

Numéro 24 année 1990

Numéro spécial

المجلة المغربية
للشؤون
والسياسة
والاقتصاد

REVUE JURIDIQUE POLITIQUE ET ECONOMIQUE DU MAROC

Ce numéro a été publié avec
l'aimable contribution de la
Fondation Allemande
Hans-Seidel

Revue semestrielle éditée par la Faculté des Sciences Juridiques
Economiques et Sociales de Rabat

**Les opinions exprimés dans cette revue
sont strictement personnelles à leurs auteurs**

ISSN n° 0251 - 4761

Numéro du dépôt légal à la Bibliothèque Générale et Archives : 7/76

REVUE JURIDIQUE, POLITIQUE ET ECONOMIQUE DU MAROC

éditée par

La Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales de Rabat

- Directeur** : Abdelaziz BENJELLOUN.
- Comité Scientifique** : Moulay Driss ALAOUI, Saïd BELBACHIR, Mohamed BENNANI, Mohamed BENNOUNA, Ahmed CHOUKRI, Mohamed DRISSI ALAMI, Mohamed JALAL Amal, Amal JEJLAL, Omar MEKKAOUI, Fathallah OUALALOU.
- Comité de Rédaction** : Driss BENALI, Omar ABOUTAIB, Abdelkader El KADIRI, Abdellah Alaoui AMINI, Mohamed El IBRAHIMI, Mohamed DASSER, Mohamed HASSANI, El Habib EDDAQQAQ, Mohamed BOUTATA, Ahmed LAABOUDI, Omar MOUDDANI

ADMINISTRATION

B.P. 721, Boulevard des Nations-Unies - Rabat - Agdal

Abonnement annuel

(2 numéros)

Maroc	40 DH
Etranger	60 DH
Tarif Etudiant	24 DH

Modes de paiement : Virement postal ou virement bancaire C.C.P.Rabat : 74 56 34

FACULTE DES SICENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES

B.P.721, Rabat - Agdal

Composition : société : **BABIL**, Appt N° 508 Résidence Esâada. Entrée 5 - Avenue Hassan II Rabat,

Tel : 351-37



SOMMAIRE

COLLOQUE SUR LE DROIT ET SOCIÉTÉ EN AFRIQUE

Première journée :	Pages:
● Abdelatif BENABDEJLIL : Discours d'ouverture de M ^r . Le recteur	9
● Abdelaziz BENJELLOUN : Discours de M ^r le Doyen	11
● Etienne-Richard M'BAYA : Le passé et l'avenir des droits africains	13
● Mimoun CHARQUI : Reflexions sur le rapport dialectique entre le droit et la société .	29
● Ulrich SPELLENBERG : Publicité foncière - modèle allemand et modèle franco-Africain	35
Deuxième journée :	
● Drissi Alami : Confiscation des biens et projection de l'ordre économique	49
● Mohieddine AMZAZI : Evolutions pénales	59
● Abdellah BOUDAHRAIN : Pour une coopération solidaire Euro-Maghrébine. Cas de la sécurité sociale des migrants	65
● Abdelaziz LAMGHARI : Constitution et société : éléments pour une réflexion sur le cas des états de l'Afrique sub-saharienne	93

- Silvia TELLENBACH :
L'environnement : nouveau défi au droit africain 129
- Mohamed BERDOUZI :
«société et droit en Afrique ébauche d'interprétation
historico-systémique» 133

Troisième journée :

- Mohamed Larbi BENOETHMANE :
La mise en oeuvre de la privatisation au Maroc 141
- Ahmed CHAZALI :
Droit, Etat et coopération au Maroc 151
- Amine BENABDALLAH :
Les tribunaux administratifs à propos d'une loi en gestation 177
- Heinrich SCHOLLER :
Conditions générales requises pour la décentralisation et
l'administration communale autonome, compte tenu de la situation
en Afrique 185
- Mostafa RHOMARI :
Fonction publique et ajustement structurel en Afrique 199
- Heinrich SCHOLLER :
The role of Media in Decentralisation as a Contribution to
development 221

DISCOURS D'OUVERTURE



DISCOURS DE MONSIEUR ABDEIATIF BENABDEJLIL

Recteur de l'université Mohamed V de Rabat

Messieurs les Doyens

Messieurs les Professeurs

Mesdames, Messieurs

Je suis extrêmement heureux de présider la séance d'ouverture de votre Colloque sur le thème : «**Droit et société en Afrique**».

Je voudrais profiter de l'occasion qui m'est ainsi donnée pour vous souhaiter la bienvenue et en particulier aux membres de la société de Droit Africain et aux Collègues Tunisiens, Algériens et Mauritaniens.

La densité du Programme du colloque et la diversité des communications démontre si besoin en était l'extrême importance du thème général et l'intérêt qu'il a toujours suscité quels que soient le moment et le lieu où on le traite, Puis-je dire qu'il s'agit d'un thème ancien mais toujours actuel ?

En effet, la société reste un concept sinon flou au moins aux contours indéterminés et imprécis dans la mesure où son contenu est extrêmement mouvant. Il change en fonction des circonstances et du contexte. Je ne voudrais pas ici m'appesantir sur ce point que vous aurez certainement à débattre tout au long du colloque. sauf que, et la lecture du programme le démontre, je tiens à faire remarquer le flou du concept rejallit sur l'approche. Et j'ai constaté que celle-ci peut être aussi bien politique, qu'économique et sociologique. C'est ce qui fait son intérêt et sa richesse.

Qu'en est-il du droit ? Je ne me hasarderais pas dans cette Faculté et devant ce parterre d'éminents juristes à une quelconque définition dont les subtilités dépasserait le cadre de la séance inaugurale. Néanmoins en partant d'une idée simple que le droit est un ensemble de texte codifiant une longue pratique en vue de la régulation sociétale, on est en droit de s'interroger sur le rapport droit et société et de se poser les questions de savoir est-ce que toute la société est régulée par le droit ? En cas d'une réponse négative quels sont les aspects sociétaux qui échappent au droit ? Y-a-t-il d'autres mécanismes en dehors du droit qui participent à la régulation sociétale ? Quelle est leur importance et leur incidence sur l'élaboration et l'exécution de la règle du droit ? etc.

Les arrangements démontrent la richesse et l'intérêt de votre rencontre. Richesse et intérêt accrus par une approche comparative qui est la même chose pour se pencher sur notre propre conception du sujet et comprendre les autres conceptions.

Je voudrais à la fin de cette brève intervention remercier l'administration de la faculté, le département de Droit Public et celui du Droit Privé et la délégation Régionale de la Fondation Hans Seidel pour les efforts qu'ils ont fournis afin d'organiser ce colloque auquel je souhaite un grand succès.

Je vous remercie

DISCOURS DE MONSIEUR ABDELAZIZ BENJELLOUN

Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de Rabat

M.M.....,

J'ai l'insigne honneur et le grand plaisir de vous accueillir au nom de la Faculté des Sciences juridiques, Economiques et Sociales de Rabat qui est votre Faculté en ce sens qu'elle vous est toujours ouverte comme elle l'a été et le sera aux hommes de science désireux de réfléchir ensemble.

Avec votre rencontre, la faculté inaugure son activité culturelle et scientifique pour l'année universitaire 1990-91 ; d'autres manifestations sont programmées par la Direction des Etudes et les départements ainsi que les différents groupes de recherche et j'espère vous rencontrer de nouveau.

Le thème choisi : «Droit et société en Afrique» est volontairement large pour permettre une meilleure présentation des systèmes africains et une étude comparée progressive car elle est difficile à mener.

D'éminents collègues ont proposé des thèmes attrayants : certains sont généraux et embrassent les institutions juridiques mais avec une certaine note africaine, d'autres sont apparemment particuliers à tel ou tel pays frère mais avec la mise en valeur de certaines constantes civilisationnelles le tout faisant penser aux ressemblances susceptibles de permettre des rapprochements intéressants.

Les efforts fournis par les chercheurs sont fort louables parce qu'ils permettent-faut il le souligner ? - de nous présenter les uns aux autres en vue de faire connaissance : il faut avouer sans complexe que nos facultés, nos études, nos doctrines font peu de places à l'Afrique que et aux autres pays africains... Certes des tentatives d'échange ont lieu mais permettez-moi de vous dire-en tant qu'enseignant chercheur et responsable universitaire que c'est peu ; même au niveau des échanges régionaux, ce n'est pas satisfaisant. Il faut espérer que l'Université Maghrébine relève le défi et qu'elle soit suivie par d'autres...

L'Europe pèse encore lourd sur nos échanges : nos bibliothèques en témoignent, nos déplacements aussi ; jusqu'à quant allons nous demeurer ainsi orientés dans un sens alors que nous pouvons jouir d'autres orientations aussi

bénéfiques si ce n'est plus car l'Afrique est riche, elle a existé avant la colonisation, elle a ses hommes qui construisent des systèmes juridiques, élaborent des règles de droit en prenant en considération son propre patrimoine culturel ; sans se détourner de l'autre il faut se regarder soi-même...

Notre colloque a été longtemps attendu par beaucoup de collègues, il est encore temps de se rattrapper, de projeter d'autres rencontres avec peut-être un correctif qui m'a été soufflé par un de nos étudiants : un seul praticien se trouve parmi les intervenants...Il conviendrait d'attirer d'avantage les juristes non enseignants qui peuvent également produire par leur expérience et leur contact ne peut être que bénéfique.

Au nom des professeurs et des étudiants, je remercie tous ceux qui ont contribué à l'organisation de cette manifestation scientifique en particulier : l'association de Droit Africain Heidelberg (Allemagne), la Fondation Hanns-Seidel, les Départements de Droit privé et de droit public, la Direction des Etudes.

Je vous remercie tous d'être parmi nous, en particulier, ceux qui viennent de loin et je souhaite le plein succès à cette rencontre que la Faculté sera fière de consacrer par une publication si vous le voulez bien.

Le Doyen Pr. Abdelaziz BENJELLOUN

Le passé et l'avenir des droits africains

Etienne-Richard MBAYA*

1. Introduction :

—Il peut paraître présomptueux de vouloir traiter en si peu de mots des questions aussi vastes et complexes, et qui pourraient faire l'objet d'essais tant philosophiques, historiques que politiques. Et c'est pour cela que mon propos n'aura pas du tout la prétention de systématiser, selon une compétence qui n'est pas celle de son auteur.

