enap.ca/Telescope/docs/Index/Vol_18_no_3/Telv18no3_ouellet.pdf, (consulté le 10-11-2018), pp.157-159.

En effet, la pauvreté et les inégalités représentent des enjeux de société d'où la nécessité d'engager une action collective, planifiée et coordonnée entre les différents acteurs de l'Etat et les parties prenantes à la gestion publique, pour mieux organiser les politiques en faveur de la justice sociale, en veillant sur leur cohérence et en assurant la coordination de leur intervention. Il est tant de se demander aujourd'hui jusqu'où doit aller le rôle de l'Etat, et où commence la responsabilité de toute partie prenante de la gestion publique ?

Le fondement de la responsabilité civile et pénale du médecin expert au Maroc.

Karim Habib Rabi :
étudiant chercheur

« Bien que banalisé par le discours juridique, implicitement, il est la pièce maîtresse de la justice »¹, souvent, l'unique issue mise au secours du juge.

Le médecin expert forge l'appareil judiciaire, forme l'intime conviction du juge, collabore à la manifestation de la vérité dite scientifique et participe comme un acteur essentiel à la bonne administration de la justice.

L'exercice de cette expertise médicale n'est pas abandonné à l'arbitraire, certes il obéit à des règles morales et légales bien établies, d'une manière générale, c'est la loi qui institue le médecin expert en tant que professionnel et c'est elle qui lui édicte le comportement qu'il doit adopter.

En droit marocain, avant le protectorat, les juridictions aussi bien de Makhzen, tribal ou de chraa, faisaient appel dans certains cas beaucoup plus à l'arbitrage qu'à l'expertise comme en droit Musulman ². Les ourafa et oumana intervenant sur les aspects techniques des questions litigieuses. Pendant la période coloniale, l'autorité française a introduit un cadre réglementaire spécifique à l'expertise, particulièrement, le Dahir du 12 Aout 1927 et le dahir du 14 mars 1950. Après l'Indépendance, le législateur a voulu instaurer une législation conforme aux aspirations du Maroc indépendant. Cette période a vu la création de Tribunaux ordinaires, il y'a eu aussi la promulgation du code de procédure pénale en 10 février 1959 qui a institué à nouveau le système d'expertise. Ce dahir a connu des réformes de grande envergure, celle du dahir

¹M Frédéric FEVRE « L'expertise psychiatrique pénale Quels sont les problèmes rencontrés par le magistrat du parquet dans l'enquête préliminaire et quels sont les attentes de ce magistrat face au psychiatre ? » Rapport 2002, Audition publique page 5.

² Idem.

du 30 mars 1960, du 28 septembre 1974, du 25 mai 2003 , et du 26 octobre 2011 qui réglemente l'expertise pénale dans ses articles 194 jusqu'au 209 1.

- القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تعديله بالقوانين التالية :
- 1- القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.19 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018) ص 1449؛
- 2- القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.127 بتاريخ 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6644؛
- 3- القانون رقم 86.14 القاضي بتغيير وتتميم بعض أحكام مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية المتعلقة بمكافحة الإرهاب، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.53 بتاريخ فاتح شعبان 1436 (20 ماي 2015)؛ الجريدة الرسمية عدد 6365 بتاريخ 13 شعبان 1436 (فاتح يونيو 2015)، ص 5490؛
- 4- القانون رقم 35.11 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5990 بتاريخ 29 ذو القعدة 1432 (27 أكتوبر 2011)، ص 5235؛
- 5- القانون 58.11 المتعلق بمحكمة النقض المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228؛
- 6- القانون رقم 37.10 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، في شأن حماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين، فيما يخص جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ وغيرها، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.164 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5988 بتاريخ 22 ذو القعدة 1432 (20 أكتوبر 2011)، ص 5123؛
- 7- القانون رقم 36.10 بتغيير وتتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.150 بتاريخ 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5975 بتاريخ 6 شوال 1432 (5 سبتمبر 2011)، ص 4390؛
- 8- القانون رقم 13.10 المتعلق بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي المصادق عليه بالظهير الشريف رقم 1.59.413 بتاريخ 28 من جمادى الآخرة 1382 (26 نوفمبر 1962) والقانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) والقانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.79 بتاريخ 28 من ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007)، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.02 بتاريخ 15 من صفر 1432 (20 يناير 2011)؛ الجريدة الرسمية عدد 5911 بتاريخ 19 صفر 1432 (24 يناير 2011)، ص 196؛
- 9- القانون رقم 24.05 بتعديل وتتميم المادتين 523 و 530 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.05.112 بتاريخ 20 من شوال 1426 (23 نوفمبر 2005)؛ الجريدة الرسمية عدد 5374 بتاريخ 28 شوال 1426 (فاتح ديسمبر 2005)، ص 3141؛
- 10- القانون رقم 23.05 بتعديل المادة 528 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.05.111 بتاريخ 20 من شوال 1426 (23 نوفمبر 2005)؛ الجريدة الرسمية عدد 5374 بتاريخ 28 شوال 1426 (فاتح ديسمبر 2005)، ص 3140؛
- 11- القانون رقم 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.140 بتاريخ 26 من ربيع الأول 1424 (28 ماي 2003)؛ الجريدة الرسمية عدد 5112 بتاريخ 27 من ربيع الأول 1424 (29 ماي 2003)، ص 1755.

C'est ainsi une pléthore des textes juridiques s'ajoute à l'arsenal juridique en matière d'expertise. On cite, la loi 45-00 relative aux experts judiciaires, la Circulaire rendu le 21mars1989 relative à la condition et la surveillance des experts¹...

Malgré ce pluralisme des textes de loi régissant l'exercice de l'expertise médicale, les progrès scientifiques et son évolution incontestable ont rendu ce cadre juridique spécifique plus au moins inconsistant, l'inconsistance se manifeste essentiellement dans la nature des pouvoir et des devoirs du médecin expert.

Ce constat, qui se répercute directement sur le régime de la responsabilité nous invite à s'interroger sur la mise en cause de la responsabilité civile et pénale, une première qui fait référence à la faute dans un régime de responsabilité subjective ou à la notion de risque ou de garantie dans un régime de responsabilité objective. L'on recherchera à caractériser le dommage pour en affirmer le lien avec soit une faute (responsabilité subjective), soit une situation (responsabilité objective). Tout est donc orienté vers la réparation du dommage au profit de la victime, et une seconde qui fait référence aux lois régissant l'organisation de la société et réprime de ce fait, l'atteinte à l'ordre public et à la sécurité des biens et des personnes. Ce type de responsabilité est attaché à la recherche d'une faute intentionnelle ou non à l'origine d'un acte actif ou passif interdit par le code pénal.

Cette juxtaposition et l'interpénétration, de ces différents systèmes de valeurs, expliquent les discussions quant à l'étendue et les limites respectives du Droit, de l'Ethique et de la Déontologie.

Le législateur marocain n'a pas prévu explicitement des règles spécifiques régissant la responsabilité civile et pénale de l'expert à l'exception de la responsabilité professionnelle édictée par la loi 45-00 relatives aux expert judiciaires.

Le problème de la responsabilité de l'expert est du, soit à l'insuffisance de la délimitation juridique des pouvoirs et devoirs de l'expert et leurs moyens de contrôle et du quasi silence de la loi vis-à-vis à la responsabilité civile et pénale de l'expert judiciaire. Dans cet état de fait, il n'est pas aisé de bien cerner le problème de responsabilité, c'est pour cela qu'il nous paraît indispensable de se référer aux règles générales du droit commun et aux quelques arrêts de la jurisprudence marocaine et française.

¹Circulaire du ministre de la justice n 2/11102 rendu le 21mars1989 relative à la condition et la surveillance des experts.

De point de vue juridique, la responsabilité de l'expert judiciaire peut prendre deux formes : la responsabilité civile en se référant aux dispositions du dahir des obligations et de contrat¹ et la responsabilité pénale par la commission des infractions prévu par le code pénal. Donc la responsabilité de l'expert peut prendre deux aspects, le premier vise la réparation et l'indemnisation dans le cadre civile, le second est relatif aux sanctions dans le cadre pénale².

Sous cet angle on se pose la question de savoir si le régime de responsabilité du droit commun est applicable à l'encontre de l'expert judiciaire ? Quels sont les fondements et les conditions de la mise en œuvre de cette responsabilité ? Et quelle est la position de la jurisprudence en la matière ?

Généralement tout manquement à une loi, à un règlement engage la responsabilité des personnes³.

S'agissant de la responsabilité civile, elle est l'obligation pour un médecin expert de répondre des dommages causés au patient à l'occasion d'un acte expertal et d'en assumer les conséquences. (section1)

Concernant la responsabilité pénale, comme tous autres citoyens le médecin expert trouve sa responsabilité engagé lorsqu'il contrevient aux dispositions du code pénal. (section2)

section1: La responsabilité civile du médecin expert.

Il existe en droit positif un principe objet de modération entre les préceptes de la chariâa et les auspices de la société contemporaine selon lequel quiconque qui cause un préjudice à autrui est obligé de réparer ledit dommage.

Cette maxime, qui s'est répercutée dans le cadre juridique, a été mise en application moyennant la promulgation des textes législatifs et réglementaires qui évoluent conformément aux besoins nouveaux de la population en attente d'une équité sociale et d'une stabilité économique.

La conception moderne de ce principe est apparue au Maroc depuis 1913 avec l'adoption du Dahir des Obligations et des Contrats (DOC) où le fondement de la responsabilité se trouve dans l'imputabilité personnelle du dommage à son auteur.

¹Le Dahir des obligations de contrat est le Dahir du 12/08/1913 (12 août 1913) formant code des obligations et des contrats. Bulletin officiel n° 46 du 12/09/1913 (12 septembre 1913).

²Nadia Naji « Le contrat médicale et l'assurance responsabilité civile du médecin » Mémoire pour l'obtention du DESS en droit de la santé, faculté de rabat Agdal 2006/2007, page 8.

³عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام - دار النهضة العربية بالقاهرة - صفحة 840.

Ainsi, tout professionnel causant un préjudice à autrui peut être astreint à respecter les dispositions du DOC. C'est le cas notamment des médecins experts qui sont soumis à ces dispositions communes, vue l'absence d'une réglementation spécifique en la matière.

C'est ainsi, le médecin expert comme n'importe quel citoyen, peut être objet de la mise en œuvre de la responsabilité civile, donc pour étudier cette responsabilité il faut analyser ses fondements, sa nature juridique, ainsi que les conditions de sa mise en œuvre.

La responsabilité civile, selon les cas et les circonstances est de nature contractuelle ou de nature extracontractuelle (délictuelle ou quasi délictuelle).

Dans tous les cas, la responsabilité civile du médecin expert, aussi bien en nature contractuelle qu'en nature délictuelle ne peut être encourue que si elle est subordonnée à l'existence de trois éléments : un fait dommageable, un préjudice, et un lien de causalité entre les premiers.

Malgré la clairvoyance des conditions de la mise en œuvre de la responsabilité civile du médecin expert ainsi que la distinction entre ces deux types de responsabilité. Cette dernière au niveau de la justice a été l'objet de plusieurs contestation, notamment en ce qui concerne la nature des fautes commises lors de l'accomplissement de la mission d'expertise et concernant la qualification de cette responsabilité.

En effet, selon la jurisprudence française, la cour d'appel de Lyon a estimé que « l'expert qui rend son avis personnel est soumis au pouvoir discrétionnaire du juge et à la discussion des parties à l'instance il ne peut peser sur son fardeau que sa responsabilité disciplinaire¹ »

C'est ainsi la cour de cassation a décidé dans son arrêt² rendu que « si le tribunal accepte le contenu du rapport d'expertise, ce dernier doit devenir une partie indissociable du jugement... ». Cette position a été abandonnée définitivement et n'a comme valeur que pour savoir l'évolution historique de la responsabilité civile des experts. Ceux-ci peuvent être justifiés en se référant aux articles de la doctrine et aux nouveaux arrêts rendus dans ce sens.

¹ محمد الكشور "الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية (دراسة مقارنة). الطبعة الاولى 1420-2000 صفحة 154-153.

- C.A de Lyon décision rendu le 14 janvier 1931. Dalloz .131 page 158.

² "اذا صادقت المحكمة على تقرير الخبير اصبح هذا التقرير جزءا من الحكم القضائي الذي صادقت عليه بحيث يندمج فيه ويتخذ خصائصه ويصبح مثله بمن أي عن اي طعن ولا يمكن ان تقوم مسؤولية الخبير الا في الحدود التي تقوم فيها مسؤولية القضاة اللذين اصدروا ذلك الحكم".

Cass.Civ .rendu le 23 mai 1957. Bull civ I N 162.

De point de vue de la doctrine dans un article qui revient à un théoricien français précise que : « en effet la jurisprudence selon la quelle l'expert échappait à toute responsabilité lorsque son rapport entériné par un jugement passé en troc de chose jugé a été abandonné, la jurisprudence actuelle considérait que la réparation du préjudice résultant de la faute de l'expert ne remet nullement en cause la chose jugée...¹ »

S'agissant de la jurisprudence, la cour de cassation a rendu un arrêt qui ne remonte pas loin de l'histoire, ce nouvel arrêt prévoit que « la responsabilité de l'expert pour fautes commises est engagé même si le juge a suivi son avis dans l'ignorance de l'erreur dont le rapport était entaché² »

Si la responsabilité civile du médecin expert est reconnue en droit français, certaines décisions judiciaires rendu, la considère de nature contractuelle du fait que l'expert commis par la juridiction pour établir la réalité des faits et en réalité un mandataire commun³. Cette position n'as pas été adoptée pour longtemps puisqu'elle n'a pas été bien fondée notamment lorsque la cour de cassation française – indiscutablement- a estimé que « les experts ne sont pas des mandataires commun » et ajoute que « commet, par suite, une erreur du droit la décision qui déclare que la faute des experts et la fautes des parties »⁴

A l'instar de cette qualification juridique la doctrine et la jurisprudence française ont considéré que l'expert judiciaire lors de sa commission de faute professionnelle causant un préjudice à l'une des parties, engage sa responsabilité délictuelle en vertu des règles prévues par le DOC français.

Donc, en tant qu'expert judiciaire, n'étant lié par aucun contrat ni avec le magistrat ni avec les parties, sa responsabilité ne pourra être recherchée que sur le fondement extracontractuelle (délictuel ou quasi délictuel) des articles 77 du D.O.C. Première conséquence, il doit répondre de son fait, de son imprudence, de sa négligence, des choses et des personnes dont il a la charge. Deuxième conséquence, la personne qui demande réparation doit apporter la preuve de la faute de l'expert judiciaire et du lien de causalité entre ce préjudice et la faute commise. Mais sa responsabilité résultera aussi des conséquences dommageables d'un retard injustifié, d'une carence ou

¹Tonny moussa, « expertise en matière civile et pénale » Dalloz, paris, 1983 page 305.

²Cass.Civ .rendu le 8 octobre 1956. Bull civ II N 272.

محمد الكشيبور مرجع سابق 159صفحة

³C.A de Montpellier, décision rendu le 10 janvier 1890. Dalloz .2 page 50.

محمد الكشيبور مرجع سابق 163صفحة

⁴Cass.Civ. rendu le 9m mars 1949. Bull civ N 78. 159صفحة

d'une faute dans l'accomplissement de sa mission. Cependant, il ne pourra pas être tenu responsable de ses avis.

-le fait dommageable

En matière juridique, la faute n'a pas été définie par l'ensemble des textes législatifs.

Nonobstant, la doctrine à travers ses réflexions sur la notion de la faute estime qu'elle doit comporter nécessairement trois éléments.

Il s'agit de l'élément légal qui constitue une violation d'une disposition précise d'un texte législatif voire réglementaire. A ce propos, on prend l'exemple de l'article 35¹ de la loi 45-00 relative aux experts judiciaires qui dispose en substance que le refus de la mission ordonnée par les juridictions sans motif valable constitue une faute.

L'élément matériel qui consiste dans le comportement fautif résultant d'une commission ou d'une abstention. Cette dernière s'explique par le fait d'omettre à ce que le médecin expert était tenu de faire (s'abstenir d'agir). C'est le cas d'un expert psychiatrique qui établit son pré-rapport au juge sans recourir aux certificats médicaux du prévenu pour savoir ses antécédents. Quant à la commission, elle consiste à faire ce dont était tenu de s'abstenir (acte positif). Dans ce cadre on donne l'exemple du médecin expert qui dépasse le cadre technique de sa mission et empiète sur les pouvoirs du juge.

L'élément moral, à son tour, traduit la volonté du médecin expert de commettre l'acte fautif. C'est l'exemple d'un expert, qui promet A la personne poursuivante de ne pas faire objet d'une condamnation ou bénéficier des circonstances atténuantes.

Cependant, in abstracto, la faute est considérée comme un comportement contraire à l'obligation sociale. C'est un comportement anormal qui ; étant préjudiciable à autrui, trouble la paix sociale.