Ces dernières années, l'évolution de l'Afrique a éveillé sans aucun doute un vif intérêt, tant sur le plan scientifique que dans l'opinion publique. Cet intérêt est surtout concentré sur les événements politiques de décolonisation et la formation des Etats qui en découle. Les relations commerciales et l'aide au développement en sont l'autre facette. Mais souvent on n'a pas tenu compte des développements spirituels qui éclairent le contenu et la motivation de ces changements — ils ont même été ignorés, à quelques exceptions près — qui tenaient du spectaculaire. Il est vrai que, dans la phase de développement postcolonial, les peuples et les pays africains ont commencé par se défaire spirituellement des liens provenant d'influences unilatérales extérieures et qu'ils ont cherché leur propre identité et authenticité. Pendant l'époque coloniale et même avant, plusieurs processus d'acculturation se sont produits et se sont superposés dans plusieurs domaines, aux valeurs traditionnelles des cultures africaines⁽¹⁾.

2. Avant la colonisation :

La majorité des droits africains de la période pré-coloniale ont présenté, entre autres, les caractéristiques suivantes : paysanne, communautaire, sacrée ou religieuse, orale, inégalitaire relative...

La caractéristique paysanne est née du fait que les règles de droit sont plus ou moins marquées par les nécessités économiques d'une civilisation agraire : règles établies et évoluant en fonction des activités agricoles.

* Professeur à l'Université de la Cologne (RFA) 1990.

(1) MBAYA, E.R., «L'influence des religions étrangères sur l'édification des Etats modernes en Afrique». Inédit, Cologne 1990.

La caractéristique communautaire découle de la nature des sociétés africaines où individu et groupe sont complémentaires l'un et l'autre. Dans ces sociétés, en effet, l'individu n'a de sens qu'exprimé à l'intérieur du groupe ; il est l'élément constitutif dont le groupe a besoin pour son existence, mais il n'existe pas en dehors de celui-là. Le groupe n'est pas une entité abstraite, pas plus que l'individu n'est une réalité autonome ; de l'autre, il y a des individus qui tiennent leurs droits de leur appartenance au groupe. Toutes les institutions africaines d'autrefois avaient un brin de ce collectivisme : le chef n'est pas toujours autocrate. « Son pouvoir dépend étroitement du groupe à la tête duquel il est placé »⁽¹⁾.

La caractéristique orale est liée aussi bien à la tradition orale des sociétés africaines qu'à la coutume. Cette dernière n'est cependant que l'un des nombreux procédés de la constatation du droit.

Le fonds coutumier des droits africains traditionnels est d'une grande importance. Déjà à cette époque historique reculée, on trouve en Afrique des peuples à régime aristocratique aussi bien que des peuplades à régime démocratique, et il est même très difficile de découvrir chez certaines communautés des éléments d'une quelconque organisation politique.

La coutume comme telle est liée à un ordre hiérarchique de l'univers. A l'époque coloniale, la coutume a été acceptée comme source de droit sous réserve du respect des principes supérieurs d'ordre et de civilisation.

Dans la phase de développement postérieure à la décolonisation, les pays africains ont été amenés à se défaire des liens d'influence unilatérale extérieure dans la recherche de leur identité et authenticité.

Dans cette perspective, la coutume sert parfois d'alibi ou de paravent pour la justification des objectifs ou des actions politiques, et elle permet d'éclairer les motivations et le contenu des décisions qui tiennent souvent du spectaculaire. A cet égard, elle paraît de plus en plus comme un moyen d'action des gouvernants.

Il est permis de se demander quel est, dans le domaine des institutions politiques, l'héritage que nous ont légué nos ancêtres. A supposer qu'il en existe un, le transfert des institutions micro-sociales de la démocratie de type villageois caractérisée par l'égalité entre les égaux et la participation, au niveau micro-social, est-il possible ? Eu égard à la pratique du pouvoir, comment concilier le désir de l'auto-affirmation, la défense d'une certaine spécificité avec l'ouverture au monde ?

Il s'agit là d'un sujet à la fois actuel et passionnant qui ne manquera pas de susciter et d'éveiller l'intérêt auprès de tous ceux qui s'interrogent sur les destinées de jeunes Etats d'Afrique.

(2) GONIDEK, P.F., *Les droits africains. Evolution et sources* Tome I, Paris, 1968.

(3) *Bull. Off.*, 1886, p.189. — Voir également l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi sur le Gouvernement au Congo-Belge du 18 octobre 1908 (*Bull. Off.*, 1908, p. 5887).

L'Afrique politique accuse trop de diversités pour qu'une analyse objective puisse librement s'en affranchir. Cependant, l'observation impose un autre constat : la similitude des structures imprime une large uniformité à la réalité d'ensemble, ce qui autorise une certaine généralisation⁽⁴⁾.

La caractéristique sacrée ou religieuse est connue dans les sociétés où l'individu est à cheval sur le monde des vivants est celui des morts. Il s'agit d'une cosmologie qui échappe souvent à l'attention des chercheurs non avertis.

La caractéristique de l'inégalité relative est courante dans les sociétés africaines qui se distinguent par l'égalité entre leurs membres : ces sociétés ont gardé, pour un laps de temps assez long, des traits marquants de cet égalitarisme primitif. L'évolution économique a introduit, cependant, des rapports inégalitaires qu'on peut trouver exprimés, même de nos jours, dans la hiérarchie des âges, la hiérarchie des sexes, et même la hiérarchie politique dès lors que l'organisation politico-sociale tend à devenir verticale.

En ce qui concerne la formation même du droit, les membres du groupe social n'y jouent qu'un rôle de second plan par le fait qu'à travers le chef qui est le représentant de l'ancêtre sur terre, le droit est considéré comme émanant de la volonté ancestrale. Il est insensé de considérer la position du père comme constituant seule la source du droit dans une société qui se présente tantôt comme patrilinéaire, tantôt comme matrilinéaire. En outre, les droits et les obligations de l'individu sont déterminés en fonction de sa place dans la société et par rapport à cette société à laquelle il est intégré.

C'est dire que les sociétés traditionnelles africaines de l'époque précoloniale se présentent sous forme de groupements hiérarchisés, mais non discriminatoires, ayant à leur tête un chef entouré de notables. Ces sociétés profondément religieuses, à cause de leur croyance à la cosmogonie de l'au-delà, attachent une importance capitale à l'être humain, qui doit vivre en harmonie avec son groupe, l'esprit communautaire l'emportant sur l'individualisme⁽⁵⁾.

Tous ces traits dominants des cultures africaines ont marqué d'une empreinte indélébile les conceptions juridiques en vigueur⁽⁶⁾. En effet, les droits traditionnels africains traduisent très fortement le mode de vie, la façon d'envisager les rapports sociaux, bref toute la civilisation des milieux traditionnels⁽⁷⁾.

(4) DJELO E.O., *L'Impact de la coutume sur l'exercice du pouvoir en Afrique noire. Le cas du Zaïre*, Préface du Ch. Goossens, Ottingnies-Louvain-la-Neuve, Le Bel Elan Editeur, 1990, p.24.

(5) TEMPELS, P., *La Philosophie bantoue*, Paris, Présence Africaine, 5ème éd., 1965. — SOCIÉTÉ AFRICAINE DE CULTURE, *les Religions africaines comme sources de valeurs de civilisation* (Colloque de Cotonou, 16 juillet, 2août 1970), Paris, Présence Africaine, 1961.

(6) OLAWALE, T.E., *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence Africaine, 1961.

(7) KALANGO, M., «Individualisation et collectivisation du rapport juridique de responsabilité civile en droit privé zairois», *Annales de la Faculté de Droit*, vol. 1, 1972, pp.39-40.

Enfin, dans leur mécanisme de mise en oeuvre, les droits africains traditionnels étaient essentiellement des systèmes juridiques de protection et de réhabilitation de l'homme, la répression étant exceptionnelle. D'où la place centrale accordée au dialogue et à la réconciliation par le biais de la palabre⁽⁸⁾. Et, malgré la diversité des traditions juridiques africaines⁽⁹⁾, de nombreux auteurs sont parvenus à démontrer l'unité conceptuelle de celles-ci dans le cadre de l'unité culturelle des peuples habitant l'aire islamo-sahélienne et l'espace subsaharien⁽¹⁰⁾.

C'est dans ce contexte précis que sont nées et se sont développées les différentes conceptions humanitaires, dont la question de l'existence relève désormais des querelles byzantines.

Le système de pensée africain, étant essentiellement imprégné d'humanisme, a généré des conceptions et des pratiques qui placent les peuples africains au rang des civilisations humanitaires. L'avènement de la colonisation a plutôt été ressenti comme une mise en veilleuse des dites manifestations, alors que s'installaient des institutions inspirées par les valeurs importées. L'indépendance, tout en donnant aux Etats africains l'occasion de participer à la construction de la civilisation de l'universel, les a paradoxalement placés en face de nombreux dilemmes aussi bien sur les plans économique, politique et socio-culturel qu'à propos du choix à opérer entre l'adhésion sans faille aux modèles importés, européens en particulier, et le recours radical aux traditions ancestrales⁽¹¹⁾.

3. Pendant la colonisation

Avec la colonisation, deux modes de vie se sont affrontés. On assiste, dès lors, à l'opposition de deux politiques sur le plan du droit public. Quelle que soit la formule (protectorat, annexion, tutelle internationale...) les pays africains concernés sont placés dans une situation de dépendance pure et simple par rapport au colonisateur et, en conséquence, leurs droits cessent d'être des droits autonomes. La création même du droit revient à l'autorité coloniale étrangère dont les normes, les rapports juridiques ainsi que les sources de droit n'ont aucun lien, sinon très peu, avec les nécessités africaines.

Cette domination politique s'accompagne de changements économiques et sociaux qui réagissent sur les droits africains traditionnels d'éducation et des

(8) BAYONA-BA-MIYA, «Authenticité, droit et développement», in *Authenticité et Développement*, Paris, Présence Africaine, 1982, pp. 133-134 ; BI ANDA Mikuin Leliel, «Les tribunaux de paix au Zaïre. Fonctionnement, procédure et compétence» [Exposé présenté dans le cadre des Deuxièmes Journées juridiques organisées par l'Association des Jeunes Avocats du Zaïre], *Revue Juridique du Zaïre*, n° 1, 2, et 3, janvier à décembre 1984, pp. 46-49.

(9) KU ASSIGAN, G.A., *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, L.G.D.J., Tome XI, Pédone, 1974.

(10) DIOP, C.A., «L'unité africaine, condition de survie des peuples africains», in *Problèmes actuels de l'Unité africaine*, colloque d'Alger, 25 mars -- 12 avril 1971, Alger, SNED, 1973, pp. 410-417.

(11) ADAMA DIENG, «Les droits de l'homme en Afrique», *Zaïre-Afrique*, n° 191, janvier 1985, p. 7.

valeurs africaines de civilisation, et une acculturation provenant de l'imposition d'un système européen d'éducation et des valeurs européennes de civilisation⁽¹²⁾.

Toute cette situation conduit à un double développement. Tout d'abord, elle provoque une transformation pure et simple du droit coutumier dans les domaines où il offrait une réglementation complète : soit que ce droit ne soit pas considéré par le colonisateur comme suffisamment « perméable », soit qu'il ait été obligé de s'adapter aux changements qui s'étaient produits en d'autres domaines. D'autre part, l'on assiste à l'imposition d'un nouveau droit, pour régler toutes les nouvelles questions qui se sont posées du fait de ce conflit de cultures et auxquelles les coutumes et autres usages traditionnels n'apportaient aucun élément de solution convenable, eu égard à la nouvelle situation⁽¹³⁾.

La modernisation du droit coutumier africain qui embrassait la totalité de la vie sociale ne s'est faite qu'à travers l'imposition de certaines idées du droit du colonisateur en certains domaines que le droit coutumier n'avait pas touchés. Par exemple, selon les conceptions traditionnelles, le travail était, plus qu'une façon de gagner sa vie, un mode de vie, établi en communion avec les forces de la nature et comportant l'accomplissement de rites. L'idée d'un contrat social des seuls humains par lequel on s'engageait à travailler pour le compte d'un étranger en vue de gagner un salaire, était inconnue. Le colonisateur a donc importé de ses propres structures le droit nouveau, comportant tout le droit des sociétés, des effets de commerce, le droit maritime, le droit du travail élargi, le droit des contrats dans son ensemble. Cette réglementation a établi de nouvelles normes en ce qui concerne tout ce qui gouverne la vie du colonisateur, ses rapports entre Africains appartenant à des communautés soumises à des coutumes différentes. De cette manière, le droit du colonisateur avait constitué une sorte de « jus gentium » applicable aux rapports qui n'étaient pas noués exclusivement entre personnes soumises à un même droit coutumier. C'est par ce comportement que le colonisateur croit avoir supprimé le caractère inégalitaire des individus devant la nouvelle législation.

On a assisté ainsi, petit à petit, à des réformes croissantes et, enfin, à une décomposition pure et simple du droit africain traditionnel. Dans la partie de l'Afrique sous domination britannique, la coutume avait été davantage respectée en ce qui concerne la composition de « Native Courts », mais les règles de procédure auxquelles ceux-ci devaient se conformer, avaient été fixées avec une précision toute britannique et étaient devenues très différentes de celles qu'avaient connues à l'origine les coutumes autochtones. Là où il était respecté, le droit coutumier devait se substituer au droit étranger, le droit du colonisateur⁽¹⁴⁾.

Cette décomposition du droit coutumier africain a conduit à une situation telle qu'en Afrique francophone et à Madagascar, le droit coutumier s'est trouvé

(12) KODJO, S., *Probleme der Akkulturation in Afrika*, Keisenheim, 1973.

(13) N'DIAYE, J.P. *Elites africaines et culture occidentale*, Paris, 1969.

(14) ELIAS, T.O., *La nature du droit coutumier africain*, Paris, 1961.

restreint au seul domaine des rapports de droit privé intéressant la famille, le régime des terres et les obligations de pur droit ; c'est aussi le cas dans les colonies portugaises et britanniques. Au Congo «belge», le droit coutumier avait, cependant, gardé une importance considérable en matière de droit pénal.

Si le phénomène colonial présente, toutefois, une série de diversités dans ses modalités et ses manifestations pratiques, il demeure cependant un concept unique et total dans son principe fondamental par le fait que l'institution coloniale a affecté inégalement le continent et aussi parce que là où elle s'est manifestée, la colonisation a connu des formes de présence et des techniques d'organisation variables. Ces quelques références⁽¹⁵⁾ suffisent pour montrer quelques formes de cette dépersonnalisation.

Une base économique nouvelle et les conditions d'une civilisation étrangère ont conduit à une série de changements. D'abord, les droits africains cessent d'être essentiellement paysans parce qu'influencés par les nouvelles structures économiques et sociales. Ensuite, même les vieux droits paysans subissent des modifications sous l'influence des ses structures nouvelles. De plus, ce nouveau droit d'inspiration étrangère est axé sur l'individu en tant que fin suprême du droit, contrairement à l'esprit collectiviste qui dominait la vie sociale africaine d'autrefois. Bien qu'il ne s'agisse que de l'homme considéré dans ses rapports avec ses semblables, c'est l'homme seul qu'on cherche à atteindre à travers le groupe. L'individu est considéré, selon cette nouvelle conception, comme titulaire de droits naturels, inaliénables et sacrés. Il possède une zone d'autonomie dans laquelle le pouvoir public ne peut pas pénétrer. Une telle conception aurait été concevable si, contrairement à ce qui s'est passé en pratique, le colonisateur avait donné aux Africains sous sa domination, les droits civiques et politiques qui les sortiraient du pur et simple statut d'objets.

Aussi le droit africain cesse d'être religieux et devient laïc. Le temporel et le spirituel, le sacré et le profane deviennent, par le fait même, deux mondes distincts, bien que, dans la réalité, ils agissent l'un sur l'autre.

L'une des erreurs les plus graves commises par le colonisateur, c'est d'avoir détruit toutes les anciennes valeurs africaines sans les avoir remplacées par des valeurs nouvelles supérieures. Au lieu d'adapter le droit coutumier aux circonstances nouvelles, comme il aurait été nécessaire, l'administration coloniale a travaillé de manière à le figer, à le scléroser.

L'introduction d'une économie monétaire, la création d'un marché du travail, la diffusion de l'instruction, la facilité accrue des communications, la dévastation des mœurs de «noblesse» et même les religions importées ont remis en cause, dant toute la mesure où ces innovations ont pu pénétrer dans la société, des règles sur la valeur desquelles on ne s'était pas interrogé autrefois. Tous ces nouveaux facteurs ont constitué une doctrine qui a ébranlé les anciennes structures des droits africains⁽¹⁶⁾.

(15) ALLOT, A., *Essays in African Law*, London, 1960.

(16) Konrad, L., *Essays in African Law*, London, 1960.

L'originalité des droits africains et leur nature différente des droits coloniaux imposés font clairement ressortir l'erreur fondamentale de vouloir transposer des concepts étrangers à des systèmes ignorant la rigidité et le dogmatisme, où prédominent, au contraire, dynamisme et souplesse d'adaptation, où l'imbrication est étroite et profonde des différents domaines juridique, religieux, social et politique, et où les éléments se fondent dans un tout qui perd de sa réalité quand on tente de le diviser, même si cela est nécessaire à son étude et à sa compréhension.

A propos des travaux déjà réalisés en Afrique, R. Vierdier remarque que «rien n'est plus vivant que le droit africain dont la coutume est privée de sa langue, de ses formulations propres et de son contexte historique, que le droit y est réduit à sa définition positive qui en fait un code de règles obligatoires». Il a toujours été très difficile pour des chercheurs superficiels de saisir ce droit dont le centre est partout et la circonférence, nulle part⁽¹⁷⁾.

4. Développement en tant que désir de changement

Entre deux mondes, une hiérarchie ne pourrait s'établir que sur la base de critères issus d'une seule des cultures considérées, ce qui lui retirerait toute signification. Dire que l'Europe avait inventé le mot de développement n'est pas un jugement de valeur. En fait, il y aurait lieu même de se demander s'il est juste que l'«*homo faber*» domine l'«*homo sapiens*» ; les civilisations prométhéennes, en perdant la sagesse au profit du pouvoir, n'ont-ils pas laissé un vide au cœur de l'homme ? La vérité, pourtant, c'est que certaines cultures, sous l'effet des circonstances — notamment d'une modification des conditions de vie, de l'irruption de nouveaux modèles ou de techniques efficaces provenant d'un autre milieu — peuvent perdre la maîtrise de leur situation. Le grand problème de la colonisation, dit Jacques Berque, c'est d'avoir donné un sens nouveau aux choses anciennes.

Apparaissant comme vieille et sclérosée lorsqu'elle s'efforce de rester fidèle à elle-même, la culture africaine s'anémie et se désarticule quand, essayant de passer outre, les Hommes s'emparent des gestes de l'Occident. or, nous vivons un temps où la dignité des hommes, leur épanouissement passent par la possibilité de participer à l'histoire. Il n'y a plus d'îles protégées. Entre nations, la présence ou l'absence d'une technicité, d'un certain type de savoir et de savoir-faire créent un rapport de forces qui perpétue les dépendances et les humiliations. La conséquence, c'est que des normes nouvelles sont plus ou moins acceptées par tous, que les emprunts sont inévitables, même si l'attitude à leur égard est encore ambivalente. Dans ces conditions, le sous-développement apparaît comme un état de déséquilibre et d'inhibition, une sclérose des structures anciennes qui, en devenant refuge, deviennent aussi frein ; une inadaptation de la société à des outils nouveaux, un décalage entre les problèmes posés et les moyens de les résoudre, naturellement aggravé par l'héritage colonial, l'inégalité économique.

(17) RENOUVÉLÉ, *Changements de civilisations*, Paris, 1948.

Le développement ne peut donc pas être vu sous l'angle d'une simple croissance économique. Il n'a pas de sens en soi. Il n'est pas plus synonyme de richesse que le sous-développement ne le serait de pauvreté, même s'il arrive qu'il y ait coïncidence. Il ne peut pas, non plus, exprimer un résultat, un état, mais seulement un mouvement, une dynamique, une transformation en cours. La tâche essentielle, c'est de faire en sorte que les hommes se sentent de nouveau concernés, qu'ils reprennent le contrôle de leurs moyens d'expression et de leurs moyens de production. Certes, les problèmes économiques doivent être résolus et ne pourront l'être que dans le respect de certaines règles, mais pas dans n'importe quelle condition et pas d'une manière artificielle. Une certaine aisance apparente peut parfaitement coïncider avec un véritable sous-développement et une sobriété ; une austérité ne peut pas contredire un mouvement de développement. Une société ne peut rester aujourd'hui elle-même qu'en s'homologuant aux sociétés plus développées, c'est-à-dire en incorporant dans son système des contenus technologiquement plus avancés. Ce n'est donc pas seulement une question d'emprunter des outils, des connaissances, mais que ces outils et ces connaissances deviennent d'une utilisation normale et que cette normalité ramène avec elle la possibilité d'inventer de créer, de contester, de corriger et de changer.