Cette approche de la faute constituait une appréciation subjective, car si elle permettait d'adresser un reproche clair à l'auteur du dommage, elle ne parvenait pas à réparer les victimes.

Avec le développement du machinisme, la multiplication des dommages ainsi que le degré de leur gravité, l'appréciation de la faute est devenue de plus en plus objective. Elle est considérée comme un manquement à une obligation préexistante, afin de favoriser les victimes dans

¹Article 35 : « L'expert judiciaire se rend coupable de faute professionnelle grave, notamment lorsqu'il n'accepte pas, sans motif valable, de s'acquitter de la mission qui lui est confiée ou qu'il s'en acquitte en dehors des délais prescrits, après une mise en demeure qui lui est adressée par la juridiction concernée. »

l'indemnisation de leurs dommages. C'est ce qu'on appelle le courant victimologiste.

En effet, la faute s'apprécie par rapport au modèle du « bon père de famille »¹ attentif et honnête, sûr de ses actes comme de ses faits, respectant les lois, les règlements, la coutume et les bonnes mœurs. S'agissant du médecin expert, il doit être un bon professionnel dans son métier et des moyens dont il dispose ou aurait dû disposer, du degré de diligence attendu par la partie.

Toutefois, la qualification de la faute diffère selon qu'il s'agit d'une faute volontaire ou involontaire. Si la faute est volontaire on dit qu'il s'agit d'une faute délictuelle. Mais lorsque la faute est involontaire on est alors dans le cadre de la faute quasi-délictuelle.

Cette dernière est perçue comme l'erreur de conduite de l'expert commise sans intention particulière, par mégarde ou méprise, qu'il pouvait éviter par une intention plus grande.

Par contraste, la faute délictuelle est celle qui est commise avec la volonté de causer un dommage à autrui. Cette volonté peut correspondre au désir de nuire à la victime, comme c'est le cas, par exemple, en matière de diffamation. De même, elle est présente lorsque l'expert est conscient que, par son comportement, il va certainement causer un dommage à l'une des parties et que, cependant, il persiste dans son entreprise.

La faute intentionnelle conduit, par conséquent, à envisager l'état d'esprit de l'auteur du dommage².

A ce stade, on se demande si l'intention de commettre la faute est décisive pour rendre le droit à la réparation un droit acquis ou bien l'absence de cette intention atténue son obtention ?

Ce qu'on peut dire sur ce point, c'est que même si le juge demeure souverain dans son appréciation, il est contraint à se fonder sur des faits qui sont dans le débat et se référer au standard du bon père de la famille qui l'éclaire sur une réparation adéquate au dommage subi.

Transplanté généralement dans le domaine de l'expertise, la responsabilité du médecin expert résultera des conséquences dommageables

¹ « Le bon père de famille », écrit M. Vanswevelt, n'a pas le courage d'Achille, la sagesse d'Ulysse ou la force d'Hercule. C'est tout ou plus un citoyen normalement diligent et prudent. Yves-HENRI LELEU, Gilles GENICOT « le droit médical aspects juridiques de la relation médecin-patient ». P 99

² Philippe Conte. Patrick Maistre du Chambon, « La responsabilité civile délictuelle », Edition. Presses universitaires de Grenoble, 2003. Page 49.

d'un retard injustifié, d'une carence ou d'une faute dans l'accomplissement de sa mission. Cependant, il ne pourra pas être tenu responsable de ses avis¹.

En ce qui concerne le non respect des délais, cela entraîne quasi automatiquement des dommages, ne serait-ce que la perte de chance de gagner le procès par manque de preuve, voir destruction de la preuve en matière de construction ou insolvabilité du responsable. De même, l'expert sera responsable en cas de persistance des dommages après exécution des travaux supprimant la cause qu'il a déterminée et qui n'était pas à l'origine des désordres

La jurisprudence marocaine, à notre connaissance, n'a pas été en mesure de rendre des décisions délimitant la faute délictuelle du médecin expert, c'est pour cela qu'il est nécessaire de recourir à la jurisprudence française étant donné que le droit marocain est généralement inspiré du droit français.

En effet, la cour de cassation a rendu un arrêt qui précise que : « commet une faute matérielle l'expert qui atteste que la victime a eu une incapacité temporaire de 50 % des lors l'incapacité en réalité ne dépasse pas 5%... »²

Le préjudice

«La notion préjudice est l'élément indispensable à la mise en route de toute action civile ou administrative intenté contre un médecin. Ce n'est là que l'application de la règle « pas d'intérêt pas d'action » »³.

Le dommage est défini largement comme diminution du bien être de la victime.⁴ Mais, malgré ses conséquences néfastes sur cette dernière, il a été communément négligé par la doctrine et la jurisprudence.

Ce désintérêt vis-à-vis du dommage s'explique par diverses raisons. D'une part, le DOC ne lui a pas consacré beaucoup d'articles, puisque le seul article qui en traite est l'article 98 qui dispose « *les dommages, dans le cas de délit ou de quasi-délit, sont la perte effective éprouvée par le demandeur, les dépenses nécessaires qu'il a dû ou devrait faire afin de réparer les suites de l'acte commis à son préjudice, ainsi que les gains dont il est privé dans la mesure normale en conséquence de cet acte.*

¹Cass.Civ, 29 nov.1988, Gaz. Pal 1989, Page .422.

²Cass.Civ. rendu le 8 octobre 1986. Semaine juridique N 4 page 325.

³Jean-François LEMAIRE et Jean-Luc IMBERT : « La responsabilité médicale », Collection Que sais-je, p 46.

⁴François Terré, Philippe Silmer ; Yves Lequette. « Droit civil les obligations ». Ed. DALLOZ. 1999, 7 ème éditions. Page.640

Le tribunal doit d'ailleurs évaluer différemment les dommages, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol ».

D'autre part, les rédacteurs dudit code ont sous-estimé, à l'époque, l'importance de cet élément pour la détermination de l'indemnisation. Ce désintérêt à l'encontre du dommage se justifie aussi par la confusion qu'existait entre la peine encourue et la réparation due.

Actuellement, la notion en question est devenue l'élément central du droit de l'indemnisation.¹

Cependant, il convient de rappeler qu'une doctrine insistait sur la nécessité de distinguer le dommage du préjudice.

Selon cette doctrine, le dommage constitue la lésion objective commune à toutes les victimes, de manière abstraite, alors que le préjudice désigne les conséquences juridiquement réparables du dommage pour chaque victime, l'impact de la lésion sur sa situation personnelle.²

En effet, le préjudice doit présenter les trois caractères suivants : Il doit être certain, personnel et doit enfin porter sur un intérêt qui est juridiquement protégé

On parle de dommage lorsque l'état de la victime après l'acte litigieux est moins avantageux que l'état hypothétique dans lequel il aurait dû se trouver si cet acte ne s'était pas produit.

Le préjudice résulte de nature extrêmement variée, il va du dommage de nature économique ou purement moral résultant du rapport d'expertise prévoyant des faits irréels ou de violation du secret professionnel à celui résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle, infirmité ou de décès. Il est ainsi constitué, comme toute situation de responsabilité par les frais engagés par la victime, le manque à gagner résultant pour celle-ci d'une incapacité temporaire ou définitive et les autres catégories du dommage.

La causalité

L'existence d'un dommage ne suffit pas pour engendrer la responsabilité du médecin expert. De ce fait, la relation de cause à effet est indispensable à établir. Ce qui implique que le dommage doit se rattacher avec le fait générateur de la responsabilité.

En effet, les articles 77 et 78 du D.O.C (1382 du C.civ.fr) ne rendent responsable l'auteur du dommage que (lorsqu'il est établi que ce fait ou cette faute en est la cause directe).

¹Xavier Pradel. « Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité ». Edition. LGDJ Paris 2004. Page1.

²Xavier Pradel. Op.cit .

D'un sens plus étroit, le lien de causalité est le lien étiologique entre la faute relevée et le résultat obtenu ; c'est le nœud de l'imputabilité de l'auteur du dommage.

Bref, le lien de causalité constitue le dernier point, le plus logique, le plus essentiel et ainsi le plus problématique. La difficulté que soulève cet élément s'explique par le fait qu'un dommage peut révéler plusieurs causes. Ceci permettra au responsable de prétendre soit une exonération totale soit une exonération partielle de responsabilité sous prétexte qu'une partie du dommage ne lui est pas imputable.

Puisque nous sommes dans toute la mesure où le médecin expert est débiteur d'une obligation, et plus généralement d'un devoir de moyens, il appartient à la victime d'apporter la preuve de l'inexécution de cette obligation ou de ce devoir, donc d'apporter la preuve de la faute du médecin expert et également celle du lien causal entre cette faute et le préjudice allégué.

En ce qui concerne la faute, le juge admet parfois que la preuve peut être apportée par présomption. Certes, il peut fonder sa décision, sur des présomptions de fait, mais cette possibilité n'est accordée que s'il s'agit de présomptions graves, précises et concordantes. Or, la jurisprudence contemporaine montre que les tribunaux fondent leurs décisions sur des présomptions de causalité. Chose qui est à la fois bénéfique à la victime puisque le juge n'a pas choisi de classer l'affaire et défavorable vue qu'elle ne percevra qu'une indemnité dérisoire.

C'est ainsi, le magistrat se contente parfois de présomption beaucoup plus légères et imprécises ; et qu'il fonde parfois sa condamnation sur une « fautes virtuelle »¹ (compte tenu des circonstances, il considère qu'il n'est pas possible qu'une faute n'ait pas été commise : il ne fonde pas sa décision sur une présomption - conséquence tirée d'un fait connu à un fait inconnu-, mais sur un raisonnement a contrario : si aucune faute n'avait été commise, aucun dommage ne serait apparu, donc la constatation d'un dommage fait présumer qu'une faute a été commise,)

section 2: La responsabilité pénale du médecin expert.

L'étude de la responsabilité pénale du médecin expert est une tâche qui nous semble un peu difficile puisque ni le code de la procédure pénale ni le code pénal ne prévoient d'incrimination spéciale concernant les médecins experts à l'exception de peu de dispositions pénales qui figurent dans le code

¹Saad Mouri « Droit civil droit des obligations ».Edition el bahi, pages 262-264.

pénal et celles qui trouvent sont origine dans la loi 45-00 relative aux experts judiciaires.

Par ailleurs, les médecins experts sont soumis à la loi pénale comme tous les citoyens. Leur fonction ne les met pas à l'abri de l'application de la loi et du règlement.

En effet, la responsabilité pénale est gouvernée par trois principes fondamentaux à savoir : L'égalité, la légalité et le principe de la présomption d'innocence.

Selon le premier tout les marocains sont égaux devant la loi, c'est ainsi, ce principe trouve son origine dans le droit musulman, notre prophète Mohammed disait « Les hommes sont égaux comme les dents d'un peigne » et la « vertu » constitue une ligne de partage.

La responsabilité pénale est gouvernée également par le principe de la légalité selon lequel il n'y a pas d'infraction ni de peine sans un texte légal qui le précise, ce principe trouve son origine dans l'article 10 de la constitution de 1996 et par l'énoncé de l'article 3 du code pénal marocain qui précise respectivement que « nul ne peut être arrêté, détenue, puni que dans les cas et les formes prévu par la loi » « nul ne peut être condamné pour un fait qui n'est pas expressément prévu comme infraction par la loi, ni puni de peines que la loi n'as pas édictée .

S'agissant du derniers principe, ce dernier constitue la pierre angulaire du droit pénal selon lequel le prévenu est présumé innocent jusqu'au ce que sa culpabilité soit prouvé.

En effet, la responsabilité pénale ne peut être encouru que si elle est subordonnée à la réunion des éléments constitutifs de l'infraction : d'abord un élément légale qui correspond au texte d'incrimination d'un comportement (qualification pénale), ensuite un élément matériel qui se caractérise par un acte qui peut soit un acte de commission ou d'omission, généralement c'est le fait ou l'acte par lequel l'intention criminelle se matérialise, enfin un élément morale appelé encore l'élément intellectuel ou psychologique. Cette composante de l'infraction correspond à la faute pénale intentionnelle et non intentionnelle.

Après avoir brièvement exposé les fondements juridiques de la responsabilité ainsi que les conditions de sa mise en œuvre il y'a lieu maintenant de voir les différentes formes de la responsabilité pénale du médecin expert judiciaire.

En effet, différentes infractions sont prévu et réprimé par le code pénal, parmi lesquelles qui peuvent concerner spécialement le médecin expert, ou qui font référence à leur état : la corruption, le faux témoignage et la violation du secret professionnel.

La corruption

En principe l'expert lors de l'accomplissement de la mission est tenu d'impérieuses obligations d'objectivité et impartialité ; il en prête serment¹. L'appréciation de cette objectivité relève de la compétence du juge du fond. C'est dans ce sens que la cour de cassation a rendu un arrêt qui précise que « l'objectivité des rapports d'experts est appréciée souverainement par les juges du fond² » c'est ainsi le législateur afin de garantir l'objectivité du rapport d'expertise et assurer la protection des justiciables, il a fait interdiction à tous expert commis pour donner son avis technique de recevoir des dons ou solliciter ou agréer des offres. Cette interdiction trouve son référence dans les dispositions de l'article 248 du code pénal ainsi que l'article 42 de la loi n° 45-00 relative aux experts judiciaires. Le médecin expert qui commet cet acte criminel participe au travestissement de l'expertise, chose qui porte une grave atteinte à la liberté des parties et leurs droits de défense et par conséquent, ne donne pas seulement à la nullité de l'expertise mais aussi à la mise en jeu de sa responsabilité pénale.

Il est évident qu'en droit administratif, le médecin expert n'as pas la qualité du fonctionnaire puisqu'il exerce une fonction libérale. Certes, la notion de 'fonctionnaire' n'a pas échappé à la technique d'expertise ; de sorte que l'article 224 du CP qui «*Sont réputés fonctionnaires publics, pour l'application de la loi pénale, toutes personnes qui, sous une dénomination et dans une mesure quelconques, sont investies d'une fonction ou d'un mandat même temporaires, rémunérés ou gratuits et concourent à ce titre, au service de l'Etat, des administrations publiques....La qualité de fonctionnaire public s'apprécie au jour de l'infraction; elle subsiste toutefois après la cessation des fonctions lorsqu'elle a facilité ou permis l'accomplissement de l'infraction.* » Trouve logiquement application quand on se penche sur la qualité de l'expert.

L'assimilation de l'expert au fonctionnaire ne trouve qu'un domaine d'action limité. Elle ne permet de sanctionner que le seuls fait criminel qui seraient susceptibles d'être facilités par la qualité du technicien quand il collabore dans le cadre du service public à la formation de l'intime conviction du juge.

¹" Je jure devant Dieu Le Tout Puissant de remplir loyalement et fidèlement la mission d'expertise qui me sera confiée, de donner mon avis en toute impartialité et indépendance et de garder le secret professionnel. " Article 18 de la loi n° 45-00 relative aux experts judiciaires.

² محمد الكشور محمد الكشور مرجع سابق 151 صفحة 105. P.105. Bull. Civ. 20 juin 1979. Cass. Civ.

En effet, l'article 248 du code pénal¹ réprime la corruption tant active que passive d'un médecin expert agissant dans le cadre de sa profession, pour rédiger un rapport ou délivrer un certificat faisant état des faits matériels inexacte. C'est ainsi, le délit de corruption en vue de la délivrance de faux certificats ou de rédaction de faux rapport suppose des dispositions mensongères et une intention coupable.

L'article 248 prévoit dans son premier et 3ème alinéa qu'il est coupable de corruption l'expert nommé par l'autorité judiciaire qui sollicite ou agréé des offres ou promesse, sollicite ou reçoit des dons, présente ou autre avantage pour donner une opinion favorable ou défavorable.

Les dons et présents peuvent être constitués par des avantages pécuniaires (sommes versées en nature, chèques, virement à un compte). Les avantages doivent comporter un élément matériel.

C'est ainsi la mise en jeu de la responsabilité pénale du médecin expert pour délit de corruption suppose un élément intentionnel, c'est-à-dire, la responsabilité du médecin expert est engagée dès lors qu' »il est conscient et sait pertinemment que le contenu de ses rapport ou de son certificat et contraire à la réalité et destiné soit à camoufler un fait criminel violent ou à dissimuler une affaire criminelle. Il faut donc que l'expert ait eu la connaissance de la fausseté de son rapport ou de son certificat. Ainsi cet acte délictueux doit provenir d'une volonté saine, autrement dit, s'il est effectué sous la contrainte, la menace, la violence ou encore par erreur ou négligence, infraction n'existe pas.

De point de vue de la jurisprudence, la cour d'appel de Tétouan a approuvé le jugement en condamnation rendu par le TPI prononcé contre un médecin expert accusé de corruption et de délivrance de certificat comportant des dispositions mensongères. la cour a cependant décidé d'atténuer la peine à 5 ans d'emprisonnement et un amende : « l'accusé a reconnu devant la police judiciaire que sur la base de l'expertise dont il a été chargé, il a établi un constat médical sans avoir procédé à un examen de la victime mais a repris ce qui a été prévu par un certificat médical que le deuxième accusé lui a remis, lui demandant de prévoir la même incapacité

¹Article 248 du code pénal : « Est coupable de corruption et puni d'un emprisonnement d'un à trois ans et d'une amende de 5.000 à 50.000 dirhams, tout commis, employé ou préposé salarié ou rémunéré sous une forme quelconque, qui, soit directement, soit par personne interposée, a, à l'insu et sans le consentement de son patron, soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi, ou un acte qui, bien qu'en dehors de ses attributions personnelles est, ou a pu, être facilité par son emploi. »

que celle du certificat (préétabli) sans examen médical, mais recevant en contre partie la somme de 2000 dirhams.

Le faux témoignage

Réputé fonctionnaire, le technicien pourra accuser de faux. Ce délit frappera spécifiquement le médecin expert en sanction de la pratique courante de certificat de faux témoignage, toutefois, le délit suppose que l'expert ait agi dans le cadre de ses fonctions et qu'il ait cherché à favoriser quelqu'un¹.

Le faux selon les dispositions de l'article 351 du CP et l'altération frauduleuse de la vérité, de nature a causé un préjudice et accomplie dans un écrit par des moyens déterminés par la loi.

Le rapport d'expertise dans la plupart du temps est sous forme d'écrit, susceptible d'être l'objet de faux.

Le délit est consommé, soit lorsque le médecin expert certifie ou dissimule faussement, l'existence d'une maladie ou infirmité, soit lorsqu'il fournit des indications mensongères sur l'origine d'une maladie ou la cause de décès.

Vu la gravité des effets de l'activité expertale et son impacte sur les décisions judiciaires, le législateur a considéré que l'expert qui rédige un rapport contenant des avis mensongères ou des faits irréels commet le délit de faux témoignage qui lui expose à des peines prévues par les disposition des articles 369 jusqu'à 372 du CP par application de l'article 375 du même code qui précise : « *L'expert qui, désigné par l'autorité judiciaire, donne oralement ou par écrit, en tout état de la procédure, un avis mensonger ou affirme des faits qu'il sait non conformes à la vérité, est passible des peines du faux témoignage selon les distinctions prévues aux articles 369 à 372.* »

Le fait de recevoir de l'argent de l'intéressé est une circonstance aggravante susceptible de modifier la qualification de l'infraction et de doubler la peine²

¹ Ech-charif el ketani aboubakr, Op. Cit page 352.

²Article 372 du code pénal : « Quiconque se rend coupable d'un faux témoignage en matière civile ou administrative, est puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 200 à 2.000 dirhams. Si le faux témoin a reçu de l'argent, une récompense quelconque ou des promesses, la peine d'emprisonnement peut être portée à dix ans et l'amende à 4.000 dirhams. Les dispositions du présent article s'appliquent au faux témoignage commis dans une action civile portée devant une juridiction répressive accessoirement à une instance pénale. »

Il en résulte que le rapport d'expert et un témoignage de confiance qu'accorde la juridiction au corps expertal .A cette confiance, doit répondre à la conscience, l'honnêteté et l'impartialité lors de l'établissement de tout rapport d'expertise. Ainsi, la rédaction de ce dernier et un acte sérieux, qui nécessite une méthodologie précise et un souci de style adéquat : elle ne peut en aucun cas être anodine mais explicite et relater des faits réels d'ordre médical.

La violation du secret professionnel

L'étude de la question du secret professionnel est très délicate puisqu'elle est régit par des textes éparpillés, incohérents et fragmentaires.la jurisprudence marocaine, à notre connaissance, peu abondante, n'as pas été en mesure de bien combler la loi. C'est pour ces différentes raisons qu'il est nécessaire de recourir à la jurisprudence étrangère pour mieux étudier cette question épineuse.

C'est ainsi, dans notre présente étude de la responsabilité pénale du médecin expert, et pour s'en tenir à ce qui est directement en rapport avec le sujet, nous nous ne faisons pas allusion aux textes spécifiques régissant la question du secret professionnel mais, on se contente seulement des dispositions de code pénal qui vise essentiellement la responsabilité pénale du médecin expert.

Au terme de l'article 446 du code pénal *« Les médecins, chirurgiens ou officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes ou toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions permanentes ou temporaires, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, ont révélé ces secrets, sont punis de l'emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de mille deux cent à vingt mille dirhams.*

Toutefois, les personnes énumérées ci-dessus n'encourent pas les peines prévues à l'alinéa précédent :

1° Lorsque, sans y être tenues, elles dénoncent les avortements dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions;

2° Lorsqu'elles dénoncent aux autorités judiciaires ou administratives compétentes les faits délictueux et les actes de mauvais traitement ou de privations perpétrés contre des enfants de moins de dix-huit ans ou par l'un des époux contre l'autre ou contre une femme et dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions.

*Citées en justice pour des affaires relatives aux infractions visées ci-dessus, lesdites personnes demeurent libres de fournir ou nonleur témoignage..... ».*C'est ainsi le secret professionnel est un impérieux devoir

des médecins, car la nécessaire confiance du malade exige cette totale discrétion à l'égard des tiers, soit de tout ce qu'ils ont appris à l'occasion de l'exercice de leur profession sauf obligation ou autorisation contraire de la loi.

Au point de vu de la jurisprudence, le secret est indispensable pour garantir la confiance à l'exercice de la fonction médicale. L'arrêt¹ princeps de la cour de cassation du 19 décembre 1955 a attesté que « En imposant à certaines personnes, sous une sanction pénale, l'obligation du secret comme un devoir de leur état, le législateur a entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions. » C'est ainsi le secret médical est général est absolu, comme le dit l'arrêt² fondamentale de la cour de cassation du 8 mai 1947 : « L'obligation du secret professionnel s'impose aux médecins comme un devoir de leur état. Elle est générale est absolu, et il n'appartient à personne de les en affranchir, Ils sont dès lors fondés à s'en prévaloir pour refuser de déposer en justice sur des faits dont ils n'ont eu connaissance qu'à l'occasion de l'exercice de leur professions. »

Il est évident que le médecin expert n'as pas de secret pour le magistrat dans les limites de sa mission .dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit pas révéler que les questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise. Il doit pas faire état des aveux d'un inculpé, ni d'une dénonciation qui lui aurait été faite.

Le médecin expert se trouve souvent dans des situations délicates. Car si, son expertise faite ; il est cité comme témoin, il peut se demander s'il a le devoir de livrer des confidences. Et si sa mission le charge de recueillir « tous renseignements », Doit –il tout dire ? Un médecin expert chargé de faire l'autopsie d'une jeune femme mortes dans un accident et qui découvre, en plus du traumatisme crânienne responsable de la mort, les traces d'un avortement récent, doit –il consigner ce dernier élément dans son rapport ?

A ces questions difficiles il faut répondre que le médecin expert, pour respecter le secret professionnel, n'a jamais à déborder sa mission, et qu'il ne doit pas accepter une mission qui va au-delà de l'appréciation des éléments médicaux de l'affaire pour laquelle il a été commis.

Cette précision vise en particulier les antécédents du sujet examiné. Parmi ceux-ci, l'expert doit se limiter aux antécédents qui constitue un « état antérieur » par rapport au dommage qui fait l'objet de l'expertise, c'est-à-dire

¹Jean Hureau, Pierre Hureau « L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation de préjudice corporel: en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel ».Edition Elsevier Masson, 2005. Page 29.

²Jean Hureau, Pierre Hureau op. Cit. Page 30.

ceux qui ont subi une influence du fait de l'accident ou marqué l'évolution des conséquences dudit accident.

Bien entendu, c'est seulement au juge ou à l'administration qui l'a désigné que le médecin répond, Il ne doit rien divulguer au-dehors, à aucun tiers et notamment à la presse, il ne peut publier son expertise ni donner à son sujet une conférence de presse, ni accepter l'interview.

Les difficultés relatives au secret professionnel surgissant dans les rapports entre le médecin expert et les médecins traitants, notamment en ce que concerne l'état antérieur d'une victime dont il convient d'apprécier l'état actuel résultant d'un accident¹. Autrement dit, est ce que le médecin expert peut interroger le médecin traitant et si celui tenu d'une obligation du secret professionnel peut lui répondre ?

Se pose en effet le problème de la légitimité éventuelle, pour le médecin traitant, d'opposer le secret professionnel au médecin expert, qui souhaiterait prendre connaissance, dans le cadre de sa mission, d'un dossier médical ou de toute autre pièces relevant du secret.

S'il estime pouvoir répondre (il ne peut y être obligé), le médecin traitant doit s'en tenir strictement aux seuls points soumis à l'expertise, Sa position est particulièrement délicate dans le domaine psychiatrique car ici ce que connaît le médecin traitant est presque uniquement fait des confidences. il en est de même pour des services hospitalier.

Cette situation est relative uniquement lorsque la personne objet de l'examen est vivante, car pour celle décédé il en va différemment. Dans ce cas, il appartient au juge d'user des moyens légaux de coercition pour se préoccuper les documents nécessaires²

¹Adolphe RUOLT, Op. Cit, page 58

²Xavier Pradel. « Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité ». Edition. LGDJ Paris 2004. Page2.

Le régime de la responsabilité administrative médicale pour faute Contribution à l'étude de l'appréciation de la faute médicale par la Jurisprudence administrative marocaine

Youns Boudellah

Etudiant chercheur au cycle du doctorat à l'Université Med V Rabat
Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales Salé

Le législateur marocain de l'époque du protectorat a consacré un principe¹ selon lequel la responsabilité de l'Etat soit engagée sur la base d'une faute commise par l'administration², ou par les agents de celle-ci, mais qui est à elle imputable. Par ailleurs, selon l'article 79 du D.O.C l'Etat peut voir sa responsabilité engagée malgré l'absence d'une faute commise de sa part. Donc, on peut dire que la responsabilité de l'administration y compris les hôpitaux publics au Maroc est une invention du législateur et pas de la jurisprudence comme c'était le cas en France³.

Néanmoins, il faut préciser que l'article 79 du D.O.C qui consacre deux régimes de la responsabilité administrative, n'a pas déterminé les cas où il faut appliquer le régime de la responsabilité pour faute, ni les cas où il faut appliquer le régime de la responsabilité sans faute, ceci dit, ce travail est purement une tâche de la jurisprudence qui doit être en mesure d'établir une distinction entre les cas où l'adoption de tel ou tel régime est justifiée⁴.

Dans cette optique, on a assisté à une application étendue du régime de la responsabilité pour faute à l'instar des principes adoptés en France, et ce

¹Avant 1968 certains auteurs ont interprété d'une manière restrictive l'article 79 du DOC en exprimant que cet article prévoit seulement un seul régime de la responsabilité à savoir la responsabilité pour faute, par contre et c'est ça ce qui est confirmé par la jurisprudence, l'article 79 prévoit deux régimes à la fois. Voir à ce sujet abdallah HARSI « de la responsabilité administrative la pratique de l'art 79 par la jurisprudence » in colloque « droit et pratique » organisé par l'université sidi Mohamed ben abdallah, faculté de droit de Fès 1994.

²Il s'agit de la faute de service que nous développerons plus tard (voir page 11 de ce modeste travail).

³*La théorie de la responsabilité de l'administration a été, sous réserves de divers régimes particuliers, essentiellement élaborés par la jurisprudence du conseil d'Etat. André LAUBADER. Jean-Claude VENZIA et Yves GAUDEMONT « traité de droit administratif » tome1, 13^{ème} édition L.G.D.J 1994, Page 869.*

⁴C'est le point de vue du M.A. de LAUBADER concernant l'interprétation de l'article 79 du DOC. Il a précisé à l'inverse de plusieurs auteurs que l'article 79 du DOC contient les deux régimes de la responsabilité administrative et c'est à la jurisprudence de procéder à l'application du régime qu'elle voie convenable selon chaque cas. Voir à ce sujet MICHEL ROUSSET et JEAN GARAGNAN « droit administratif marocain » 6^{ème} édition, la porte 2003, page 774.

jusqu'à 1968 la date où l'ex-président de la cour suprême feu bahnini a préconisé que l'article 79 du DOC consacre un régime de responsabilité sans faute¹. Mais d'après les cas de la jurisprudence que nous avons étudié il apparut clairement que l'application du régime de la responsabilité objective est très restrictive par conséquent ce dernier régime ne fait l'objectif de ce travail ; il ne sera pas traité.

Le régime de la responsabilité pour faute, correspond à une idée de sanction selon laquelle celui qui a commis une faute doit en réparer les conséquences².

Elle correspond aussi à l'idée de la réparation du préjudice, car il n'est pas normal que la victime supporte les conséquences d'un fait dommageable réalisé par un tiers. Le régime de la responsabilité pour faute a été le premier appliqué par les tribunaux marocains³.

Au Maroc, ce régime de la responsabilité de l'Etat est consacré par le législateur de 1913, alors en France la responsabilité de l'Etat a été entièrement une œuvre inventée par la jurisprudence⁴ désormais la décision Blanco ou bien avant⁵.

En effet, en relation avec la responsabilité du service public hospitalier, la jurisprudence française est renversée à un certain temps vers l'admission de la responsabilité de l'hôpital quoi que ce soit le degré de la faute, les mêmes principes sont adoptés par la jurisprudence Marocaine. Mais il importe de préciser ici que si la jurisprudence française a connu une progression dans l'admission de la responsabilité administrative premièrement sur la base d'une faute lourde, puis sur la base d'une faute simple c'est parce qu'il n'existe pas en France une loi identifiant les caractères de la faute qui peut engager la responsabilité de l'hôpital.

Néanmoins au Maroc depuis 1913, la date d'instauration des règles de droit positif, la faute engageant la responsabilité des services publics est belle

¹Hassan OUZANNI CHAHDI « les articles 79 et 80 du D.O.C. et l'évolution de la jurisprudence à ce sujet : quelques aspects actuels de la responsabilité administrative au Maroc ».IN revue tunisienne de droit 1984. Page 48

²GUY Braibant et BERNARD Stirn « le droit administratif français » 4^{ème} édition presse de sciences PO éd DALLOZ 1997. Page 273.

³عبد الله حداد "تطبيقات الدعوة الإدارية في القانون المغربي" نشر عكاظ 2001 ص 181

⁴Hassan OUZANNI CHAHDI « les articles 79 et 80 du D.O.C. et l'évolution de la jurisprudence à ce sujet : quelques aspects actuels de la responsabilité administrative au Maroc ».IN revue tunisienne de droit 1984. Page 38

⁵Hassan OUZANNI CHAHDI « les articles 79 et 80 du D.O.C. et l'évolution de la jurisprudence à ce sujet : quelques aspects actuels de la responsabilité administrative au Maroc ».Op. Cit. Page 38.

et bien définie par l'article 79 et l'article 80 du D.O.C. A cet égard, il faut préciser que l'article 79 n'exige pas aucune gravité de la faute, c'est-à-dire il suffit la preuve d'une faute simple pour engager la responsabilité d'un service public.

En effet, le régime de la responsabilité pour faute a connu une application très étendue au Maroc, cela veut dire d'après les décisions juridictionnelles examinées que les juridictions administratives nécessitent toujours la présence d'une faute en relation de cause à effet avec un dommage.

En effet, la notion de la faute administrative médicale est au centre de la responsabilité administrative quoi que ce soit le régime appliqué, elle doit être alors déterminée avec précision, cette tâche constitue l'objectif ultime de ce modeste travail.

A ce stade, la faute administrative médicale, s'apprécie d'abord sur le plan de la gravité. Car, la responsabilité administrative et notamment celle du service public hospitalier ne s'engage que si la faute génératrice du dommage présente un certain degré de gravité (première partie), par ailleurs la faute commise au sein d'un hôpital public n'engage pas automatiquement la responsabilité de ce service bien au contraire elle peut être imputable¹ à l'un des professionnels exerçants au sein de cette structure (deuxième partie), faut-il alors distingué entre la faute de service est celle personnelle.

Première partie : l'appréciation de la faute administrative médicale selon la gravité.

La jurisprudence administrative marocaine comme celle française, distinguent entre la faute lourde et la faute simple. Ceci dit, que la gravité de la faute est très importante dans l'appréciation de la responsabilité du service public hospitalier, alors après l'admission de la responsabilité de l'Etat, la jurisprudence a basé la responsabilité de ce dernier sur la faute lourde (B) en interprétant l'article 79 du D.O.C à la lumière de la jurisprudence française. Cette interprétation a été abandonnée désormais 2004 la date où la cour suprême décide dans un arrêt que la faute simple suffit pour engager la responsabilité d'un service public (A).

A: La faute simple

Le concept de la faute simple a été imaginé dès la naissance de la responsabilité hospitalière², dans cette époque le Maroc était encore

¹ Voir sur la question de l'imputabilité JEAN RIVERO « droit administratif » 8^{ème} édition DALLOZ1996. Page 272.