Bien entendu, cela suppose de profondes transformations. Il ne faut pas se figurer que la société va pouvoir rester ce qu'elle était. Il faut la reconstruire. De nouveaux outils, de nouveaux buts, une nouvelle organisation du cadre de vie et du travail vont entraîner un bouleversement, obliger à la recherche d'une nouvelle éthique. mais ces modifications doivent pouvoir se faire dans la continuité, selon le dynamisme propre et la logique des groupes humains concernés. Même si la transformation est profonde, l'identité de la société et sa personnalité doivent être maintenues.

Dès lors, il serait faux d'imaginer que les sociétés africaines cherchent à redevenir ce qu'elles ont été. Il y a un dynamisme d'aspiration au progrès suscité par les contacts et les exemples, par le besoin de reprendre le contrôle de son existence qui, s'il est bien utilisé et s'il ne s'épuise pas dans d'inutiles résistances, est bien suffisant pour faire tout avancer. L'exemple des villes est probant à cet égard. En dépit de leur gigantisme malsain qui, souvent, compromet l'équilibre économique du pays, en dépit de tous les aspects négatifs que présente une relative sous-prolétarianisation, elles sont, en même temps que des marchés de travail, des milieux de recherche d'une culture nouvelle. C'est par elles que passe la frontière entre le passé et l'avenir⁽¹⁸⁾.

Entre l'Etat africain moderne et le développement, il existe donc un problème théorique de savoir si le droit doit être conçu comme instrument du premier au service du second, ou s'il doit être placé au-dessus de l'édifice politique, tel qu'il éduque l'Etat, donne un sens au développement et garantisse les particuliers contre

(18) MBAYA, E.R., «Rapport dialectique entre coopération économique et technique et identité culturelle». Communication au colloque international sur la Coopération entre l'Europe et l'Afrique, Bologne. 1987.

d'éventuels empiètements et garantisse les particuliers contre d'éventuels empiètements de l'Etat sur leurs droits. Selon Bipoun Woum, cette dernière conception, si elle est admise, reviendrait à transférer le sens du sacré reconnu à l'Africain, sur le droit⁽¹⁹⁾. Cette sacralisation de la norme juridique avait inspiré les juristes qui se sont réunis, en 1961, à Lagos, en vue de statuer sur la primauté du droit.

Mais, d'un autre côté, les sociétés africaines ne veulent et ne peuvent pas rester statiques. le développement conduit les sociétés africaines à de grandes transformations sur tous les plans. Il serait vain d'attendre que ces sociétés se réforment elles-mêmes, car les mutations nécessaires sont importantes. Dès lors, le pouvoir et les idéologies interviennent de plusieurs manières. Car, ils sont conçus comme des moyens de cette transformation.

Aussi le droit doit-il être présent dans ce rassemblement de moyens destinés à forger le développement. Car, le droit est considéré comme un instrument, parmi d'autres, destiné à imposer aux Africains des attitudes et des manières de faire nouvelles, de vivre, de penser et de se comporter. Le droit doit jouer ainsi le rôle d'innovation et de flexibilité.

or, de l'avis de la majorité d'Africains, les droits traditionnels sont considérés moins comme moteurs, mais plus comme freins au développement national.

Ainsi, la considération du développement conduit à mettre en question les droits traditionnels. Les Africains se trouvent désormais pris entre deux considérations contradictoires : d'une part, le respect des valeurs authentiquement africaines, qui doit conduire à honorer le passé africain ; et, d'autre part, les impératifs du développement qui incitent à faire table rase du passé. Et le dilemme devient à peu près : continuité et changement. Pour sortir de ce dilemme, il serait certes souhaitable de concilier le passé et l'avenir grâce à une synthèse harmonieuse de ce qu'il y a de valable dans le droit traditionnel et de règles issues des systèmes juridiques modernes. Le retour au passé ne doit pas être une simple façon de se redonner confiance. Il doit plutôt se présenter comme une démarche dynamique qui invite les Africains à se dépasser et à s'ouvrir aux possibilités du monde moderne. Autrement dit, les traditions africaines peuvent abhorrer la confrontation inhérente aux procédures judiciaires, mais, dans cette quête moderne du moyen le plus efficace d'assurer un développement basé sur le respect des droits de l'Homme par exemple, les Africains ont intérêt à prendre en considération la philosophie qui consiste à rejeter celles des traditions africaines devenues vétustes, de même que les conceptions étrangères sans lien avec le territoire ; ils ont intérêt à combiner ce qu'il y a de meilleur dans les deux systèmes pour satisfaire aux besoins de l'Afrique. Pour cela, il faut, d'abord et avant tout, savoir les techniques les plus appropriées pour réaliser la conciliation des considérations contradictoires.

(19) BIPOUN WOUM, J.M., *Le droit international africain*, Paris 1970, p.50.

5. L'avenir des droits africains

Le continent africain est en train de construire son avenir. Un avenir confronté à de graves défis qu'il faut relever au milieu de tant d'incertitudes préjudiciables à la promotion intégrale de l'homme.

Cet effort doit être encouragé par l'enrayement de l'injustice qui sévit actuellement en Afrique et dans les échanges économiques internationaux, et par le renforcement de la solidarité internationale surtout en faveur des plus démunis.

Dans cette entreprise comme dans bien d'autres, les sociétés africaines sont appelées à répondre à un défi majeur difficilement contournable : celui d'opérer une conciliation entre deux ordres d'exigences ne présentant entre elles qu'un degré limité de compatibilité. D'une part, l'entrée des sociétés en cause dans le concert international des Nations, largement dominé par les conceptions plus ou moins fidèlement inspirées des constitutions de ces Etats pour être à même d'engager avec ceux-ci, sur un pied d'égalité, un dialogue franc et efficace. D'autre part, les besoins de leur vie interne les obligent à élaborer des institutions de caractère authentiquement national et réellement représentatif, en pleine harmonie avec les structures mentales et sociales propres aux communautés qu'elles sont appelées à régir.

Cette observation signifie que les Etats qui retiennent notre attention ne pourront, dans la majorité des cas, mettre sur pied un édifice constitutionnel répondant exclusivement aux particularités de leur situation, sans se référer aux constitutions des Etats occidentaux pouvant leur servir de modèles. Mais elle signifie aussi, à l'inverse, qu'ils ne pourront emprunter purement et simplement les éléments fournis par ces constitutions et les transposer, sans aménagement préalable, aux réalités politiques à l'ordonnancement desquelles elles sont destinées. De toute évidence, des adaptations réciproques s'imposent.

Le vaste mouvement d'élaboration des constitutions écrites, qui s'est amorcé à la fin du XVIIIème siècle et qui s'est développé aux deux siècles suivants pour atteindre aujourd'hui une dimension planétaire, n'a pas complètement mis fin, dans tous les Etats, au rôle de la coutume en matière constitutionnelle. Assurément, les constitutions purement coutumières ont, à quelques exceptions près, disparu, la part de la coutume dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés politiques s'est considérablement réduite, le droit constitutionnel coutumier ne subsiste plus, dans bien des Etats, qu'à l'état de vestige ou de souvenir. L'orce est, cependant, de constater que ce droit garde, par contre, sa vigueur dans certaines régions du monde en particulier dans les régions qui, jusqu'à présent, ont été le moins touchées par le mouvement de la modernisation constitutionnelle. On peut donc dire que dans ces régions, la coutume continue à jouer un rôle important dans la vie politique et sociale.

sur les relations dont l'articulation forme la vie en société. Souples ou rigides, limités aux règles essentielles ou comportant des prescriptions plus ou moins détaillées, «autoritaires» dans leur réglementation de l'action des organes du pouvoir auxquels elles imposent des contraintes précises ou, au contraire, «libérales», simples scènes ou supports du jeu spontané des acteurs politiques, les constitutions n'épuisent jamais, tant s'en faut, la totalité de la réalité politique comme on peut le constater dans la pratique.

Généralement construites selon une architecture séparant, dans le sillage de la doctrine de Montesquieu, les trois pouvoirs — législatif, exécutif et judiciaire — reconnaissant au profit des citoyens des zones plus ou moins larges d'autonomie qui portent le nom de libertés publiques, les constitutions ont un champ d'application qui se trouve limité par leur finalité même. Leur fonction essentielle est, en effet, de définir les organes du pouvoir essentielle est, en effet, de définir les organes du pouvoir et de déterminer leurs domaines d'intervention en fixant les limites, ainsi qu'en établissant les règles du jeu⁽²⁰⁾.

La lutte pour l'indépendance a connu un succès certain dans la majorité des pays africains, mais l'indépendance réelle est encore hypothétique dans les circonstances actuelles où vit la majorité de ces jeunes Etats.

Si la question coloniale fut, au cours de toute l'histoire du capitalisme, surtout un problème économique, la décolonisation, elle, est surtout un problème politique et culturel.

Pour la colonisation, tout le problème culturel se trouvait ramené à celui de l'instruction fondée sur le principe de la supériorité de la nation (race) conquérante. Cette acculturation aliénante avait non seulement des répercussions d'ordre psychologique à l'intérieur de chaque individu, mais concernait globalement la société colonisée, au sein de laquelle elle créait un conflit, une situation de crise⁽²¹⁾.

Pour pouvoir cerner la réalité d'aussi près que possible, nous devons tenir compte des différents paliers du pluralisme africain, une pluralité africaine originelle qui repose sur un fonds commun. La question qui se pose aujourd'hui est de savoir comment le pluralisme originel va évoluer vers la coexistence de communautés différentes ou vers la prise de conscience de ce qui, par-delà les diversités et les particularités, constitue le fonds commun de leur attachement à l'«africanité». Mais il apparaît que ce pluralisme africain n'est ni une donnée statique ni une catégorie fixée de manière rigide et définitive. De nombreux facteurs favorisant et accélérant l'évolution tendent à substituer à la diversité multiple, une recherche de l'unité, une tendance vers la prise de conscience d'une communauté. Pour autant que nous puissions juger des événements historiques actuels, il semble bien que les peuples de l'Afrique s'orientent inéluctablement

(20) GOOSSENS, Ch., Préface à DJELO E.O., *L'Impact de la coutume sur l'exercice du pouvoir en Afrique noire*, op. cit., pp.7-20.