²SYRIL CLEMENT « l'évolution de la responsabilité médicale de l'hôpital public » édition les études hospitalières 1995. Page 54.

dépendant au protectorat français. Le législateur Marocain comme son homologue français n'a pas réservé à la faute simple aucune définition, ceci dit, que les cas où la responsabilité de fait du service public hospitalier est retenue sur la base d'une faute simple sont dégagés par la jurisprudence¹.

Bref, les cas où le juge administratif retenu la responsabilité du service public hospitalier pour faute simple sont entre autre, les fautes liées aux actes de soins (les piqûres et les injections) et les fautes de l'organisation et du fonctionnement du service².

S'agissant des fautes dans les actes de soins, elles recouvrent tous les actes exécutés par un non médecin c'est-à-dire les actes qui peuvent être exécutés par les infirmiers et les autres agents travaillant dans l'hôpital public en l'occurrence le personnels administratifs.

Cette solution pragmatique est adoptée par la jurisprudence en France depuis plusieurs années. Ensuite, certains auteurs de droit administratif marocain voient dans cette solution une utilité certaine de telle sorte qu'ils recommandent son application pour le cas Marocain³.

Dans ce contexte, il faut admettre que le juge administratif marocain ne s'attache pas en principe à cette solution⁴, mais parfois il l'applique⁵. En effet, Le tribunal administratif de Rabat a rejeté partiellement la demande d'un requérant en ce qu'il poursuit le médecin pour faute personnelle lorsqu'il a injecté à son enfant une piqûre entraînant la paraplégie de cet enfant, la juridiction administrative a décidé que le demandeur n'a pas prouvé que le médecin a commis une faute lourde et en l'absence des

¹Voir a ce sujet *MOHAMED OUGHRIS* la responsabilité du médecin dans la législation pénale » édition Dar alkarouiyyine, Casablanca 2002. Page 49.

²*AMIN BEN ABDALLAH* « la responsabilité administrative de fait du service public hospitalier » in rapport du thème principal de 7^{ème} congrès médical national, sous la coordination de MRS *ABDELKARIM BENNIS* et *OMAR AZZIMAN*, société marocaine des sciences médicales, 1989. Page 101.

³Voir : *AMIN BEN ABDALLAH* « la responsabilité administrative de fait du service public hospitalier » Op. Cit. Page 101.

⁴Il n'y a pas jusqu'à maintenant une jurisprudence concrétisant cette solution, dans la plupart des cas le juge administratif marocain apprécie la responsabilité sans avoir accordé aucune importance à la gravité de la faute, il se contente tout simplement de décider qu'il y a responsabilité ou non.

⁵Certains auteurs voient dans cette application une dépendance à la jurisprudence française et déclarent qu'il est nuisible à notre système juridique car le contexte français est très différent à celui marocain, ainsi dès l'indépendance politique il faut une indépendance juridique et judiciaire, voir a ce sujet *AHMED ADRIOCHE* « l'évolution de la jurisprudence en matière de la responsabilité médicale », collection de la connaissance juridique édition 1996 (la maison d'édition n'est pas mentionnée). Page 57.

conditions de la responsabilité personnelle la faute doit être considérée comme étant une faute de service¹.

Dans le même ordre d'idées, l'anesthésié est un acte qui s'effectue dans la plupart des cas par les infirmiers, donc une faute dans l'anesthésié est une faute simple qui engage la responsabilité de l'hôpital et pas celle du personnel hospitalier, c'est ainsi que le tribunal administratif de Rabat a prévu dans un jugement que l'opération anesthésique consiste à prévenir le patient de sentir la douleur, cela exige l'équipe médical d'être en pleine prudence, ainsi la création des complications a cause de cette opération constitue une faute, or l'inadaptation entre un cas pathologique simple et les résultats dangereuses conduisant à la mort du patient justifie l'engagement de la responsabilité de l'équipe².

Mais faut-il savoir qu'en dépit de tout ce qui précède, l'équipe médicale n'est pas demandé en réparation du dommage morale subi par la famille du défunt. on pourrait dire tout simplement que le juge administratif marocain a appliqué le principe consacré par la jurisprudence administrative française en ce qu'il considère la faute dans l'anesthésie comme étant une faute simple, car, dans la présente affaire, tant que la responsabilité de l'équipe médicale est fondée c'est cette équipe qui doit réparer le dommage, mais tant qu'il s'agit d'une faute simple c'est l'hôpital qui prendra en charge la réparation étant donné que les conditions de la responsabilité personnelle ne sont pas complètement réunies.

L'engagement de la responsabilité du service public hospitalier sur la base de la faute simple, s'applique également dans le cas des mauvaises manipulations. A ce titre, on est en présence des cas de mauvaises manipulations que ce soit à l'occasion d'une anesthésie ou dans les opérations chirurgicales³.

Le tribunal administratif de rabat a prévu dans ce cadre que l'exécution de l'opération d'accouchement par la sage femme en l'absence d'un médecin spécialiste et l'utilisation par celle-ci des moyens non prévues dans le domaine médical engage la responsabilité du centre hospitalier⁴.

¹JUGEMENT N° 596. Rendu par le tribunal administratif du premier degré de Rabat, le 10/4/2008, Dossier n° 1281/06HT. (Jugement non publié).

²Jugement n° 886, rendu par le tribunal administratif du premier degré de Rabat, le 28/4/2009, dossier n° 304/06HT (jugement non publié).

³.SYRIL CLEMENT. Op. cit. Page 16.

⁴JUGEMENT N° 217, rendu par le tribunal administratif du premier degré de Rabat, le 29/01/2008, dossier n° 804/7/04. (Jugement non publié).

Force est de souligner en somme, que la jurisprudence française qui a inventé la solution susmentionnée a connue un revirement remarquable en la matière, ainsi dès 1992 le conseil d'Etat a abandonné la distinction classique entre la faute lourde et la faute légère en décidant qu'il suffit désormais une faute simple pour fonder la responsabilité hospitalière pour soins médicaux et chirurgicaux¹. Bien plus, les autorités françaises ont créé un fond de garantie destiné à la réparation des dommages corporels occasionnés par la pratique médicale ce qui permet d'écarter même la faute simple comme fondement de la responsabilité médicale et ont adopté désormais un système de responsabilité sans faute, fondé sur la garantie du risque médical².

En revanche, au Maroc on est encore devant des tâtonnements jurisprudentiels, c'est-à-dire devant une instabilité sans cesse de la jurisprudence en la matière.

B : La faute lourde

*On exigera ainsi une faute lourde pour engager la responsabilité des services de police ou des services médicaux d'un hôpital*³. Cette phrase rédigée par le professeur Michel Rousset témoigne d'une tendance de la jurisprudence hospitalière. Elle exige une faute lourde pour engager la responsabilité du service public hospitalier⁴, c'est en ce sens que la cour d'appel de Rabat a rejeté la demande d'un patient pour motif d'absence d'une faute lourde imputable à l'hôpital public ou aux agents médicaux en décidant : *« attendu qu'il est confirmé par les documents du dossier et le rapport de l'expertise que la victime a perdu la vue a cause d'une inflammation encéphale engendrée par les médicaments qu'elle a pris, attendu qu'il n'est pas établi par le rapport de l'expertise que la perte du regard est due à l'opération dont bénéficie le patient, ni a une faute lourde de la part du médecin traitant ou de la part du chirurgien*⁵ ».

Dans le même ordre d'idées, le tribunal de première instance d'Oujda a prévue que la responsabilité délictuelle du médecin ne peut être engagée qu'à

¹ZEROUAL ABDELHAMID « la responsabilité hospitalière » in « EL MOUHAMAT » revue des avocats de Tizi-Ouzou N° 2 –décembre 2004. Page 7.

²FREDJ LOKSAIER « la faute simple en tant que fondement de la responsabilité civile médicale » in « revue tunisienne de jurisprudence et de législation » 1996 Page 13. Voir aussi JEAN PENNEAU « la responsabilité du médecin », 2^{ème} édition Dalloz 1996, page 129.

³MICHEL ROUSSET et JEAN GARAGNON « droit administratif marocain » 6^{ème} édition la porte 2003. Page 790.

⁴JACQUES MOREAU « la responsabilité administrative » édition Que sais-je ? 1986. Page 73.

⁵Arrêt n° 10023, rendu par la cour d'appel de Rabat le 31/12/1986, dossier n° 4234/84 (apporté par AHMED ADROUICHE la responsabilité du service public hospitalier » édition dar alboukili 1996 (en arabe) page 23.

la réunion de trois conditions essentielles a savoir la faute, le dommage, et le lien de causalité entre ces deux entités, que la responsabilité de l'Etat sur la base de l'article 79 du D.O.C ne peut être engagée qu'à la commission d'une faute lourde, ainsi tant que l'infirmier n'a pas commis une faute lourde en relation de cause à effet avec le dommage qu'à subi le patient sa demande est totalement rejetée¹.

A cet égard, il faut souligner que nonobstant l'engagement de la responsabilité du service public hospitalier sur la base d'une faute lourde, ni le législateur ni la jurisprudence n'ont pas fourni à celle-ci une définition exacte. La seule définition que le législateur marocain a pu donner à la faute lourde est celle prévue par le code du travail, qui a défini la faute lourde du salarié².

En effet, la faute lourde en matière médicale est celle qui est d'une gravité certaine que le juge apprécie dans chaque cas d'espèce³. Elle est exigée pour réparer les dommages causés par les actes médicaux, c'est-à-dire les actes qui ne peuvent être exécutés que par un médecin, ces actes recouvrent en *grosso modo*, le diagnostic, la prescription du traitement et des soins, et les interventions chirurgicales⁴.

Déontologiquement le médecin est « *obligé d'élaborer son diagnostic avec la plus grande attention, sans compter avec le temps qui lui coûte ce travail et, s'il y a lieu, en s'aidant ou se faire aider dans toute la mesure du possible des conseils les plus éclairés et des méthodes scientifiques les plus appropriées. Après avoir établie un diagnostic ferme comportant une décision sérieuse, surtout si la vie du malade est en danger, un médecin doit s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision. En cas de refus, il peut cesser ses soins dans les conditions de l'article 24⁵* ».

En effet, le tribunal de première instance de Casablanca a décidé que la faute dans le diagnostic qui a porté atteinte à la réputation des parents d'une fillette jugée perdante sa virginité d'après le diagnostic établi par le médecin traitant, est une faute fondant la responsabilité du médecin en question, et il doit réparer le préjudice moral causé aux parents de la

¹JUGEMENT N° 4967. Rendu par le tribunal de première instance d'Oujda le 19/11/198. Dossier n° 3424/78 (apporté par AHMED ADRIOUICH. Op. Cit. Page 24.

²Articledu code du travail.

³SYRIL CLEMENT. Op. Cit. Page 17.

⁴JEAN-MARIE CLEMENT et SYRIL CLEMENT « les principales décisions de la jurisprudences hospitalière » édition Berger-Levrault 1997. Page 50

⁵ARTICLE 29 du code de déontologie médicale Marocain similaire à l'article «36 du code de déontologie médicale français

patiente¹. De même, le tribunal administratif de Rabat a mentionné parmi les motivations d'engagement de la responsabilité du service public hospitalier dans une affaire, la défaillance du diagnostic, attendu que juste après un jour de celui-ci, la patiente atteint une déchirure du poumon et par conséquent elle est morte².

La jurisprudence a exigé également une faute lourde dans les actes de soins et de prescription. De ce fait, la cour d'appel de Marrakech a décidé qu'il est reconnu que la transfusion sanguine est un acte de soins, dont s'occupent les services hospitaliers, qu'elle doit être précédée par des analyses pour s'assurer de la sécurité du sang à transfusé et son adaptation à la formule sanguine du bénéficiaire, que la transfusion du sang sans avoir procédé à ces analyses est une faute engageant la responsabilité du médecin et de l'infirmier pour homicide involontaire. Cet arrêt de la cour d'appel est confirmé par un jugement de tribunal administratif qui a condamné l'administration pour réparation du préjudice moral subi par la famille de la défunte³.

Dans un autre jugement rendu par le tribunal administratif de Marrakech, il est précisé que si le médecin est libre dans la prescription du médicament qu'il voit approprié à l'état du patient, en contre partie, il est obligé de respecter les règles et principes de la profession médicale, ensuite, il doit être prudent, attentif, c'est ainsi que la mort du patient après son injection par la pénicilline est considérée comme étant une faute engageant la responsabilité du médecin traitant à cause sa négligence. De ce fait et sur la base de l'article du 79 D.O.C l'Etat doit dédommager le préjudice moral subi par les héritiers du défunt⁴.

Concernant les interventions chirurgicales le même degré de la faute (faute lourde) est exigé pour retenir la responsabilité de l'hôpital public⁵. Car, dans les opérations chirurgicales, tout médecin placé dans les mêmes conditions peut commettre des fautes simples et ça c'est normale à cause de la technicité de l'acte chirurgical. En effet, *on distingue deux type*

¹JUGEMENT N° 3369, rendu par le tribunal de première instance de Casablanca le 1/10/2008. Dossier n° 2851/2007 (jugement non publié).

²JUGEMENT N° 1501, rendu par le tribunal administratif de premier degré de Rabat, le 28/12/2004.dossier n° 180/01HT (jugement non publié).

³ JUGEMENT N° 92, rendu le 16/3/2005, par le tribunal administratif de premier degré de Marrakech, dossier n° 74/12/2005H. (Jugement non publié).

⁴JUGEMENT N° 12, rendu par le tribunal administratif du premier degré de Marrakech le 24/1/2001, (publié par la REMALD n° 42 Janvier, Février 2002. Page 201 et suivant.

⁵André de LAUBADER, Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET « traité de droit administrative » Tome 1. 13^{ème} édition L.G.D.J 1994. Page 882

*d'interventions chirurgicales : d'abord les interventions liées à l'état pathologique, ensuite les interventions non liées à l'état pathologiques*¹. Les premières sont très pratiquées au Maroc, les deuxièmes elles ne se pratiquent que rarement voire en cas de nécessité.

A ce titre, la cour d'appel de Rabat a rejeté la demande d'un patient en décidant que ni le médecin traitant ni le chirurgien n'ont commis de faute lourde².

Deuxième partie : L'imputabilité de la faute administrative médicale

La faute administrative médicale peut être soit une faute de service engageant la responsabilité de l'administration (A), ou une faute personnelle engageant la seule responsabilité de l'agent fautif (B). Cette nomenclature est établie dans l'époque par le législateur lorsqu'il a rédigé l'article 80 du D.O.C juste après l'article 79 du même code. Ainsi, l'article 79 du D.O.C a obligé l'Etat non seulement à réparer les dommages causés par le fonctionnement normal de ses administrations, mais aussi les dommages causés par les fautes de service de ses agents. Cette dernière disposition n'est pas absolue, l'article 80 vient en tracer les limites³.

Rarement les juridictions administratives décident le cas de cumul, or comment peuvent elles engager la responsabilité sur la base de la faute de service et sur la base de la faute personnelle à la fois, étant donnée qu'elles ne retiennent la responsabilité personnelle que rarement (C) ?

A : La prédominance de la faute de service

La multiplicité des formes que prend la faute de service rend difficile la tâche de lui donner une définition exacte. Elle peut résulter de mauvais fonctionnement du service public, le retard dans le fonctionnement, ou le non fonctionnement de ce service.

A cet égard, le professeur E. PEUCHOT la définit comme étant « *le fait matériel de manquement à une obligation et dans certains cas marginaux comme une culpa, une faute intentionnelle, une malveillance* »⁴. En d'autres

¹JEAN-MARIE CLEMENT et SYRIL CLEMENT « les principales décisions de la jurisprudence hospitalière » édition Berger-Levrault 1997. Page 55

²Arrêt n° 10023, rendu par la cour d'appel de Rabat le 31/12/1986, dossier n° 4234/84 (apporté par AHMED ADROUICHE la responsabilité du service public hospitalier » édition dar alboukili 1996 (en arabe) page 23.

³ELHOUSSAIN SERHAN « la problématique de la faute personnelle aux agents publics en droit administratif marocain » in « tribunaux administratifs et Etat de droit », travaux du colloque international organisé par la faculté de droit de Marrakech le 04 et 05 février 1994, édition faculté de droit de Marrakech série : séminaires et colloque n° 5, 1996. Page 156.

⁴ERIC PEUCHOT « la responsabilité administrative » in documents d'étude (droit administratif) publication du centre de droit Maurice Hauriou université Paris II, 2003. Page 11

termes le professeur A.HEDDAD l'avait défini comme « *la faute difficilement attachée à l'homme, elle est détachable du service même s'elle est commise par l'un des fonctionnaires, c'est-à-dire c'est une faute anonyme imputable à l'administration*¹ ».

En effet, concernant la première hypothèse selon laquelle la faute de service peut être originaire de mauvais fonctionnement du service, le tribunal administratif de premier degré de Rabat a décidé que le mauvais fonctionnement du service public hospitalier constituait une faute de service justifiant la réparation du dommage qu'elle a engendré².

En même sens le tribunal administratif d'Oujda a prévu « attendu que le service public hospitalier peut commettre une faute lors de la mauvaise exécution du service qu'il a rendu, que cette faute engage sa responsabilité sur la base des dispositions de l'article 79 du D.O.C.³ ».

Quant à la deuxième hypothèse qui s'articule autour du retard dans le fonctionnement, le service public hospitalier est responsable de la négligence dans la prise des démarches urgentes pour un cas résulté par un accident, surtout lorsqu'il n'a pas procédé à un diagnostic pour s'informer de la réalité des blessures qu'il atteint le patient⁴, de ce fait, l'Etat est responsable de réparer le préjudice moral subi par la famille de la défunte.

Par ailleurs, si les deux hypothèses de la faute de service public précitées résultent d'un fait positif, il y avait un cas où la faute de service découle d'un événement négatif⁵ : c'est le défaut total de fonctionnement du service. A cet égard, on se contente d'apporter un seul jugement rendu par le tribunal administratif d'Oujda, car ce jugement a deux intérêts essentiels, d'une part il a défini la faute de service, d'autre part il a engagé la responsabilité de la clinique de la CNSS a cause de défaut de fonctionnement.

En effet, le tribunal administratif d'Oujda a prévu que « *la faute de service est le fait du -fonctionnaire -détachable du service, son appréciation comporte ipso facto une évaluation du fonctionnement du service.*

¹ عبد الله حداد: "تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي" نشر عكاظ 2001 ص 183

²JUGEMENT N° 596, rendu par le tribunal administratif du premier degré de Rabat, le 10/4/2008, dossier n° 1281/06HT.

³JUGEMENT N° 16/99, rendu par le tribunal administratif de premier degré d'Oujda le 12/3/1999. Dossier n° 20/98. (Jugement apporté par BOUNITE « la responsabilité de l'Etat de la faute médicale à la lumière de la jurisprudence marocaine » mémoire d'obtention du DESS. UFR. Les professions juridiques et judiciaires, faculté de droit de Rabat Souissi. Page 26.

⁴JUGEMENT N° 1501, rendu par le tribunal administratif de premier degré de Rabat, le 28/12/2004. dossier n° 180/01HT (jugement non publié).

⁵BOUNITE, Op. Cit. Page 27

« La négligence par la clinique de la mère et du fœtus lors de l'accouchement, et le fait de la laisser en danger sous la garde d'une sage femme qui n'a rien fait pour sauver la mère, étant donné, qu'elle n'a pas utilisé les nouvelles techniques ni se faire aider par les experts ni encadré par un médecin spécialiste, rend la clinique responsable des dommages qu'a subi la victime¹ ».

Force est de souligner, que les cas de jurisprudence que nous avons collecté, ont permis de constater expressément une prédominance de la faute de service sur la faute personnelle. C'est-à-dire au lieu d'engager la responsabilité personnelle du médecin le juge administratif préfère le remplacement de ce médecin par le service public, ainsi quoi que ce soit la justification la loi doit être appliqué, sous le respect de la formule fameuse *la loi est dure mais c'est la loi*, donc le juge il doit se conformer aux données légales nonobstant son pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

B : Le recours limité et restrictif à la faute personnelle

La responsabilité subsidiaire de l'administration instituée par l'article 80 du D.O.C. a complètement ruiné l'intérêt que pourrait avoir l'existence d'une responsabilité pécuniaire propre aux agents personnellement responsables, en instituant législativement une véritable irresponsabilité de ceux-ci².

Pour engager la responsabilité personnelle du médecin il faut la réunion de trois éléments essentiels ; de prime abord, la production d'un dommage, son imputabilité à la personne poursuivie, et la commission d'une faute lourde ou un dol dans le diagnostic ou dans le traitement³.

Ainsi, Constitue une faute personnelle en premier lieu la faute qui est dépourvue de tout lien avec le service public : en dehors du service et en dehors de tout lien avec son travail, l'agent public commet une infraction ; la faute commise par le médecin en donnant ses soins à un voisin ou à un accidenté de la route constitue une faute personnelle. En seconde lieu , constitue également une faute personnelle celle qui n'est pas dépourvue de tout lien avec le service public - elle a été commise à l'occasion de l'exécution de celui-ci, mais qui en raison de certaines caractéristiques de détache du

¹JUGEMENT N° 15/03, rendu par le tribunal administratif du premier degré d'Oujda le 11/02/2003. Dossier n° 105/00T. Publié par la revue ALMILAF n°10. Avril 2007.

²ELHOUSSAIN SERHAN « la problématique de la faute personnelle aux agents publics en droit administratif marocain » in « tribunaux administratifs et Etat de droit », travaux du colloque international organisé par la faculté de droit de Marrakech le 04 et 05 février 1994, édition faculté de droit de Marrakech série : séminaires et colloque n° 5, 1996. Page 164.

³JUGEMENT N° 596. Rendu le tribunal administratif du premier degré de Rabat, le 10/4/2008, Dossier n° 1281/06HT. (Jugement non publié).

service pour devenir personnelle à l'agent (on parle, d'ailleurs , en ce cas de faute détachable du service) on est dans une telle situation en présence soit d'une faute intentionnelle ou d'une faute d'une gravité exceptionnelle, bien au-delà de la faute lourde¹ ; mais il faut bien noter qu'une faute constitutive d'une infraction pénale, il constitue ipso facto une faute personnelle a cause de la gravité qu'elle l'a caractérise.

La cour d'appel de Casablanca a décidé que l'excision de l'utérus sous prétexte qu'il atteint une tumeur cancéreuse qui se développera éventuellement, et la blessure de la vessie urinaire constituent une est une faute pénale engageant la responsabilité du chirurgien conformément aux dispositions de l'article 433 du code pénal². La cour n'a pas arrêté ce niveau mais elle a engagé la responsabilité de l'Etat en tant que garant dans la réparation du préjudice.

C : la rareté d'application du cas de cumule

Le cas de cumule signifie qu'une seule faute peut être imputable au médecin et ou service public hospitalier à la fois. Et puisqu'il existe ici certain paradoxe, il convient de clarifier cette idée en évoquant qu'un même fait commis dans l'exercice de la fonction par un agent peut être déclaré comme une faute de service, mais aussi selon sa gravité, comme une faute personnelle³.

Il en va de même, lorsqu'il s'agit d'une faute personnelle commise par un agent médical, en dehors du service mais avec des moyens fournis par l'hôpital public, notamment en cas d'usage abusif de véhicule hospitalière, ou bien l'usage d'un matériel ou d'un produit médical, etc. Outre, le législateur estime que la faute personnelle n'est pas dépourvue de tout lien avec le service. On pourrait dire que la faute peut être détachée du service, mais le service ne se détache pas de la faute⁴.

En effet, le système de cumul des responsabilités est venu pour remédier, de prime abord, aux aléas de la qualification de la faute dans le système dualiste, et en seconde lieu pour faciliter à la victime l'obtention de la réparation du dommage causé à elle, en se tournant rapidement vers l'administration.

¹JEAN PENNEAU « la responsabilité du médecin », 2^{ème} édition Dalloz 1996. Page 51.

²Arrêt n° 4564, rendu par la cour d'appel de Casablanca la 24/06/2009. Dossier n° 8731/1/2006 (arrêt non publié).

³ERIC PEUCHOT « la responsabilité administrative » in documents d'étude (droit administratif) publication du centre de droit Maurice Hauriou université Paris II, 2003. Page 41.

⁴عتيق الزايدي " المسؤولية الشخصية للموظف العمومي " : أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون العام. جامعة

Dans ce sens, lorsqu'une faute médicale est imputable au médecin, ce dernier peut ne pas avoir la liquidité pour réparer le préjudice causé à autrui, dans ce cas, c'est l'administration qui prend la place de ce médecin en réparation, sous réserve d'exercer une action récursoire afin de récupérer ce qu'elle a dépensé.

Au Maroc la situation est relativement claire ce n'est que rarement que le juge ose engager la responsabilité du médecin en qualifiant la faute comme étant une faute personnelle, bien plus, si un médecin fonctionnaire est responsable d'un dommage à cause de sa faute personnelle, c'est l'administration qui se charge à payer, et à contrario elle n'exerce jamais une action récursoire contre le médecin pour récupérer les fonds.

En effet, parmi les cas où la juridiction administrative a retenu le cas de cumule on cite notamment le jugement du tribunal administratif de Marrakech où il a été décidé « attendu que le litige est limité autour de la connaissance de la nature de la faute qui a provoqué la mort du défunte, est ce qu'elle est une faute personnelle engageant la seule responsabilité de l'agent fautif –qui est poursuivi pénalement- ou une faute de service ? Autrement dit, Est ce que la même faute peut engager la responsabilité personnelle et la responsabilité administrative à la fois ou non¹ ?

Attendu qu'il est retenu d'après les pièces du dossier que la défunte est hospitalisée au service de réanimation de l'hôpital Ibn Zohar sous la surveillance du médecin (x), qu'elle a atteint une insuffisance sanguine grave, est alimentée par l'infirmier (y) par un sang de formule (A+) incompatible avec la sienne (O+). que la transfusion sanguine qui rentre dans le cadre des actes de soins, doit être précédée par des analyses médicales afin de s'assurer de la sécurité de la source et du bénéficiaire du sang et de la compatibilité de celui-ci au sang du bénéficiaire, que la transfusion du sang par les intéressés au défunte sans avoir procédé aux analyses requises est une faute personnelle engageant leur responsabilité pénale pour homicide involontaire raison pour laquelle ils sont poursuivis par la cour d'appel de Marrakech par deux mois d'emprisonnement suspendus et une amende exécutoire fixée en mille dirhams et que cet arrêt acquiert l'autorité de la chose jugée.

Attendu que, si les juridictions ordinaires peuvent engager la responsabilité pénale de celui qui a causé un dommage tel que dans le présent cas, les tribunaux administratifs doivent également savoir si le même fait peut engendrer la responsabilité de l'administration ou non.

¹Jugement n° 92, rendu le 16/3/2005, par le tribunal administratif de premier degré de Marrakech, dossier n° 74/12/2005H. (Jugement non publié).

Attendu que la jurisprudence administrative est stable sur le fait qu'il suffit pour engager la responsabilité de l'Etat, l'existence d'un dommage et un lien de causalité entre ce dommage et le fonctionnement du service public hospitalier tel qu'il est prévu par l'arrêt n°736 rendu par la chambre administrative de la cour suprême le 27/10/2004, sur le dossier administratif n° 795/4/1/2001.

que la mort de la défunte est résulté a cause de la même faute dans des circonstances où le contrôle a fait défaut, et le service hospitalier est mal fonctionné ce qui facilite la commission de ce genre de faute. Que si le fait dommageable constitue une faute personnelle tel qu'il précise le jugement correctionnel rendu en l'autorité de la chose jugée, il constitue également une faute imputable à l'hôpital et elle engage de ce fait la responsabilité de l'administration. Par conséquent, la responsabilité de l'Etat est retenue pour réparer le dommage moral qu'a subi l'époux de la défunte et son enfant¹.

On déduit de ce qui précède, que pour retenir le cas de cumule de responsabilité, la juridiction administrative a fait recoure à la jurisprudence de la cour suprême, or, il n'existe pas une règle édictant quant est ce que nous pouvons rechercher le cumule de responsabilité, d'ailleurs le droit administratif est un droit jurisprudentiel donc c'est à la juridiction statuant en cause d'apprécier si tel fait dommageable peut engager la seule responsabilité de l'administration ou celle l'agent ou encore la responsabilité de tous les deux à la fois.

¹Jugement n° 92, rendu le 16/3/2005, par le tribunal administratif de premier degré de Marrakech, dossier n° 74/12/2005H. (Jugement non publié).

La question de la gestation pour autrui a la lumière de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

ZAOUAQ KARIM

Docteur en Droit Public et Sciences Politiques
de l'Université Hassan II- Casablanca

INTRODUCTION

Désignant un contrat par lequel une femme accepte de porter un enfant pour le compte d'une autre personne ou en d'autres termes la technique par laquelle « une femme, appelée mère de substitution accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement» (art. 2 de la loi fédérale suisse sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998), la gestation pour autrui (GPA), ayant connu un grand essor depuis les années 70 et 80 du siècle dernier, a été le réceptacle en Europe de législations nationales fort disparates d'un Etat à un autre, ce qui a débouché sur des différends transfrontières portant spécifiquement sur la problématique d'établissement de la filiation de l'enfant issu de la gestation et les effets juridiques qui en découlent en terme de naturalisation de l'enfant, de l'exercice de l'autorité parentale, d'octroi des documents de voyage, etc..

De fait, « Souvent, les "parents d'intention", à leur retour dans l'État de leur résidence, surtout, quand celui-ci interdit toute forme de gestation pour autrui, ne sont pas reconnus comme les parents légaux de l'enfant¹ ». Ces différends sont récurrents sur le continent européen où la GPA n'est autorisée qu'au Royaume-Uni (*Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990, modifié en 2008 et en 2010), en Grèce (loi du 19 décembre 2002 portant sur l'assistance médicale à la procréation), en Irlande, au Danemark, en Belgique ou aux Pays-Bas (autorisation donnée par les tribunaux dans ces deux derniers Etats), tandis qu'elle est d'une part pratiquée « sans conditions trop

¹Conférence de La Haye de droit international privé, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, mars 2014, § 147. Cité in : Commission des Episcopats de la Communauté Européenne, *Avis du groupe de réflexion bioéthique sur la gestation pour autrui. La question de sa régulation au niveau européen ou international*, Bruxelles, Février 2015, p. 17. Disponible en ligne sur : http://www.comece.eu/dl/knLnJKJONMIJqx4KJK/20150223PUBIOSUR_FR.pdf

pesantes¹ » en Ukraine et en Géorgie et demeure d'autre part interdite légalement en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne, au Portugal ou en Bulgarie.

Les disparités dans les régimes juridiques des Etats européens portant sur la GPA ont engendré des conflits de lois sur la base desquels des requêtes individuelles alléguant de la violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dite Convention européenne des droits de l'homme, ont été soumises devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Or, la réponse apportée par cette Cour aux différends suscités par la GPA a pris une tournure ambivalente : elle a admis dans certains cas la filiation des enfants nés de la GPA pratiquée à l'étranger au motif du respect de la vie familiale ou de la vie privée de l'enfant et de son intérêt supérieur (I), mais elle a refusé dans d'autres affaires de reconnaître une telle filiation en s'alignant le cas d'espèce sur les jugements rendus par les tribunaux nationaux ou les dispositions prévues par les législations nationales (II).

I- La reconnaissance de la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui

Face à l'essor depuis plusieurs années d'un marché mondial de procréation permettant à des citoyens d'Etats européens n'admettant pas la GPA, de recourir à cette pratique dans les Etats permissifs en la matière, un contentieux important est né à l'occasion des différentes affaires instruites devant la CEDH. Ces différends ont principalement tourné autour de la problématique de non reconnaissance de la filiation des enfants nés de la GPA à l'étranger et partant leur non inscription dans le registre de l'état civil des naissances.

Le premier différend soulevé devant la CEDH a été celui de l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c/Luxembourg* jugée le 30 juin 2007. En l'espèce et malgré l'interdiction imposée par la législation du Luxembourg aux personnes célibataires en matière d'adoption, « la Cour avait fait prévaloir le statut d'adoption valablement prononcé à l'étranger par une décision de la justice péruvienne et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention entre l'enfant et l'adoptante luxembourgeoise² ». Elle avait aussi

¹Florence G'ssell, « La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger : exemples de droit comparé », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 7 | -1, 93-111. Voir : <https://journals.openedition.org/cdst/541?lang=en#quotation>

²Michelle Giroux et Jérôme Courduries (dir.), *Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale*, note de synthèse du

manifesté dans cet arrêt « sa préférence pour la reconnaissance de la "réalité sociale" créée par le jugement étranger¹».

Cette décision de la CEDH qui est venue reconnaître le statut de l'enfant né à l'étranger (Pérou) et sa filiation avec l'adoptante sur fonds du respect de la vie familiale, a été confirmée par la suite par d'autres arrêts où le raisonnement de la Cour européenne a évolué vers une prise en compte de la vie privée et de l'intérêt supérieur de l'enfant né de la GPA.