(21) MOUMOUNI, A., *L'éducation en Afrique*, Paris, 1964.

vers une forme économique et politique commune, malgré les barrières idéologiques, administratives et linguistiques. Ainsi, le mouvement de réhabilitation des cultures africaines ne se sépare jamais d'une perspective d'intégration et tend à substituer à la diversité multiple une recherche de l'unité, une prise de conscience d'une communauté de destin historique et culturel.

Sur le plan politique, il existe des Etats en Afrique, semblables par leur histoire et leurs structures, confrontés aux problèmes qui sont liés à une situation propre. A ces problèmes, ils tentent de trouver des solutions concertées : cette recherche, tout comme les relations auxquelles elle aboutit, donnent lieu à la formation d'une pratique, à l'établissement de règles et à l'énoncé de principes qui constituent bien un ensemble déterminé.

L'hypothèse d'un droit international africain tient à la croyance qu'il n'y a qu'un seul droit international, l'universel — l'universalisme hermétique en ce domaine, relevant moins du jugement de réalité que d'un acte de foi. En fait, le débat impliqué est celui du régionalisme dans l'organisation de la société internationale, des rapports entre le droit international et les règles de droit régional. Car, le débat a rapidement changé de degré : les leçons de l'histoire — notamment l'échec de la Société des Nations — et aussi, dans une moindre mesure, l'expérience régionale, ont mis tout le monde d'accord sur le caractère inévitable de l'organisation régionale. La question est seulement de savoir sur quelle base régionaliser : critères géographiques ou critères idéologiques ? Et comment sauvegarder, à travers la diversité, le caractère unitaire du droit international ?

D'un autre côté, une présentation d'ensemble du droit international africain supposerait non seulement un aperçu des rapports juridiques entre les Etats africains sous tous leurs aspects, y compris les questions de succession ou de reconnaissance d'Etats, mais également une véritable théorie du droit international africain.

Unis historiquement par les mêmes méfaits, marqués de mêmes insuffisances, préoccupés par les mêmes besoins, porteurs d'espérances identiques, les peuples africains ont une richesse potentielle énorme qui se caractérise par leur volonté d'unité qui élargira leurs capacités de création, leur autorité, leurs potentialités humaines⁽²²⁾.

Mais, si la théorie de l'unité africaine est généralement rattachée à certains noms des dirigeants africains, le thème ne relève pas de leur paternité, ni même de celle d'un penseur africain, puisque le panafricanisme a d'abord été pensé et élaboré de l'extérieur. Il reste vrai que, par la seule vertu du mot tout autant que par la manière de parler, les Africains eux-mêmes y ont cristallisé les problèmes de l'Afrique dans leur ensemble et ceux de la personnalité africaine en tant d'identité nationale.

(22) WAUTHIER, C., *L'Afrique des Africains*, Paris, 1964.

Dans les nouvelles relations avec la société, les responsables africains veulent «veiller à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de concertation et, d'une façon générale, contribuer à la promotion de la santé morale de la société»⁽²³⁾.

Ces dispositions semblent exprimer une volonté d'asseoir la lutte pour l'avènement du respect des droits de l'Homme et des Peuples sur des valeurs fondamentales de la culture africaine. L'inspiration culturelle commune n'a pas pour autant réussi à cacher les divergences d'approche qui font que la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples est, à l'évidence, le résultat d'un compromis entre les tenants de deux conceptions diamétralement opposées : ceux qui sont fidèles à l'inspiration purement occidentale de la prédominance de l'individu et ceux qui sont liés à la conception, dite collectiviste, des droits des peuples.

Avec tous les problèmes et contradictions — immenses mais non pas insurmontables — une dimension caractéristique de l'Afrique et sa contribution traditionnelle à l'idée des droits de l'Homme, est précisément celle de son humanisme.

Tout d'abord, l'humanisme africain ne morcelle pas l'individu pour détacher plusieurs de ses composantes afin de mettre en valeur l'aspect économique aux dépens de ses autres caractères : l'homme est une totalité. La révolution industrielle immorale des sociétés occidentales, qui a fondé son système sur une analyse purement économique, est totalement étrangère à l'humanisme africain. Incidemment, c'est un tel système de valeurs intégré et humaniste et non une moindre intelligence ou un manque des ressources qui est à la base du retard africain dans le progrès technologique du temps, avide de réussite économique et agité qui risque de changer l'homme pour ne considérer que l'homme économique, cherchent un équilibre en développant quelques-unes de leurs composantes, il n'en subsiste pas moins un problème de déséquilibre.

Historiquement, on admet que le fonds des droits africains est constitué par des règles non écrites. Comme le droit européen, l'Islam et le droit musulman ont pris naissance en dehors de l'Afrique. Ils se sont imposés progressivement en Afrique à la suite d'un long processus et comme conséquence de la conversion des Africains à la foi islamique.

Il est fort probable que la dislocation des sociétés africaines sous l'influence européenne a accéléré l'islamisation des pays de l'Afrique noire. Nous venons de voir comment les droits traditionnels ont été influencés par les transformations économiques et sociales, et comment ils ont résisté. La raison essentielle de cette situation, c'est que le droit moderne est surtout un droit de ceux qui ont subi l'influence d'une civilisation urbaine. Mais ces citoyens sont une minorité. La masse vit encore dans le cadre à peine modifié des croyances et des habitudes

(23) La Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples, Nairobi, 1981.

ancestrales. Ceci explique que les populations africaines soient encore attachées au droit traditionnel⁽²⁴⁾.

Conclusion

La modernisation des droits traditionnels ne peut se limiter à un simple constat de ce qui est. Elle suppose, en plus, la mise en œuvre de techniques qui varient selon le but envisagé. Il faut, entre autres choses, résoudre le problème de l'unification des droits traditionnels comme l'exigent les structures actuelles — du moins leurs tendances générales — des sociétés africaines. Quitte à prévoir, à l'intérieur des juridictions aux différents niveaux, des aménagements destinés à garantir une bonne application des règles traditionnelles. Autrement, on risque de se trouver devant la difficulté de l'évolution des droits traditionnels face aux juridictions non unifiées.

On a autrefois espéré qu'il se produirait, par le moyen de la jurisprudence, une fusion des droits modernes et des droits traditionnels, une sorte de droit commun. Même ce processus aurait l'inconvénient d'être très long et il n'est pas sûr que le résultat envisagé pourrait finalement être atteint. Cela supposerait que le juge adopte une attitude révolutionnaire et qu'il n'hésite pas à forcer l'évolution des droits traditionnels dans le sens des impératifs du développement. On peut douter que les juges africains, dont certains (notamment les anglophones) suivent la règle sacro-sainte du précédent juridique, soient à l'aise devant une tâche de ce genre⁽²⁵⁾. Cependant, la formation des juristes anglophones les prédispose à faire confiance aux tribunaux. Certains francophones se montrent également favorables à la «case law method».

L'intervention du législateur est susceptible de prendre des formes très diverses selon les groupements de sociétés.

Pour l'avenir des droits africains, trois méthodes de codification peuvent être proposées :

Une première méthode consisterait à donner aux règles du droit traditionnel une forme écrite ainsi qu'à leur reconnaître une valeur législative : codification nationale. Il faut tenir compte, à chaque fois, du terrain sur lequel on se trouve et des cas précédents. On peut, ensuite, introduire la codification locale, soit par l'intermédiaire d'institutions publiques modernes (autorités exécutives ou assemblées), soit par le moyen d'institutions traditionnelles. La codification locale est à mettre en œuvre dans les Etats de type fédéral en raison de l'autonomie législative reconnue aux Etats fédérés. Cependant, on constate que les constitutions ont parfois réservé les matières régies par les droits traditionnels aux autorités fédérales. C'est le cas au Cameroun⁽²⁶⁾. Au Congo-Kinshasa, le droit civil et le droit coutumier constituaient des matières communes à l'Etat

(24) SOHIER, A., *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo-Belge*, n° 17

(25) *The Future of Law in Africa*, cité par GONIDEK, P.F., in *Les droits africains*.

(26) Constitution de 1961, article 6.

fédérale primait les lois provinciales. Par contre, au Nigéria, les assemblées régionales possèdent le pouvoir de légiférer en matière de statut personnel. La loi-cadre avait prévu la codification des droits traditionnels par les autorités locales. Cette forme rencontrerait sans doute des difficultés aujourd'hui, vue la tendance de concentration de pouvoir dans les mains des organes centraux situés à la capitale.

L'intérêt de la codification est de conférer aux droits traditionnels une certitude qu'ils n'ont pas naturellement. En outre, il est possible, à l'occasion de la codification, d'introduire quelques modifications dans les droits existants.

Il faut citer, en troisième lieu, une autre codification qui consiste à créer un droit nouveau contenant des éléments de l'ancien droit traditionnel et du droit moderne. Appelée «synthèse harmonieuse», cette méthode est courante dans beaucoup d'Etats africains francophones. C'est pour le moins la tendance que présentent tous les Etats africains qui sont à cheval sur la fierté des valeurs ancestrales et les impératifs inévitables de développement.



Reflexions sur le rapport dialectique entre le droit et la société

Mimoun CHARQUI*

Le rapport dialectique entre la société et le droit pourrait être résumé de la façon suivante : là où il y a la société, il y a le droit et, inversement, là où il y a le droit il y a la société. Toutefois, dans le présent essai, nous ne nous en tiendrons pas seulement à ce rapport dialectique de «surface», ou apparent, mais nous essayerons, d'aller au delà de ce qui est apparent, aux yeux de chacun, pour mettre l'accent sur le rapport dialectique «profond», ou caché, entre le droit et la société.

Manifestement, grâce à «l'unité des contraires», il y a d'une façon générale une contradiction au sein de toute société et un rapport dialectique de cause à effet la société et le droit, voire une contradiction entre la société et son droit.

C'est parce que la société est l'objet de contradictions sociales, économiques, commerciales, politiques et autres, que se manifeste le besoin de la création de normes juridiques. La société, en raison même des contradictions qu'elle porte en elle, produit un droit qui en retour la régit.

En quoi consiste plus précisément ce rapport dialectique entre le droit et la société ? C'est ce que nous proposons d'aborder sous l'angle de la mise à nu des contradictions dans la dialectique entre le droit et la société, de quelques fonctions du droit et des conséquences de l'évolution de la société sur le droit.