Ainsi dans l'affaire « *Menesson* », la ressortissante française nommée Sylvie Menesson qui s'est rendue en l'an 2000 avec son mari en Californie aux USA où elle a eu recours à une mère porteuse qui accoucha et lui remet des jumelles, s'est vue délivrer à cet effet un certificat de naissance par les autorités californiennes, mais le consulat de France a refusé d'inscrire ces enfants sur son passeport et celui de son mari. De retour en France, ce couple s'est vu refusé encore une fois, par décision de la Cour de cassation, du 17 décembre 2008, le droit de transcrire la filiation des enfants en question sur l'état civil « en estimant que puisque la pratique des mères porteuses est interdite en France une telle transcription serait susceptible de "contrarier l'ordre public"² ». Saisi de cette affaire, la Cour de Strasbourg a condamné la France dans son arrêt du 26 juin 2014 et ce en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, « au motif que le refus de reconnaître un lien de filiation à l'homme ayant un lien biologique avec l'enfant issu d'une GPA à l'étranger constitue une violation de la vie privée des enfants³ ». Toutefois, la retranscription de l'acte de naissance étranger de l'enfant né de la GPA sur le registre français de l'état civil s'est heurté, malgré l'arrêt de la Cour européenne, à l'autorité de la chose jugée, règle fondamentale de la procédure civile française, qui interdit aux parties de saisir à nouveau le juge après que le contentieux ait été définitivement tranché.

Ces mêmes blocages du droit interne français ont poussé cette juridiction européenne à condamner la France dans les arrêts qu'elle a rendus

=

rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, Juillet 2017, p. 91.

¹ *Ibid.*

² Luc Olekhovitch, « Qui est ma mère ? Faut-il légaliser les mères porteuses ? », *Théologie évangélique* vol. 8, n° 1 & 2, 2009, p. 109.

³ Claire Lengrand et Camille Escuillié, « Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 13 janvier 2015, consulté le 22 décembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1772> ; DOI : 10.4000/revdh.1772

respectivement le 26 juin 2014 dans l'affaire « *Labassee c. France* » qui concerna un couple marié français qui, en raison de l'infertilité de la femme, recourut à la GPA aux Etats-Unis, et le 21 juillet 2016 dans l'affaire "*Foulon et Bouvet c/ France*", ayant porté sur le refus des autorités françaises de transcrire des actes de naissance indiens sur le registre d'état civil français. Là encore, la Cour européenne s'est appuyée sur le précédent jurisprudentiel *Mennesson c. France*, pour « conclure à la non-violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale et à la violation de l'article 8 s'agissant du droit des enfants concernés au respect de leur vie privée¹ ».

La reconnaissance de la filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger au motif du respect de sa vie privée et de son intérêt supérieur, a été une nouvelle fois réaffirmée et consolidée par la CEDH dans son arrêt *Laborie c/ France*, rendu le 19 janvier 2017 à propos d'un enfant né en Ukraine et dont l'acte de naissance ukrainien n'a pas été admis en tant que tel par les autorités françaises.

II- La consécration d'une marge d'appréciation nationale en matière de gestation pour autrui

Si la CEDH a donné droit aux parents d'intention et aux adoptants dans leur démarche d'établissement de la filiation de l'enfant né de la GPA et ramené par eux de l'étranger, en arguant des violations du droit à la vie familiale et plus particulièrement du droit à la vie privée, il n'en demeure pas moins que cette Cour a refusé à deux reprises de reconnaître la filiation entre les parents d'intention et ces enfants nés de la GPA, en légitimant par-là les décisions prises par les autorités administratives nationales de non retranscription des actes de naissance étrangers de ces enfants.

Ainsi dans le premier arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, rendu par la CEDH le 27 janvier 2015 et portant sur la non-reconnaissance en Italie d'une filiation entre un couple d'italiens et un enfant né par gestation pour autrui en Russie, cette juridiction a cherché à « vérifier si l'application du droit italien par les tribunaux italiens pouvait se justifier, l'enfant étant né (d'un couple italien) en Russie² ». En guise de réponse à cette question, la CEDH avait

¹Cour européenne des droits de l'homme, *Gestation pour autrui*, fiche thématique publiée en décembre 2018, p. 2.

²Patrick Kinsch, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (2014-2015)*, Document de travail publié le 15 septembre 2015, pp. 2-3. Disponible en ligne sur : https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/Annexes_reunion_25/CEDH%20et%20droit%20international%20prive%202014.pdf

formulé la réponse suivante : « Les juridictions italiennes ne se sont pas basées sur le certificat de naissance étranger mais elles ont opté pour l'application du droit italien s'agissant du lien de filiation. En fait, l'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu du fait que l'enfant est issu de gamètes de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie¹ ». Ceci dit, la Cour a laissé une marge d'appréciation entrouverte pour les Etats, comme cela se manifeste dans l'affaire en l'espèce où elle a estimé que « l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire² », et que « l'ingérence – fondée en particulier sur les articles pertinents de la loi sur le droit international privé et de la loi sur l'adoption internationale – était "prévue par la loi"³ ».

De la même manière, la CEDH avait décliné, dans l'affaire *D. et autres c. Belgique* du 8 juillet 2014, « les griefs des requérants (un couple de ressortissants belges) à propos du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage pour un enfant né d'une gestation pour autrui en Ukraine⁴ », tout en déclarant que « le refus des autorités d'autoriser la venue de l'enfant sur le territoire national, opposé jusqu'à ce que les requérants fournissent suffisamment d'éléments permettant d'établir l'apparence d'une filiation avec l'enfant, avait certes engendré une séparation effective entre l'enfant et les requérants et avait constitué une ingérence dans leur droit au respect de leur vie familiale. Néanmoins, la Belgique avait agi dans les limites de la marge d'appréciation dont elle bénéficiait en la matière⁵ ».

CONCLUSION

Devant la diversité des régimes juridiques nationaux et l'absence d'une convention internationale ou d'un instrument supranational européen contraignant en matière de GPA, le juge européen se retrouve souvent devant un dilemme où il est tiraillé entre la reconnaissance pure et simple de cette méthode de procréation sur fonds du respect de la vie privée, familiale et de l'intérêt supérieur des enfants qui en sont issus, et un certain penchant à

¹ *Ibid.*, p. 3.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 3.

⁵ *Ibid.*, p. 2.

s'aligner sur la ligne jurisprudentielle peu libérale adoptée par les tribunaux nationaux en la matière ainsi que sur le contenu peu ou prou conservateur des législations nationales interdisant cette technique de procréation.

La coopération judiciaire internationale face Aux obstacles juridiques

التعاون القضائي الدولي في مواجهة المعوقات القانونية

Rachid LAABACHI¹

رشيد الاعبشي

Résumé : Dans le cadre des relations internationales, les Etats se sont orientés vers des approches de solidarité en optant à renforcer leur coopération judiciaire internationale, notamment à travers des mesures juridiques et politiques cohérentes et coordonnées, prises pour réprimer les crimes odieux et les pires violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire et combattre ainsi l'impunité et empêcher des violations similaires à se reproduire, étant donné que certains Etats coopèrent pleinement avec cette justice pénale tandis que la majorité des Etats sont réticents de le faire.

Toutefois, la réalisation de cette coopération judiciaire internationale en matière de justice pénale internationale se trouve face à plusieurs problèmes d'ordre juridique notamment l'existence d'un conflit de lois qui résulte de l'existence de deux ordres juridiques incompatibles, distincts et indépendants l'un à l'autre précisément l'ordre répressif international dont les normes juridiques découlent de l'ensembles des traités et conventions internationales, qu'un Etat conclut de façon bilatérale ou multilatérale avec d'autres Etats, dans le cadre de la coopération judiciaire internationale en matière de justice pénale internationale et l'ordre juridique étatique dont les normes découlent de la constitution nationale.

Summary : In the context of international relations, the States have turned towards solidarity approaches by opting to strengthen their international judicial cooperation, in particular through coherent and coordinated legal and political measures, taken to punish heinous and worst crimes violations of human rights and international humanitarian law and thereby combat impunity and prevent similar violations from recurring, since some States cooperate fully with this criminal justice while the majority of States are reluctant to do so.

¹ Doctorant en Droit Public et sciences politiques à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de l'Université CADDI AYAD, Marrakech. MAROC. laabachi@hotmail.com.

However, the achievement of this international judicial cooperation in matters of international criminal justice is faced with several legal problems, in particular the existence of a conflict of laws which results from the existence of two incompatible, distinct and independent legal orders, one at a time, other precisely the repressive international order whose legal standards derive from all international treaties and conventions, which States conclude with each others, within the framework of international judicial cooperation in matters of international criminal justice and the state legal order, the standards of which flow from the national constitution.

Mots-clés : Droits de l'homme ; Droit humanitaire ; Coopération judiciaire internationale ; incompatibilité ; Cour Pénale Internationale ; Extradition ; Souveraineté.

Keywords : Human rights ; Humanitarian law ; International judicial cooperation ; incompatibility ; International Criminal Court ; Extradition ; Sovereignty.

Chaque Etat dispose de la compétence de délimiter le champ d'application des normes fondamentales découlant de son ordre juridique, notamment sa constitution nationale et son droit pénal interne pour juger et réprimer les infractions commises sur son territoire national.¹Cette compétence inclut aussi le pouvoir de promulguer des lois, de les interpréter et de les appliquer en prenant toutes les mesures nécessaires pour les faire respecter.

On peut considérer que cela se justifie, tout simplement, comme étant un attribut de sa souveraineté, au nom de laquelle les Etats refusent d'abandonner l'ordre juridique dont ils disposent, étant donné que leur droit positif demeure le droit qui édicte la sphère de leur compétence juridique et judiciaire.

D'autant plus, les Etats au nom de la nécessité de protéger leur ordre public, estiment que seul leur droit interne doit pouvoir être appliqué sur leur territoire national, quoique, la plus part d'entre eux signent et ratifient plusieurs traités et conventions internationales et intègrent même certaines dispositions normatives dans leur propre législation nationale mais ils restent réticents devant la mise en œuvre des obligations qui en découlent. Cette réticence peut se justifier par le fait de considérer que la majorité des traités

¹ Claude LOMBOIS. Droit pénal international, 2° Ed. Dalloz, 1979, 478 pages.

et conventions internationales en matière de coopération judiciaire ne constituent pas un droit supranational et le fait d'apporter des changements à leur ordre juridique interne et d'intégrer les obligations qui leur incombent en vertu des instruments bilatéraux ou multilatéraux qu'ils ont signés, cela peut constituer une ingérence dans leur ordre juridique interne et peut toucher en conséquence à leur souveraineté nationale et à leur droit interne.¹

Les Etats sont tenus évidemment au respect des principes fondamentaux de leur droit interne, y compris les normes fondamentales de d'ordre constitutionnel et par conséquent, refusent d'une part, d'abandonner le droit dont ils disposent qui est celui d'édicter la sphère de leur compétence juridique et juridictionnelle et d'autre part, chaque Etat au nom de la nécessité de protéger son ordre public, estime que seules les normes qui découlent de son droit interne, malgré qu'elles ne sont pas toujours compatibles avec les normes découlant de l'ordre juridique international, doivent être appliquées sur son territoire et refuse de recourir à appliquer une norme juridique internationale.²

Une norme juridique interne est une règle juridique territoriale lorsqu'elle est déterminée par un élément de rattachement territorial et dépend des autorités de l'Etat au nom duquel elle a été adoptée. A cet égard, on peut considérer que toute personne, qui se trouve sur le territoire d'un Etat, est soumise à ses autorités, à son ordre juridique interne et aux normes juridiques en vigueur sur son territoire.

Ce principe de territorialité peut justifier l'alliance du juge national à la règle de droit national par le fait qu'il dispose de la compétence de statuer sur un crime commis sur le territoire national, étant donné que cet acte incriminé mérite d'être poursuivi et puni par la loi nationale en vigueur et devant une juridiction nationale compétente. Selon cette conception de territorialité, le juge national est tenu de rechercher l'élément de rattachement territorial qui détermine cette loi pour pouvoir l'appliquer afin de réprimer un fait incriminé au regard de l'Etat au nom duquel il prononce des condamnations que cette loi y attache à l'encontre de son auteur.³

¹ Eric MAULIN. Le principe de la souveraineté nationale. Dans La théorie de l'Etat de Carré de Malberg (2003), pages 89 à 138. [Cairn.info/la-theorie-de-l-etat-de-carre-de-malberg—9782130536079](http:// Cairn.info/la-theorie-de-l-etat-de-carre-de-malberg—9782130536079).

² Kamara MAKTAR. De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne. ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNE: 2145-4493, Vol. 4, pp. 97-162, 2011

³ Adolphe Etienne BARTIN. Etudes de droit international privé. Vol.2. Ed, A. CHEVALIER-MARESCO, 1899, numérisé 08/ UM12RI.

Au contraire, en droit international pénal, un comportement supposé être punissable ne peut faire l'objet d'une condamnation que s'il rencontre une loi déterminée qui l'incrimine et les crimes de droit international ont été érigés en crimes graves qui affectent l'humanité toute entière, sans considération ni au lieu où ils sont commis ni à la nationalité des auteurs ou des victimes. Les juridictions étatiques sont alors compétentes pour connaître ces infractions d'une part en vertu du principe de territorialité, et d'autre part en vertu de la compétence universelle.

Le droit international pénal criminalise les individus qui ont commis des crimes graves et des violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire et qui affectent l'ensemble de la communauté comme le génocide, les crimes contre les droits de l'homme, les crimes de guerre et l'agression. Si on veut mettre un cadrage à cette notion du droit international pénal, qui a toujours été un domaine stimulant en raison de sa nature pluridisciplinaire, on peut dire que cette discipline se situe à la convergence du droit international, du droit régional, du droit pénal et de la procédure pénale interne y compris des domaines qui leur sont respectivement proches.¹

A cet égard, on peut distinguer entre le droit pénal interétatique qui intéresse par exemple deux Etats et qui pose des problèmes pénaux en matière de la coopération judiciaire dans le cadre bilatéral. Il y aussi au niveau régional, un droit pénal qui régit et régleme les relations entre plusieurs Etats au niveau régional et chaque Etat partie transpose les règles de ce droit dans sa propre législation répressive. En fin, il est apparu un droit international pénal, orchestré par l'organisation des nations unies et qui intéresse tous les Etats.²Cette discipline a trait, comme on l'a déjà souligné, dans le cadre de la coopération judiciaire internationale et la solidarité des Etats, à l'application par l'Etat des lois pénales nationales et aussi des normes internationales en matière des droits de l'homme, afin de juger les crimes qui présentent un élément d'extranéité,³que ce soit la nationalité de l'auteur du crime, de la victime, du lieu de commission de l'infraction ou celui de ses résultats.⁴

¹ Mahmoud Chérif BASSIOUNI. Considérations de politique criminelle sur la coopération interétatique, FISC.1993- 821 pages.

² Jean PRADEL, Geert CORSTENS et Gert VERMEULEN. Droit pénal européen. 4^e Ed. DALLOZ, 2009- 848 pages.

³ André HUET et Renée KOERING-JOULIN. Droit pénal international. Col. Thémis, 3^eEd PUF.2005.510 pages

⁴ Sandra SZUREK. La formation du droit pénal international. In : Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, Droit international pénal, 2^eEd. A.PEDONE, 2012, page 24.

L'élément d'extranéité que comporte un crime ou une infraction consiste à ce que son objet soit de portée internationale. C'est en revanche la source de cette infraction qui est internationale dès lors que cette dernière trouble l'ordre public international et non plus seulement l'ordre public interne de l'Etat qui se veut compétent pour réprimer une infraction présentant un élément d'extranéité. D'autant plus, cet élément d'extranéité contribue en fait à rendre la répression pénale d'une infraction assez compliquée parce qu'il met en présence deux ou plusieurs Etats¹ et le juge chargé de juger les personnes ayant commis des crimes pénaux internationaux, du seul fait de la présence ou, à fortiori, de l'arrestation du criminel sur le territoire national, ne sait pas quelle loi va appliquer, ce qui pose certainement une problématique qui résulte du conflit des lois applicables.

Le problème que pose le conflit des lois en matière pénale peut se présenter sous la forme d'un concours entre plusieurs lois pénales émanant de différents Etats concernés face à une infraction donnée,² qui touche les droits de l'homme, présentant un élément d'extranéité, en raison des liens que comporte celle-ci avec plusieurs systèmes juridiques.

Devant cette situation, le juge national se trouve face à deux ordres juridiques complètement distincts et indépendants l'un envers l'autre et peut trouver une grande difficulté à choisir la norme la plus pertinente entre la norme internationale et la norme nationale pour pénaliser une infraction grave de portée internationale. Afin de remédier à toute lacune éventuelle, le juge national se trouve dans l'obligation d'appliquer les normes internationales qui découlent des engagements internationaux transposés dans l'ordre juridique interne et en particulier dans le droit étatique³ en matière pénale pour que les auteurs de crimes graves tombent sous le coup de la justice et subissent leurs peines légalement.

En effet, il existe une articulation des normes juridiques découlant de l'ordre répressif international et les normes fondamentales découlant de

¹ Didier REBUT. Droit pénal international. 2^e Ed. DALLOZ. 2014, 726 pages.

² Ottavio QUIRICO. Réflexions sur le système du droit international pénal - La responsabilité pénale des États et des autres personnes morales par rapport à celle des personnes physiques en droit international. Histoire, Philosophie et Sociologie des sciences. Université des Sciences Sociales - Toulouse I, 2005.