1. La contradiction dans le rapport dialectique entre le droit et la société

Dans toute société figurent des rapports sociaux ou intersociaux, c'est à dire entre entités sociales distinctes. Ces rapports sociaux, par définition contradictoires, sont à l'origine d'un droit qui en retour les régit. C'est plus qu'il n'en faut pour s'interroger sur ce besoin du droit en société. La société ne peut elle se passer de droit ? pourquoi ? Ces interrogations nous conduisent aux contradictions sociales en tant que cause principale de la production du droit et à la contradiction entre le droit et la société.

1. Le droit est le produit des rapports sociaux.

Chaque norme juridique n'est que le produit d'un rapport social, ou intersocial. Ce rapport social, ou intersocial, peut être un rapport de force.

* directeur central adjoint au crédit Agricole

un rapport commercial, un rapport économique, un rapport politique, etc. La nature même du droit dépendra de la nature du rapport social à son origine, qu'il représentera fidèlement lors de la production de ce droit.

Ainsi, le contrat résultant du rapport intersocial entre un patron et son ouvrier, sera quant à sa nature même fonction du rapport social en faveur de l'une des parties. si le rapport social et économique est en faveur du patron, ce qui est généralement le cas, la norme juridique qui en découlera, à savoir le contrat de travail, sera en faveur du patron.

D'une façon générale, selon que le rapport social, ou intersocial, penche en faveur de l'une ou de l'autre des entités en présence, cela se reflétera très fidèlement sur la norme juridique, qui en sera le produit. A ses prémisses, le droit est, naturellement, à l'image de la société à son origine, ou plus exactement à l'image des rapports sociaux ou intersociaux dans la société à son origine. Toutefois, avec le temps, le droit ne demeure plus à l'image et ne répond plus aux besoins de la société qu'il régit.

Si, tel que ci dessus, le droit n'est que le produit de rapports sociaux, il convient de se demander pourquoi une telle assertion ? la raison en est que le besoin de la création du droit a son origine dans les contradictions sociales.

2. La création du droit à son origine dans les contradictions sociales

C'est du fait que tout rapport social, ou intersocial représente une contradiction que se manifeste le besoin de produire un «droit» qui consacrerait ce rapport social nouveau en un rapport juridique, qui dépasserait la contradiction préalable existant entre les entités en présence. Ainsi, lorsque deux Etats ont des rapports conflictuels entre eux, il y a là une contradiction. Lorsque, suite à la victoire de l'un d'entre eux, ils signent un traité de paix, ce traité apparaît comme le dépassement de la contradiction (conflit) entre les deux parties. Si ce n'était la contradiction existant entre les deux Etats, jamais ils n'auraient éprouvés le besoin de l'élaboration et de la signature de ce traité.

L'existence d'un droit est la meilleure des preuves de l'existence, fut-elle latente ou, selon les termes du professeur Chaumont⁽¹⁾, «mise entre parenthèse», d'une contradiction sociale.

3. La contradiction entre le droit et la société.

Il n'y a pas éternellement symbiose entre le droit et la société. La contradiction entre le droit et la société apparaît suite à l'évolution de cette dernière. Tant que ne se manifeste pas le besoin de la création d'un droit nouveau, la contradiction entre le droit et la société est latente. Tout droit qui consacrerait une contradiction alors que le rapport social à son origine aurait évolué est voué à l'échec, à court terme, par la critique, la remise en cause, la violation.

Cf. Charles CHAUMONT. Le secret de la beauté : Essai sur le pouvoir et les contradictions. éd. du Seuil, 1987.

II. De quelques fonctions du droit.

Les fonctions du droit sont diverses. Nous ne retiendrons ici que celles qui s'inscrivent le plus dans le rapport dialectique entre le droit et la société.

1. La fonction ambivalente du droit : représentation et occultation des rapports sociaux.

Tel qu'il ressort des développements ci-dessus, le droit représente les rapports sociaux à son origine. Ainsi, dans l'exemple du rapport social entre le patron et l'ouvrier, le contrat de travail représente le rapport social dont il est le produit. La mise à nu du rapport dialectique entre le droit et la société met à nu également ce qu'il y a au delà du droit, au delà de la simple façade juridique. Elle lève le voile notamment sur la fonction mystificatrice du droit, à savoir l'occultation de la réalité à son origine. Le rapport entre le patron et son ouvrier, de rapport social devient un rapport juridique. Le rapport social se trouve ainsi «légitimé», juridiquement, fut-il injuste, inéquitable ou inégal, etc.

Chaque fois que les rapports sociaux sont sujets à des contradictions entre parties inégales, le droit pouvant en résulter ne consacrerait un ordre et une paix intersociale que dans la forme. D'où la fonction mystificatrice du droit en tant qu'occultation des réalités qu'il représente. Si, *prima facie*, le droit peut paraître comme ce qui est «juste» ou «légitime», (c'est là la fonction idéologique du droit), lorsque la recherche est poussée plus loin, l'on perçoit au sein même de sa fonction idéologique, l'occultation et la mystification des réalités et rapports représentés. Le rapport dialectique entre le droit et la société n'est pas évident, à première vue, en raison de la fonction ambivalente de droit : représentation et occultation en même temps des rapports sociaux à son origine.

2. Dépassement et mise entre parenthèses des contradictions par le droit

Si le droit apparaît comme le dépassement d'une contradiction au sein de rapports sociaux, toujours est-il que, d'une façon générale, le nouveau rapport social régit par la nouvelle règle de droit ne sera pas sans contradiction. La création du droit ne suppose point l'absence de contradiction. Avec le nouveau rapport social et le droit qui le régit apparaît une nouvelle contradiction qui, pour supplanter la première, sera tout au plus mise entre parenthèse, momentanément, tant que le droit découlant de ce nouveau rapport social sera respecté.

III. Effets de l'évolution de la société sur le droit.

1. Le dépassement du droit

Dès lors que la société a évolué, le droit qui y correspond est dépassé. Le droit ne peut assurer indéfiniment l'existence de la société lui ayant donné naissance ; car la société sous l'emprise des différentes forces sociales, économiques, politiques et autres, évolue. Une société ayant indiscutablement évolué ne saurait se parer ni s'accommoder toujours d'un droit ancien ou archaïque, dépassé et répondant à des réalités faisant partie du passé. Ce droit

assurément ne répondrait plus aux besoins et réalités du moment.

La science, la technologie, les mœurs, la culture, l'idéologie etc, sont également autant de facteurs de changement de la société et qui par conséquent peuvent aboutir à un dépassement de facto du droit.

Il peut être intéressant de rappeler ici l'exemple fort significatif qu'est celui de l'évolution du droit musulman, la charia, dans les sociétés dites musulmanes. Le droit musulman qui à l'origine régissait l'ensemble des rapports en société, qu'ils fussent privés, publics, internes ou internationaux ne régit plus, de nos jours, d'une façon générale, dans les Etats se réclamant de l'Islam, que le statut personnel et successoral voire un certain régime foncier des terres non immatriculées. Et encore faut il préciser que ce même statut personnel et successoral a subi dans ces pays des réformes diverses par rapport au droit musulman classique.

Le dépassement du droit positif, suite à l'évolution de la société, se manifeste par la remise en cause de ce droit et le besoin d'un droit à venir.

2. Critique, remise en cause et violation du droit.

Dés lors qu'il y aura critique, remise en cause voire violation répétée du droit, la société qui lui a donné naissance a tout intérêt à le revoir et à le réadapter en fonction des rapports sociaux du moment. Il va de soi que la violation dont nous parlons ici n'est pas un fait isolé ou ponctuel d'un ou de plusieurs individus, mais plutôt un fait de société.

La remise en cause voire la violation du droit officiel ne devrait pas être le fait de l'Etat ou de ses représentants, tel que c'est le cas dans certains pays du tiers monde. Dans une démocratie, l'Etat se doit d'avoir son leitmotiv la recherche de la paix sociale. Aussi, doit-il être à l'écoute de l'accord entre la société et son droit et ne pas hésiter à revoir et adapter le droit, voire le changer, ou le compléter, chaque fois que nécessaire.

Pour préserver l'ordre social et la paix, la société à travers l'Etat à tout intérêt à ce que le laps de temps de la contradiction entre la société et son droit soit réduit le plus possible.

Lorsque la critique, la remise en cause, voire la violation du droit se répète, c'est que ce droit n'est plus en mesure de garder entre parenthèses et régir la contraction à son origine. Notions que la remise en cause du droit vise également ipso facto, par la même, la société et les rapports sociaux à son origine. Ainsi, même que le droit n'est pas remis en cause, c'est à dire qu'il répond bien aux rapports sociaux à son origine et que la contradiction est latente.

La remise en cause du droit n'est pas synonyme de la violation du moment. Leur distinction est très subtile. Elle réside dans le fait que la violation est un fait qui se produit dans le temps et dans l'espace. Elle est une violation de la norme juridique existante. La remise en cause et la violation sont deux notions qui s'adaptent à des situations différentes. La violation réprime et sanctionne le fait de ne pas respecter la norme juridique existante. La remise en cause est une notion qui vise à adapter le droit à la réalité sociale.

contradictions et pour maintenir ces dernières entre parenthèses, ou, en d'autres termes, pour avoir la paix sociale, économique, commerciale, politique etc., les sociétés à travers leurs appareils d'Etat, se doivent de revoir leurs droits respectifs et les adapter en fonction de la nature des rapports sociaux ou intersociaux du moment.

3. Le besoin d'un droit nouveau

Le besoin, pouvant être senti par société, de la production d'un nouveau droit peut avoir pour raison la remise en cause et la violation du droit positif, voire, dans une toute autre hypothèse, les lacunes ou vides juridiques qui résultent de l'évolution de la société. En effet, il arrive que le droit positif ne réponde plus aux besoins du stade de l'évolution de la société, (évolution scientifique, technologique, etc.). Dans ce cas, pour éviter les blocages, la société devra produire des règles juridiques nouvelles pour combler ces lacunes. Notons également que la société a tout intérêt à suivre de près les évolutions possibles, en son sein, et leurs répercussions sur le droit ou sur l'absence de droit. Le droit ne devrait point stagner face à l'évolution de la société sinon ce serait maintenir artificiellement un droit qui ne correspondrait plus aux réalités et aux besoins du moment, avec toutes les conséquences que cela peut impliquer.



PUBLICITE FONCIERE. SYSTEMES FRANÇAIS, ALLEMAND ET MAROCAIN

Ulrich SPELLENBERG*

I. Les aspects économiques

I. Généralement, les opérations immobilières ont une importance particulière, surtout pour l'acheteur d'un terrain mais aussi pour le vendeur. Très souvent, les acheteurs font des investissements sur les terrains achetés en construisant une maison ou une usine, ou les agriculteurs les mettent en valeur pour une exploitation agricole. L'acheteur a donc le plus grand intérêt de la stabilité de son acquisition. Il est vrai, que s'il était obligé de restituer le terrain il aurait droit au remboursement, mais le risque d'insolvabilité de son vendeur lui incomberait. Et surtout, il n'est pas toujours sûr qu'il aurait droit à un dédommagement ou une compensation de ses investissements dans le terrain.

En principe, il y a des risques de deux sortes pour l'acheteur : Il se peut que son contrat est atteint de quelques vices (cachés) qui le rendent nul ou annulable de manière qu'il est obligé de restituer le terrain au vendeur. Bien évidemment, le même risque courrait chaque acheteur, mais on pose la question d'une protection spécial des acheteurs à cause de l'importance particulière des transactions foncières.

Le deuxième danger est que se révèle plus tard que le vendeur n'était pas le propriétaire et que le vrai ayant-droit réclame sa propriété, en faisant valoir le principe que nul ne peut transférer un droit qu'il n'a pas.

Bien évidemment, l'acheteur qui devait restituer le terrain au tiers à cause du meilleur droit de celui-ci aurait normalement droit au remboursement contre son vendeur au moins pour le prix payé et éventuellement aussi pour les investissements qu'il a effectués. Mais même si l'acheteur avait ce droit de remboursement ou d'indemnisation contre son vendeur, il n'est pas garanti que celui-ci peut payer. L'acheteur court ici un risque plus grand parce que le vendeur, débiteur du remboursement, et le tiers propriétaire du terrain ne sont pas identiques de façon que l'acheteur ne peut pas retenir le terrain jusqu'au remboursement par son auteur.

Au fond, la situation d'un créancier hypothécaire est pareille. Bien évidemment, ils ont, dans tous les cas, droit au remboursement de leur crédit, mais si la nantissement n'est pas valable ou si le débiteur n'était pas le propriétaire du terrain hypothéqué, leur prêt se trouve ainsi dépourvu de la sécurité qui très souvent était une condition essentielle de l'octroi du prêt.

(*) Professeur à la faculté de Droit Université de Bayreuth, Allemagne.

Après avoir constaté que les lois de 1808 et de 1817 n'avaient eu qu'un effet très insuffisant sur la situation du crédit foncier, les législateurs de 1825 firent passer le régime de la propriété foncière sous le régime de la publicité foncière, c'est-à-dire de la transcription des actes de propriété foncière. Dès le 19^e siècle donc, dans les systèmes de publicité foncière établis dans les différents États de l'Europe, on trouve le principe de la publicité foncière, c'est-à-dire la mesure de la sûreté des créanciers hypothécaires, des propriétaires fonciers et de la répartition des risques immobiliers. Les propriétaires fonciers ont pu de sorte juridique à l'égard des créanciers hypothécaires être sûrs dans leur fonction de prêteur, prêt d'argent, prêt immobilier, prêt à court terme. C'est évidemment les crédits hypothécaires, c'est-à-dire, habituellement les moins coûteux.

La situation de la vente est pareille. Un propriétaire désireux de vendre aurait des difficultés de trouver un acheteur ou un bon prix si ce dernier devait craindre la perte de son droit. Ainsi l'insécurité des acheteurs aurait des répercussions néfastes aux propriétaires désireux d'échanger leurs terres contre de l'argent. Pour ceux qui souhaitent construire une maison ou une usine etc. il est de la plus grande importance de pouvoir être sûr de leur acquisition du terrain pour ne pas perdre outre le prix payé, les investissements.

Juste aujourd'hui, nous avons un excellent exemple de ces rapports dans l'ancienne R.D.A. où les problèmes de la propriété foncière sont parmi les plus grands obstacles de la réorganisation de l'industrie et l'économie. Le développement économique est — aujourd'hui — nécessairement pour une bonne partie financé par crédit et la terre est par sa nature même toujours le gage le plus sûr et le plus apprécié par les créanciers. Aussi faut-il que les investisseurs puissent s'installer d'une façon stable ou encore — autre situation — puissent se pourvoir de l'argent en vendant des terrains dont ils n'ont plus besoin.

Les économistes ne peuvent pas, évidemment, chiffrer les pertes globales économiques causées par une certaine insécurité du marché immobilier mais ils sont unanimes qu'elle est un des plus forts frein pour le développement économique. Si les capitaux ne cherchent pas un emploi dans d'autres marchés, au moins les investisseurs préféreraient-ils le commerce à la production, la petite industrie à la grosse et généralement les investissements à amortissement rapide. En fin de compte les consommateurs paieront le prix des risques des investisseurs qui demanderont en échange un rendement plus élevé, donc un prix plus haut pour leurs produits. Avec la liberté du marché mondial s'est développé dans la même mesure une concurrence des économies nationales pour les investissements.

On dit souvent que le besoin d'une publicité foncière ou de la protection des acheteurs des terres et des créanciers hypothécaires ne se faisait sentir que depuis l'époque d'industrialisation, ça veut dire depuis le siècle dernier. Il est vrai que la législation se développait fortement depuis le milieu du 19^e siècle, mais on en trouve déjà avant et dans la révolution française. Et il paraît que le problèmes se pose aussi, certainement à un moindre degré à cause d'une moindre

demande de capitaux, dans une économie agraire dès le moment où il y a un certain nombre des transactions foncières et cela se produit plus ou moins dès le moment où l'économie a quitté le stade de l'économie de subsistance pour une culture de rente, comme on l'observe p.e. aussi au Maroc depuis longtemps.⁽¹⁾ Les fermiers aussi veulent vendre et acheter des terres et demandent des crédits.

2. Les systèmes français, allemand et marocain — pour les terrains immatriculés —, représentent les trois principales méthodes en droit comparé d'assurer une plus grande sécurité et stabilité des marchés immobiliers. Et il est intéressant à voir que malgré une situation économique et sociale tout à fait comparable, le droit allemand et français utilisent des techniques fortement différentes et arrivent à des résultats distincts.

Nous distinguons, comme je viens de dire, la situation d'inéfficacité de contrat de vente d'un côté, et d'autre côté l'hypothèse de l'aliénation de la chose d'autrui. La dernière se présente sous deux formes :

1. (Double vente) : A vend son terrain à B et ensuite encore une fois à C. Puisque déjà la première transaction privait A de sa propriété, C ne pouvait pas acquérir de A — pourvu qu'il n'y a pas une réglementation spéciale.

2. (Vente de terre d'autrui) : a) A, se prétendant propriétaire, vend «son» terrain à B. X, le vrai propriétaire, revendique le terrain de B.

b) A a vendu son terrain à B. B, de son côté, le vend à C. Plus tard il se trouve que le transfert de A à B était inefficace pour une raison ou autre.

Malgré le fait que dans toutes les trois situations, le terrain vendu n'appartient pas au vendeur, le système français de publicité foncière ne protège les acquéreurs que dans la première situation.

II. Le droit français

1. Certainement, le droit français aussi s'efforce d'organiser un système d'information de la situation juridique des terrains, mais en ce qui concerne la protection contre les erreurs sur ces situations il est le plus réticent des trois systèmes et reste plus fidèle aux règles que le consensus seul puisse opérer le transfert de propriété et que nul ne peut donner ce qui ne lui appartient pas.

Il est vrai qu'il ne faut pas regarder seulement la réglementation de la publicité foncière parce qu'elle pourrait être complétée par la théorie de l'apparence. Mais le droit français exige en matière immobilière des conditions très strictes, ça veut dire une erreur invincible.⁽²⁾

L'acquéreur d'un droit immobilier doit donc s'entourer de toutes les précautions possibles et vérifier le droit de son partenaire et il n'est protégé que si toutes ces mesures ont été inefficaces parce que la situation véritable n'était pas perceptible.

(1) Comp. p.e. El Khayari, Rev. jur. pol. et econ. de Maroc 1985, cah. 18, p. 129 et ss.

(2) Mazeaud-Chabas, Leçons de droit civil, t.2, vol. 2, n° 1404.

Dans la grande majorité des cas l'acquéreur du non-proprétaire même en présence de bonne foi n'acquiert que par l'usucaption décennale ou bi-décennale. On utilise l'argument que l'on ne saurait pas rendre «inutile les dispositions mûrement délibérées consacrées à cette institution par les rédacteurs du code civil»⁽³⁾ et que le titre publié par le vendeur ne saurait, à lui seul, créer l'apparence de propriété et une erreur commune parce que, dans la législation française, la publication n'est nullement constitutive de droit mais seulement confortative.⁽⁴⁾ On constate donc que la protection du marché immobilier et des acquéreurs est sauf quelques situations exceptionnelles remise à la publicité foncière seule.

Cependant, le but de ces dispositions est relativement limité à ce que les intéressés puissent se renseigner sur la situation juridique véritable du terrain concerné. Pour cela, les actes de disposition doivent être publiés par enregistrement auprès du conservateur des hypothèques.

2. La notion fondamentale et le mot clef est l'inopposabilité aux tiers des actes non-publiés. L'acheteur ou le créancier hypothécaire acquièrent le droit respectif mais ils ne le peuvent pas faire valoir contre un autre acquéreur du même auteur s'ils ne l'ont pas publié antérieurement. On dirait que faute de publication ces droits perdent leur caractère d'efficacité contre tout le monde, mais les actes translatifs ou de nantissement restent quand même valables entre les parties. La publication en droit français n'est pas une condition de leur validité. D'une part, le transfert se réalise entre les parties solo consensu en dehors de toute publication. D'autre part la publication ne purge pas les vices dont l'acte publié peut se trouver atteint.

La publication n'a pour but que de permettre au public de s'informer sur la vraie situation juridique. La publication d'un acte nul est sans effet parce qu'il reste inopposable par ce fait même, et on ne peut pas faire valoir ce qui n'existe pas.

En revanche, la publicité foncière étant créée à faciliter l'information des droits existant, il est logique que les tiers ne sont pas tenus de respecter des droits réels qu'ils ne pouvaient pas reconnaître dans le registre. Ainsi, un deuxième acheteur aura la préférence au premier si celui-ci n'avait pas fait publier son droit et sous la condition que le deuxième avait publié (le premier) de son côté. Il ne saurait s'autoriser du silence du registre si, lui aussi, ne se conformait pas au devoir de publication.