³ Kamara MAKTAR. De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne. ACIDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNE: Op. Cite.

l'ordre juridique étatique,¹ en ce qui concerne en particulier la pénalisation des crimes graves et des violations atroces en raison de l'intégration des règles du droit international des droits de l'homme, découlant des différentes conventions et traités internationaux de protection des droits de l'homme, en normes de droit interne, ayant un caractère juridique, obligatoire à exécuter de bonne foi les stipulations qui en découlent de manière à permettre aux particuliers d'exiger de l'autorité publique leur strict respect.

Néanmoins, la substance et la valeur juridique de toute norme étrangère ne peut être transposée dans le droit positif interne de l'Etat concerné qu'après son approbation et son ratification avec une éventuelle modification de sa législation nationale dans le sens du traité ou de la convention. Cette intégration des normes dans la législation répressive nationale et la mise en œuvre des obligations qui en découlent pose certainement un problème de compatibilité de ces normes étrangères et leur conformité avec les règles fondamentales de l'ordre juridique interne.

Initialement, un Etat ne devient partie à un traité qu'après avoir confirmé sa signature en exprimant clairement son consentement à être lié par le traité en question, le plus souvent, l'Etat consent à la force obligatoire du traité en le ratifiant.² Le principe de ratification concernant un traité ou une convention internationale est abordé et stipulé par les dispositions des règles fondamentales du droit positif de chaque Etat et c'est au chef d'Etat qu'incombe le pouvoir de signer et de ratifier les traités, par décret, étant précisé que dans certains systèmes juridiques nationaux, pour ce faire il doit recevoir l'autorisation préalable du parlement, soit dans tous les cas, soit dans des hypothèses spécifiques.³

Ainsi que, dans certains pays lorsqu'un traité est susceptible de remettre en cause les dispositions de la constitution, les autorités publiques peuvent exprimer le consentement de l'Etat à être engagé sur le plan international par ledit traité, au moyen de procédures telles que l'acceptation l'accession, ou l'approbation. Ce pendant, lorsqu'un traité engage les finances de l'Etat, une ratification du parlement demeure obligatoire.⁴ Cette ratification

¹ L'articulation du droit international et du droit national: situation en France en 2016 PAR MARIE-AIMÉE LATOURNERIE <http://webcache.googleusercontent.com/>.

² Council of Europe. British Institute of International and Comparative Law Conclusion Des Traités. Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 12 sept. 2001 - 698 pages.

³ Paul REUTER. Introduction au droit des traités. Ed. Graduate Insitute Publications, 2014, 256 pages.

⁴ Section des traités du Bureau des affaires juridiques. Manuel des traités. Ed. des Nations Unies. 2013, 81 pages. <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/French.pdf>.

visé l'acte par lequel les autorités compétentes décident d'engager l'Etat sur le plan international, en entérinant un traité à l'élaboration duquel elles ont participé.

S'agissant de la ratification d'un traité garantissant les droits de l'homme ; elle doit être distinguée de la signature d'un tel traité. La signature est juste un acte d'authentification et de certification de l'exactitude du texte du traité. Quant à la ratification, c'est l'acte par lequel l'autorité étatique la plus haute, détenant la compétence constitutionnelle de conclure les traités internationaux, confirme le traité élaboré par ses plénipotentiaires, consent à ce qu'il devienne définitif et obligatoire et s'engage solennellement au nom de l'Etat à l'exécuter.¹

Ce n'est qu'après que le consentement à être lié par le traité en cause ait été clairement exprimé à la suite d'une procédure à double degré, sa signature puis sa ratification, que le traité en question puisse produire des effets de droit à l'égard de la partie qui l'a ratifié.

L'intérêt d'une telle procédure, c'est qu'elle donne aux plus hautes autorités de l'Etat la possibilité de vérifier que leurs plénipotentiaires ont bien respecté leurs instructions durant la négociation du traité, dans la mesure où le délai qui sépare la signature du traité de sa ratification, qui n'est jamais préétabli, est souvent mis à profit pour réexaminer dans le détail le texte adopté. Il convient d'ajouter que la ratification, acte volontaire, discrétionnaire et postérieure à la signature du traité, doit être communiquée aux autres Etats parties.²C'est ainsi que les instruments de ratification font l'objet d'un échange entre parties contractantes dans l'hypothèse d'un traité bilatéral, et d'un dépôt auprès d'une autorité depositaire dans l'hypothèse d'un traité multilatéral.

La publication du traité relatif aux droits de l'homme constitue l'acte purement matériel visant à donner au traité une qualité officielle. En clair, la finalité de la publication est, avant toute chose, de porter ledit traité à la connaissance des citoyens. Outre sa fonction normale d'assurer la publicité du traité, la publication au journal officiel a aussi pour fonction de garantir au plan interne l'authenticité découlant de la signature du traité. Au demeurant, il s'agit d'une formalité importante car elle conditionne l'invocation du traité par les particuliers qui pourront, dès lors, s'en prévaloir devant les autorités

¹ Paul REUTER. Introduction au droit des traités. Ed. Graduat Institute Op. Cité.

² Romain LE BŒUF. Double nature de la ratification des traités : observations sur les discordances entre les procédures constitutionnelles et internationales. Revue française de droit constitutionnel, 2016/3 n°1033, pages 601 à 632.

du pouvoir exécutif et leurs agents ainsi que, le cas échéant, devant les juridictions nationales.

Le traité de Rome, instituant la juridiction pénale internationale, fait partie des grands traités internationaux, dont le processus de sa ratification a donné lieu à la naissance d'une attitude contrastée dans l'ouverture de l'ordre juridique national aux normes d'origine internationale,¹ pour plusieurs Etats qui l'ont signé et qui n'admettent pas sa ratification, étant donné que la ratification de tel traité met certainement en cause la loi pénale étatique qui est étroitement reliée à la souveraineté dont elle va devenir, en conséquence, un symbole.² Il est assuré, que de plusieurs Etats ont manifesté explicitement leur réticence à ratifier le statut de la cour pénale internationale. Cette réticence trouve sa justification dans l'existence de plusieurs difficultés et incompatibilités avec leur droit constitutionnel. De prime, ils ont avancé explicitement que le statut de Rome énonce la possibilité pour cette juridiction pénale internationale d'exercer ses fonctions et ses pouvoirs sur le territoire de tout Etat l'ayant ratifié.³

En effet, la ratification de ce type de traité pèse sur l'Etat et entraîne son implication d'accepter donc que cette juridiction internationale puisse exercer sa compétence directement sur son territoire,⁴ et affecte en conséquence leur souveraineté nationale. Il est clair que des stipulations du traité portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de cette souveraineté et que plusieurs obstacles d'ordre constitutionnel sont invoqués suite aux normes édictées par ledit traité et qui ont été jugées incompatibles aux normes constitutionnelles, parce qu'elles sont contraires à certains articles précis de leur constitution, en ce qui concerne le transfert des compétences juridictionnelles.

Il se pose également la question de remettre les auteurs des crimes dont la cour demeure compétente et l'exécution des peines d'emprisonnement à leur encontre qui entraînent une incompatibilité de l'obligation de la remise des personnes ayant commis de tels crimes avec l'interdiction constitutionnelle pour un Etat d'extrader ses propres nationaux.

¹ Hélène RUIZ- FABRI. La Convention de Rome créant la Cour pénale internationale : Questions de ratification. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 441-463.

² Bruno GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », Revue Française de la Doctrine n°2, 1999/2, pp. 285-313.

³ Hélène RUIZ- FABRI. La Convention de Rome créant la Cour pénale internationale : Questions de ratification. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2, op.Cité.

⁴ Art.4 (2) du Statut de Rome.

Cette interdiction constitutionnelle apparaît clairement comme un principe à caractère constitutionnel destiné à assurer le maximum de protection aux nationaux. Tout d'abord, la souveraineté peut être définie comme :

*"Le pouvoir suprême reconnu à l'Etat, qui implique l'exclusivité de sa compétence sur le territoire national (souveraineté interne) et son indépendance absolue dans l'ordre international où il n'est limité que par ses propres engagements (souveraineté externe)."*¹

Parmi les entraves qui peuvent entraîner un refus de coopération avec la juridiction pénale internationale, on peut évoquer l'obstacle généré de l'exercice par cette cour de la compétence dont elle se dispose sur le territoire d'un Etat au regard des principes de la souveraineté nationale qui peut être affectée par cette juridiction, à travers les règles de compétence juridictionnelle que peut exercer cette juridiction à l'encontre d'un Etat non partie, n'ayant donc jamais ratifié son statut, lorsqu'un de ses ressortissants est poursuivi pour des crimes commis sur le territoire d'un Etat partie, ou lorsque la cour pénale est saisie par le conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, en procédant au transfert de la compétence des juridictions nationales devant la cour pénale internationale afin de juger l'auteur de crime commis.

L'exercice de l'activité judiciaire interne est donc limité, et la cour pénale internationale peut intervenir pour juger les coupables des crimes internationaux même si ces derniers sont exonérés par des lois de grâce ou d'amnistie nationale,² qui ont pour effet d'effacer toute procédure judiciaire, passée ou encours, concernant les crimes auxquels elle s'applique, en dépit du principe de complémentarité.

On peut dire que dans plusieurs Etats, les dispositions constitutionnelles s'opposent formellement aux stipulations du statut de Rome et refusent à ce qu'une juridiction pénale internationale puisse exercer sa compétence juridictionnelle et ses fonctions judiciaires sur leur territoire national.³ De ce fait, il convient de rappeler que dans une requête saisissant la cour constitutionnelle de la république ukrainienne sur la constitutionnalité du statut,⁴ le président d'Ukraine a pu relever une certaine incompatibilité du

¹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/souverainet%C3%A9/74000>.

² Louis JOINET. L'amnistie. In: Communications, 49, 1989. La mémoire et l'oubli. pp. 213-224.

³ Gabriele DELLA MORTE. Les frontières de la compétence de la cour pénale internationale : observations critiques. Dans Revue internationale de droit pénal 2002/1-2 (Vol. 73), pages 23 à 57.

⁴ Avis de la cour constitutionnelle sur la conformité du statut de Rome à la constitution ukrainienne, dossier n° 1- 35/2001, 11 juillet 2001.

traité de Rome aux normes constitutionnelles en invoquant que la ratification des normes étrangères par le parlement, entraîne leur transposition dans le droit national et par conséquent autorise la cour pénale internationale à exercer sa compétence sur le territoire national et rend l'application de ces normes sur le territoire ukrainien obligatoire.

Le président de la république ukrainienne a interprété cette disposition comme n'autorisant pas le peuple à exercer son autorité, y compris en matière judiciaire, par l'intermédiaire d'organes internationaux. Il a conclu que les dispositions du statut de Rome autorisant la juridiction pénale internationale à exercer sa compétence sur le territoire d'Ukraine seraient donc contraires à la constitution. La cour constitutionnelle a répondu que la cour pénale internationale exerce sa compétence sur le territoire des Etats ayant expressément consenti la ratification du statut et a poursuivi qu'en vertu des articles 9 et 85 de la constitution ukrainienne et le fait de consentir à l'application obligatoire des traités internationaux sur le territoire ukrainien est une prérogative du parlement, qui exprime, à travers des élus, la volonté du peuple.¹

Le président ukrainien s'ensuit que, les traités internationaux ratifiés par le parlement deviennent partie intégrante du droit national et le peuple exerce pleinement sa souveraineté en autorisant, par le seul effet de la ratification du statut de Rome par ses élus, l'extension de la compétence de cette cour pénale sur le territoire de la république d'Ukraine. En effet, cette obligation incombe au parlement qui exprime la volonté du peuple. Démocratiquement parlons, ce dernier reste le détenteur effectif de la souveraineté et la seule source du pouvoir, même s'il s'effectue directement et à travers les organes de l'Etat et ses organes représentatifs au niveau local et détient aussi d'une façon exclusive le droit de déterminer et modifier l'ordre constitutionnel.²Cette disposition a été invoquée comme un moyen interdisant le peuple à exercer son pouvoir direct, en matière judiciaire, par l'intermédiaire d'un organe international comme la juridiction pénale internationale.

Pour le deuxième obstacle entraînant un refus flagrant de la coopération judiciaire, il concerne la remise des auteurs des crimes graves relevant de la compétence de la cour. Faisant référence à l'article 27 du statut, il est intéressant de rappeler que cet article fait défaut à la pertinence de la

¹ Considérations sur la compatibilité du statut de Rome avec certains principes constitutionnels. https://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/docs/non_paper_ltrhdl-fr.pdf. Consulté le 01/02/2017.

² Art.3 de la constitution de la république Ukrainienne, du 28 juin 1996.

qualité officielle des personnes en prévoyant que la compétence de la cour pénale internationale s'applique à toute personne ayant commis un crimes grave au regard du droit international pénal, d'une façon égale et sans considération de sa qualité officielle, particulièrement la qualité de chef d'Etat ou de gouvernement, de membre de gouvernement ou de parlement, de représentant élu ou d'agent d'un Etat et n'exonère en aucun cas de sa responsabilité pénale.

En effet, la constitution française¹prévoit dans son article 26 que les membres du parlement, ne peuvent faire l'objet d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont ils appartiennent à raison des opinions ou votes émis dans l'exercice de leurs fonctions. Selon l'article 68, le président de la république française, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant une juridiction spéciale, la haute cour de justice, même pour des actes antérieurs à son mandat ou étrangers à l'exercice de ses fonctions, quant aux membres du gouvernement ne peuvent être jugés pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions que par une autre juridiction spéciale notamment, la cour de justice de la république française. Il est bien évident que les dispositions constitutionnelles, que l'on vient d'évoquer, sont incompatibles à l'article 27 du statut de la juridiction pénale internationale.²

Quant aux Etats Unis d'Amérique, ce pays a signé le statut de Rome mais les autorités américaines ont indiqué qu'elles n'ont aucune intention de le ratifier³ dans le futur et ont réaffirmé qu'ils cherchent ce pendant à adopter une attitude pragmatique à l'égard des Etats parties. Le gouvernement

¹ Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>. Consulté le 11/02/2017.

² Elisabeth LAMBERT ABDELGAWAD. Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées. Revue internationale de droit comparé. Vol. 55 N°3, 2003. pp. 539-573.

³ Il faut préciser que le Président des États Unies Bill CLINTON a signé le 31 décembre 2000, le statut de Rome comme dernier acte de son mandat, mais avant son entrée en vigueur, le Président George W. BUSH a rendu, le 06 mai 2002, que la signature faite par son précédent est nulle.

- On expose la déclaration du président George W. BUSH qui réagit: « *This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become party to the treaty. Accordingly the USA has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The US requests that its intentions not to become a party, as exposed in this letter, be reflected in the depositary's status lists relating to the treaty* ». Voir : <http://usinfo.state.gov>. Consulté le 10/04/2017.

américain soutient que la puissance américaine est une assurance pour les autres nations et refusent que ses ressortissants américains soient soumis à cette juridiction pour les crimes qu'ils ont commis à l'occasion d'opérations militaires de maintien d'ordre et du rétablissement de la justice.¹ Il soutient encore les actions menées par ses forces militaire, qu'elles doivent être tolérées et appuyées, afin de légitimer leurs méthodes condamnables de guerre et de justifier leurs actes génocidaires qu'ils ont commis et qui commettent encore dans plusieurs pays comme l'Irak.

En effet, les Etats Unies d'Amérique sont acharnés contre cette instance judiciaire internationale, parce qu'ils avaient une tendance de faire de cette juridiction pénale internationale leur propre instance, non seulement pour condamner ceux qui les ont écrasé, mais conçue pour instrumentaliser leur politique étrangère. Le pouvoir étatique américain a manifesté son refus contre l'exercice de la compétence de cette juridiction sur son territoire national en procédant à la conclusion de certains accords bilatéraux avec les pays liés ou non au statut de Rome dont l'objet consiste à renforcer le principe de l'immunité juridictionnelle.

L'ensemble de ces accords concernent, bien évidemment, le principe de la non extradition et la non poursuite qui interdisent aux Etats signataires de remettre les ressortissants américains à la cour pénale internationale en cas où ils ont commis sur leur territoire des crimes relevant de sa compétence ou de procéder à la remise d'un ressortissant américaine à un Etat partie pour le transférer à cette cour pénale internationale. Ces accords se révèlent comme des mécanismes juridiques élaborés par les Etats Unis dans le but d'empêcher que des fonctionnaires, employés, militaires et civils américains ne puissent être attirés devant cette juridiction sans leur consentement exprès.

Il s'agit donc d'un refus flagrant de coopération manifesté clairement par les Etats Unies d'Amérique à l'égard de la cour pénale internationale. Quoique l'administration Clinton ait signé le statut de Rome lors de sa négociation, alors que le président Bush, élu en 2002, a retiré cette signature et après avoir entamé la procédure de dénonciation de ladite signature, le 6 mai 2002¹⁶, l'Etat américain a élaboré une loi interne² qui assure la protection de ses ressortissants américains et des résidents permanents contre la compétence de cette juridiction pénale internationale. Cette loi a été votée à

¹ Julien DETAIS. Les Etats Unies d'Amérique et la cour pénale internationale. Revue des Droits fondamentaux, n° 3, janvier – décembre 2003. <http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr/>. consulté le 13/03/2017.

² American Service Members' Protection Act. <https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm>. .

la majorité au sénat américain en décembre 2001 et est promulguée en août 2002 par le président Georges Walker BUSH, et le gouvernement américain s'est engagé dans une incroyable croisade contre cette juridiction par l'adoption de cette loi, qui porte sur l'interdiction pour les tribunaux américains à coopérer avec la juridiction pénale internationale et l'interdiction de procéder à l'extradition d'un ressortissant américain ou d'un résident permanent. Elle interdit également toute requête sur le sol américain d'assistance.

L'étendue de cette loi vise à protéger les membres du gouvernement américain, de l'armée américaine et des personnalités officielles responsables qui ont commis des violations massives et des crimes graves, de toute poursuite par la cour pénale internationale et met en jeu cette juridiction par la possibilité de procéder à l'invasion de la Haye et d'intervenir militairement sur le territoire des Pays Bas pour libérer par la force ses citoyens et ses soldats.¹

On peut relever aussi la question de l'extradition prévue par le statut de Rome et son incompatibilité avec les normes constitutionnelles de plusieurs Etats. La cour suprême de Costa Rica, par exemple, a examiné la question d'extradition d'un ressortissant costaricien et se réfère aux dispositions de l'article 32 de la constitution costaricienne qui prévoit l'interdiction de contraindre un citoyen costaricien à abandonner le territoire national.²

En Equateur, le procès d'un citoyen équatorien reste soumis aux lois du pays et le principe de l'extradition demeure intolérable en aucun cas, suite à l'article 79 de la constitution équatorienne.

En Finlande, on peut relever cette question d'incompatibilité de l'obligation de la remise des auteurs des crimes relevant de la compétence de la cour conformément aux dispositions de l'article 9 de la constitution finlandaise³ qui interdit expressément l'expulsion, l'extradition et le transfert vers un autre pays, des ressortissants finlandais contre leur propre volonté, est incompatible avec le statut de Rome.

La principauté de Monaco, Etat membre du conseil d'Europe, a pu aussi justifier sa réticence à l'égard de la ratification du statut de Rome en se fondant sur des incompatibilités constitutionnelles et sur sa conviction que cette principauté respecte les droits de l'homme et aucun crime relevant de la

¹ Jean-louis ATANGANA AMOUGOU. Le refus de coopérer avec la Cour pénale internationale. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 67 N°4, 2015. pp. 973-991.

² https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/questions_soulevees_sur_le_statut_cpi. Consulté 29/04/2017.

³ Constitution de la Finlande du 1er mars 2000.

compétence de la cour pénale internationale ne sera jamais commise. Le Monaco donc, ne risque guère d'être impliquée dans des crimes reconnus par cette juridiction pénale internationale.

Il en va de même de la constitution de la république Togolaise dans son article 24,¹ ou bien encore de l'article 19-1 de la constitution de Roumanie.² La constitution brésilienne du 5 octobre 1988 se veut originale en rompant partiellement avec la tradition juridique nationale.

En son article 5 alinéa 50, elle refuse l'extradition des nationaux, exception faite des naturalisés, à deux conditions non cumulatives : si l'individu a commis un crime de droit commun avant sa naturalisation ou bien s'il est impliqué dans la participation d'un trafic de drogue.³

Il convient également de considérer la question de la compatibilité entre les dispositions constitutionnelles interdisant l'emprisonnement à vie avec les dispositions du statut qui retiennent cette peine, ce qui peut entraîner un refus de coopération avec cette juridiction pénale internationale. Cette question, qui a fait l'objet d'intenses débats dans plusieurs Etats d'Amérique latine, en Europe et a récemment été soulevée dans certains pays d'Afrique.

Il s'agit évidemment, de l'exécution des peines d'emprisonnement que la cour pénale internationale prononce à l'encontre des auteurs des crimes graves conformément à l'application de l'article 77 de son statut qui prévoit la peine d'emprisonnement à vie et la peine d'emprisonnement à une durée de trente ans au plus, lorsque la situation du condamné et l'extrême gravité du crime le justifient. Néanmoins, la constitution de plusieurs Etats contient une disposition interdisant expressément la condamnation à perpétuité, d'autres spécifient des périodes d'emprisonnement bien déterminées.

Une telle disposition peut être considérée comme contraire à l'article 25, paragraphe 2, de la constitution espagnole qui prévoit en effet que les peines restreignant la liberté personnelle doivent être à une durée

¹ Art.24 de la constitution de la République togolaise du 14 octobre 1992 qui stipule que : « *Aucun togolais ne peut être extradé du territoire national* », in Du Bois de GAUDUSSON. Les Constitutions africaines publiées en langue française, Tome 2, la documentation française- Ed. Bruylant, 1998, 379pages.

² Art. 19-1 de la Constitution de la Roumanie du 23 décembre 1991 qui stipule que : « *Un citoyen roumain ne peut être extradé ou expulsé de Roumanie* », in Michel LESAGE. Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte, la documentation française, 1995, p. 179.

³ Art. 5 al. 50 stipule que : « *aucun Brésilien ne peut être extradé, sauf celui qui l'est par naturalisation, dans le cas d'un crime de droit commun commis avant celle-ci ou de participation avérée à un trafic illicite de stupéfiants ou de drogues similaires, selon les termes de la loi.* »

déterminée et soient orientées vers la réhabilitation et la réinsertion sociale de la personne condamnée.¹

Le tribunal constitutionnel de l'Equateur, a avancé sa justification relative à son objection d'accueillir des condamnés d'une peine d'emprisonnement à vie est que ce type de condamnation empêche la réhabilitation du condamné et ne permet pas sa réintégration sociale telle qu'elle est requise à l'article 201 de la constitution équatorienne.²

En se référant aux articles 103 et 104 du statut, la cour d'Ukraine a évoqué cette question d'une éventuelle incompatibilité avec l'article 65 de la constitution, selon lequel, les droits et libertés constitutionnels, droits humains et civils, ne peuvent pas être limités à l'exception des cas prévus par la constitution ukrainienne. Le souci est que lorsque des citoyens ukrainiens exécutent leur peine dans un autre Etat que l'Ukraine, ils peuvent bénéficier de moins de garanties. La cour a considéré les critères à retenir par la cour pénale internationale au moment de la désignation de l'Etat chargé d'héberger les auteurs à purger la peine d'emprisonnement dans leurs établissement carcérales, et a estimé que l'Etat ukrainien pourrait formuler une déclaration affirmant sa volonté de voir ses ressortissants servir leur peine dans leur propre pays.

Au Maroc, le Royaume a signé le statut de Rome en septembre 2000³ mais n'a pas procédé à sa ratification et a pu justifier ce retard par l'existence de certains obstacles et exigences de ce statut qui sont incompatibles avec la constitution marocaine, notamment la question de la sacralité du régime monarchique au pays. En effet, l'article 27 précité du statut de Rome prévoit l'application des normes qui en découlent de façon égale à l'égard de tous, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle d'une personnalité, qui engage sa responsabilité pénale, mais la constitution marocaine considère que la personne du Roi est inviolable et sacrée.⁴

Aussi bien que, le statut exige la mise en cause de la responsabilité pénale des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques pour les crimes,

¹Services consultatifs en droit international humanitaire. Questions soulevées par certaines cours constitutionnelles, cours suprêmes et conseils d'Etat sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

CICR.2003.https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/questions_soulevees_sur_le_statut_cpi.

². <http://www.dba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english>.

³https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xviii-10&chapter=18&lang=fr

⁴ Art. 46 de la constitution du Royaume du Maroc. Secrétariat Général du gouvernement. Direction de l'imprimerie officielle. 01 juillet 2011.

relevant de la compétence de la juridiction pénale internationale, qui sont commis par les subalternes placés sous leur autorité,¹ ce qui est en contradiction avec la constitution marocaine qui prévoit que le Roi est le chef suprême des forces armées royales et par cette qualité, aucune poursuite ne pourra être engagée contre sa personne.

Une autre incompatibilité peut être invoquée, notamment en ce qui concerne le droit de grâce que le Roi du Maroc exerce pour faire bénéficier certaines personnes condamnées, en considération de leur état grave de santé ou pour des raisons purement humanitaires.² Le statut précité ne prévoit pas cette possibilité de grâce, dans la mesure où ce mécanisme peut être utilisé afin de faire soustraire en tout ou partie une telle personne, ayant commis un crime grave de portée internationale imprescriptible³ à l'exécution de sa condamnation.⁴

Cette question de prescription de peine entraîne pratiquement l'extinction de l'exécution de la condamnation pénale à la suite de l'écoulement d'un certain délai fixé par la loi répressive de certains Etats.⁵ Or, ce procédé est contraire à certaines normes de droit international pénal et précisément aux exigences du traité de Rome instituant la dite juridiction pénale internationale, qui prévoit l'imprescriptibilité de certains crimes graves notamment les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et en particulier le crime de génocide, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis.⁶

On peut noter l'existence d'une incompatibilité d'ordre législatif qui concerne la disposition du code de la procédure pénale selon laquelle un citoyen marocain ne peut faire l'objet d'une extradition et l'article 89 du statut de Rome qui envisage la remise d'individus à la cour. De même, les dispositions pénales marocaines prévoient le délai de prescription pour

¹ Art.28 du statut de Rome instituant la CPI.

² Art. 58 de la constitution du Royaume du Maroc.

³ Art.29 du statut de Rome. Op. Cite.

⁴ Compte rendu de la journée d'études sur « la mise en application du Statut de la Cour pénale internationale en droit interne (ratification, lois de coopération et de modification du code pénal). Aspects comparatifs » <http://www.credho.org/evenemts/2005/coll2005sceauxcr.pd> consulté le 14/02/2017.

⁵ Fabri Hélène RUIZ, Gabriele DELLA MORTE, Elisabeth Abdelgawad LAMBERT, Kathia MARTIN-CHENUT. « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé ». Revue: Archives de politique criminelle, n°28, /2006, pp. 237-255.

⁶ Art.1° de la Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

chacun des crimes, or l'article 29 du statut de Rome pose le principe de l'imprescriptibilité des crimes relevant de la compétence de la cour.

On peut évoquer un autre point qui peut constituer un obstacle à la coopération judiciaire au niveau internationale, notamment la question des pouvoirs accordés au procureur de la juridiction pénale internationale lui permettant d'enquêter sur le territoire d'un Etat partie, de recueillir et d'examiner des éléments de preuve, de convoquer et d'interroger des victimes, des témoins et toute autre personne dont le témoignage serait utile à l'enquête portant sur les actes constitutifs d'un crime grave. Ces dispositions sont incompatibles avec les normes constitutionnelles du Chili, qui investissent le ministère public du pouvoir unique et exclusif de diriger de telle enquête.¹

En fin un point a été soulevé en ce qui concerne la complémentarité de la cour pénale internationale, prévue à l'article premier de son statut, le conseil d'Etat belge a relevé d'emblée qu'en vertu de la constitution belge, un tribunal belge ne pouvait pas se dessaisir de sa compétence en faveur de cette juridiction pénale, conformément aux dispositions de l'article 13 de ladite constitution.²

¹ Décision de la Cour constitutionnelle relative à la constitutionnalité du Statut de Rome de la Cour pénale

Internationale (CPI) du 7 avril 2002.

https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/questions_soulevees_sur_le_statut_cp.

Consulté le 19/04/2017

² Avis du Conseil d'État du 21 avril 1999 sur un projet de loi « portant assentiment au Statut de Rome de la cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998 », Document parlementaire 2-239 (1999/2000), p. 94.

BIBLIOGRAPHIE.

OEUVRAGE :

1. Adolphe Etienne BARTIN. Etudes de droit international privé. Vol.2. Ed, A. CHEVALIER- MARESCO, 1899, numérisé 08/ UM12RI.
2. André HUET et Renée KOERING-JOULIN. Droit pénal international. Col. Thémis, 3°Ed PUF.2005.510 pages.
3. Claude LOMBOIS. Droit pénal international, 2° Ed. Dalloz, 1979, 478 pages.
4. Council of Europe. British Institute of International and Comparative Law Conclusion Des Traités. Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 12 sept. 2001 - 698 pages.
5. Didier REBUT. Droit pénal international. 2°Ed. DALLOZ.2014, 726 pages.
6. Du Bois de GAUDUSSON. Les Constitutions africaines publiées en langue française, Tome 2, la documentation française- Ed. Bruylant, 1998, 379pages.
7. Eric MAULIN. Le principe de la souveraineté nationale. Dans La théorie de l'État de Carré de Malberg (2003), pages 89 à 138. [Cairn.info/la-theorie-de-l-etat-de-carre-de-malberg—9782130536079](http:// Cairn.info/la-theorie-de-l-etat-de-carre-de-malberg—9782130536079).
8. Jean PRADEL, Geert CORSTENS et Gert VERMEULEN. Droit pénal européen. 4° Ed. DALLOZ, 2009- 848 pages.
9. Kamara MAKTAR. De l'applicabilité du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne. ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNE: 2145-4493, Vol. 4, pp. 97-162, 2011
10. Mahmoud Chérif BASSIOUNI. Considérations de politique criminelle sur la coopération interétatique, FISC.1993- 821 pages.
11. Michel LESAGE. Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte, la documentation française, 1995, p. 179.
12. Paul REUTER. Introduction au droit des traités. Ed. GIP,2014, 256 pages.
13. Sandra SZUREK. La formation du droit pénal international. In : Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, Droit international pénal, 2°Ed. A.PEDONE, 2012, page 24.
14. Section des traités du Bureau des affaires juridiques. Manuel des traités. Ed. Des Nations Unies. 2013, 81 pages.

DOCUMENTS OFFICIELS :

1. Le Statut de Rome de la CPI. AG/CONF.183/9, le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1er juillet 2002.

2. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. AG/RES/2391 (XXIII) du 26 novembre 1968. Entrée en vigueur : le 11 novembre 1970.

3. La constitution de la Roumanie du 23 décembre 1991.

4. La constitution de la République togolaise du 14 octobre 1992.

5. La constitution de la République Ukrainienne, du 28 juin 1996.

6. La constitution de la Finlande du 1er mars 2000.

7. La constitution du Royaume du Maroc. Secrétariat Général du gouvernement. Direction de l'imprimerie officielle. 01 juillet 2011.

ARTICLES :

runo GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », Revue Française de la Doctrine n°2, 1999/2, pp. 285-313.

Elisabeth LAMBERT ABDELGAWAD. Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées. Revue internationale de droit comparé. Vol. 55 N°3, 2003. pp. 539-573.

Fabri Hélène RUIZ, Gabriele DELLA MORTE, Elisabeth Abdelgawad LAMBERT, Kathia MARTIN-CHENUT. « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé ». Revue : Archives de politique criminelle, n°28, /2006, pp. 237-255.

Gabriele DELLA MORTE. Les frontières de la compétence de la cour pénale internationale : observations critiques. Dans Revue internationale de droit pénal 2002/1-2 (Vol. 73), pages 23 à 57.

Hélène RUIZ- FABRI. La Convention de Rome créant la CPI : Questions de ratification. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 441-463.

Jean-louis ATANGANA AMOUGOU. Le refus de coopérer avec la Cour pénale internationale. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 67 N°4, 2015. pp. 973-991.

Julien DETAIS. Les Etats Unies d'Amérique et la cour pénale internationale. Revue des Droits fondamentaux, n° 3, janvier – décembre 2003.

Louis JOINET. L'amnistie. In: Communications, n°49, 1989. La mémoire et l'oubli. pp. 213-224.

MARIE-AIMÉE LATOURNERIE L'articulation du droit international et du droit national: situation en France en 2016. <http://webcache.googleusercontent.com/>.

Romain LE BŒUF. Double nature de la ratification des traités : observations sur les discordances entre les procédures constitutionnelles et internationales. Revue française de droit constitutionnel, 2016/3 n°1033, pages 601 à 632.

THESE :

Ottavio QUIRICO. Réflexions sur le système du droit international pénal - La responsabilité " pénale " des États et des autres personnes morales par rapport à celle des personnes physiques en droit international. Thèse de doctorat, soutenue en 2005 à l'université des Sciences Sociales – Toulouse.

SITES INTERNETS :

[https://www.un.org/..](https://www.un.org/)

https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/questions_soulevees_sur_le_statut_cpi.

<http://usinfo.state.gov>.

<https://treaties.un.org/>

[https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/othr/misc.American Membres' Protection Act](https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/othr/misc.American_Membres'_Protection_Act).

<http://www.credho.org/evenemts/2005/coll2005sceauxcr.pd>.

https://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/docs/non_paper_ltrhdl-fr.pdf

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>

<http://www.dba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english>.