La jurisprudence française déroge à ce principe cependant si le deuxième acheteur a procédé à une publication frauduleuse, et en étendant ce principe de plus en plus elle n'exige plus un concert frauduleux contre vendeur et second acquéreur, mais a retenu la seule fraude du second acquéreur, voire la mauvaise foi caractérisée pour se contenter enfin de la simple connaissance de l'aliénation

(3) Mazeaud-Chabas loc.cit.

(4) Leroux, Rev. trim. dr. civ. 1974, p.554, n°. 89.

antérieure.⁽⁵⁾ Dans ce point — et seulement — la jurisprudence française arrive au même résultat que le droit allemand où aussi la connaissance de la situation juridique véritable détruit la bonne foi dans le registre.

Cependant, force est de constater que la construction juridique est bien différente : En droit français il s'agit d'un abus de droit et on reproche au deuxième acquéreur une faute d'avoir acquis au mépris de la première aliénation en toute connaissance de la situation pendant qu'en droit allemand une condition de la bonne foi manque, nécessaire pour acquérir du non-proprétaire.

A part de cette situation où le tiers est autorisé de ne pas connaître une disposition antérieure du même auteur, le droit français ne protège pas les acquéreurs même de bonne foi dans les autres situations sus-mentionnées où quelqu'un vend ou donne en gage un terrain qui ne lui appartient pas. L'effet purement documentatif, comme on dit, se révèle dans ce que l'acquéreur ne saurait pas se confier à une propriété apparente de son auteur inscrit dans le registre. En abrégé, on dirait que l'on peut mettre sa confiance dans le silence du registre, mais non en ce qu'il dit.

L'observateur allemand se demanderait pourquoi il serait juste que celui soit protégé qui acquiert de quelqu'un qui n'est plus titulaire du droit concerné à cause d'une aliénation antérieure au contraire de celui qui traite avec quelqu'un qui ne l'est pas pour une autre raison, même si la propriété de celui-ci se trouve corroborée par l'enregistrement.

Il me paraît, que cette différenciation étonnante suit du point de départ de la réglementation française et de la notion d'opposabilité : C'est l'acheteur ou hypothécaire qui aura tout l'intérêt de renforcer son droit nouveau et de la protéger contre des concurrents éventuels. Mais quand on tient son droit d'un auteur qui n'était jamais propriétaire il n'y avait rien à acquérir et conformément rien à renforcer et protéger. Le droit français voit le problème de la publicité foncière uniquement sous l'angle de la concurrence des deux acquéreurs du même auteur. On dirait même, qu'il vise avant tout le pouvoir de l'acquéreur qui doit y veiller qu'il acquiert de plein droit et cela n'est qu'une conséquence de sa propre défaillance qu'un deuxième acquéreur puisse lui précéder. Dans cette perspective de la préférence de celui qui va publié le premier, la protection de la bonne foi d'un deuxième acquéreur ignorent l'aliénation antérieure n'est qu'un réflexe de la réglementation de concurrence, et l'aspect de bonne foi n'est pas entré que par une jurisprudence bien contestée⁽⁶⁾ et sous le point de vue de l'abus de droit. Pour assurer une meilleure clarté des droits fonciers, le droit français essaye de mobiliser l'intérêt des acquéreurs⁽⁷⁾.

(5) Cass. civ. 22.3.1968 D. 1968. 412 note J. Mazeaud ; Cass. civ. 3., 20.3.1979 Bull. n° 71 = D. 1979.IR.396.

(6) Marty-Raynaud-Jastaz, Droit civil, t. 3, Sûretés n° 767.

(7) Que le résultat n'est pas entièrement satisfaisant est montré par ce que la non-publication est sanctionnée par une amende (art. 33 al. 4 décret du 4.1.1955).

Le vendeur n'est pas tenu de publier son droit réel sur le terrain qu'il vend. Il est tenu seulement de publier son droit réel sur le terrain qu'il vend sous cette réserve que son droit réel est susceptible de publication. Si le droit réel est susceptible de publication, le vendeur est tenu de publier son droit réel sur le terrain qu'il vend. Si le droit réel n'est pas susceptible de publication, le vendeur n'est pas tenu de publier son droit réel sur le terrain qu'il vend. Si le droit réel est susceptible de publication, le vendeur est tenu de publier son droit réel sur le terrain qu'il vend. Si le droit réel n'est pas susceptible de publication, le vendeur n'est pas tenu de publier son droit réel sur le terrain qu'il vend. Si le droit réel est susceptible de publication, le vendeur est tenu de publier son droit réel sur le terrain qu'il vend. Si le droit réel n'est pas susceptible de publication, le vendeur n'est pas tenu de publier son droit réel sur le terrain qu'il vend.

L'acheteur ne le créancier hypothécaire de venir publier le titre de leur auteur n'étaient si celui-ci avait publié, et s'ils se manifestent d'état leur risque. Si, par exemple, le vendeur n'était pas le vrai propriétaire, ce dernier peut réclamer son terrain de l'acheteur jusqu'à l'accomplissement de la prescription acquisitive.

Sont qualifiées des tiers auxquels un droit non public ne saurait pas être opposé tous ceux qui ont de leur côté un droit successible de publication. Ainsi surtout les créanciers chirographaires ne peuvent pas faire valoir le défaut de publication des hypothèques. Mais leur position est moins faible que l'on ne le pense parce qu'ils peuvent se prévaloir du défaut de publication entre autre en cas de non-paiement de la dette. Ils sont donc protégés dans les situations critiques pourvu que les créanciers hypothécaires n'avaient pas publié jusqu'à l'ouverture de la procédure.

Les droits à publier sont essentiellement les droits réels portant sur le terrain, mais le droit français inclue aussi le bail de plus de douze ans. Cela est justifié parce que ce bail donne un droit à la possession qui par sa durée égale économiquement tout à fait d'autres droits réels proprement dit.

III. Droit allemand

1. Le droit allemand de la publicité foncière poursuit un but tout à fait différent, celui de la protection des acquéreurs de bonne foi. Le livre foncier étant créé pour qu'on puisse s'informer de la situation juridique d'un immeuble, il paraissait logique au législateur que l'on pourrait croire en ce qui est inscrit dans le registre et que la bonne foi serait protégée si le livre foncier était faux.

Et cela est possible parce que l'inscription n'opère pas seul le transfert de la propriété ou la constitution d'hypothèque. Cela fait par un contrat entre les parties et l'inscription dans le livre foncier ensemble. Si nous disons que l'inscription est constitutive cela veut dire qu'elle est nécessaire, mais pas suffisante.⁽⁸⁾ Il se peut donc qu'un contrat nul ou annulé est inscrit et la conséquence en est que le livre est faux en mentionnant un transfert de propriété ou une cession d'hypothèque ou une constitution d'un droit réel. Dans ces hypothèses l'inscription d'un droit emporte présomption de son existence en

(8) Dans ce point le système allemand se distingue essentiellement du système australien où, en principe, l'inscription seul après le transfert du droit.

faveur de son titulaire inscrit et la radiation éronneuse d'un droit emporte présomption de son inexistence.

Les situations de contradiction entre le livre et la réalité juridique sont pourtant limitées par une particularité du droit allemand, dite «le principe de l'abstraction», à savoir la séparation du contrat de vente ou de crédit du transfert de la propriété promis ou de la constitution de l'hypothèque. le contrat de vente resp. du prêt ne comprend que l'obligation de transférer le droit ou de constituer l'hypothèque et il faut un acte juridique propre, un contrat particulier d'exécution. L'idée en est d'arriver à une plus grande stabilité de la situation des terres : En séparant le transfert de la propriété du contrat purement obligatoire de vente, le transfert de la propriété devient indépendant des vices éventuels du contrat de vente qui sont beaucoup plus probables que dans les contrats réels plus simples ne contenant en principe que les déclarations des partenaires de donner et d'accepter la propriété ou l'hypothèque.

Mais essentiellement les effets de cette séparation des contrats ne se produisent que pour les sous-acquéreurs : En supposant l'hypothèse d'un contrat de vente nul et un transfert de propriété valable et enregistré, l'acheteur sera obligé de recéder la propriété pour enrichissement sans cause.⁽⁹⁾ Mais si entretemps un troisième avait acquis la propriété ou une hypothèque sur le terrain, il aurait acquis d'un propriétaire véritable et son droit serait donc inattaquable. le principe d'abstraction des deux contrats protégera donc beaucoup moins les partenaires de la transaction que les tiers sous-acquéreurs.⁽¹⁰⁾

Les possibilités d'inexactitude du livre foncier sont encore plus limitées parce que les contrats de transfert ou de constitution d'un droit foncier doivent être passés devant un notaire qui veillera à ce qu'ils ne soient pas atteints des vices.

Mais la concordance est surtout assurée par ce que le transfert ou la constitution d'un droit foncier exigent toujours l'enregistrement. Ainsi, il n'y a pas de mutation de droit au dehors du livre foncier à l'exception de la transmission héréditaire. Et cette situation n'est pas dangereuse parce que le de-cujus ne peut plus disposer et d'autres ne sont pas inscrits. Peut donc disposer de son terrain le véritable héritier seulement.

2. Le principe du livre foncier allemand est que même les fausses inscriptions dans le livre foncier sont tenues pour vraies au profit des tous les acquéreurs de bonne foi. La bonne foi est présumée et la présomption n'est réfutée que par

(9) Sauf quelques situations particulières, dont celle de la faillite de l'acheteur, la position du vendeur n'est économiquement pas très différente de celle d'une inefficacité du transfert de la propriété même et son droit de revendication en conforme.

(10) Sur le plan du politique judiciaire, le principe d'abstraction est depuis longtemps très critiqué, et on peut se référer à ce que la plupart des autres droits du monde sont évidemment bien contents sans son adoption, mais la doctrine allemande dominante est convaincue que les avantages prévalents et même si les autres systèmes juridiques arrivent à des résultats pratiques pareilles, le droit allemand y arrive plus facilement et directement (comp. p.e. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, t. 2 (2ème éd. 1975)§12 III 3 ; contra Kegel, Mélanges F.A. Mann (1977), p. 37 et ss.).

la preuve de leur connaissance de l'inexactitude du livre foncier. Cette règle joue dans la situation de la vente d'un terrain d'autrui. Ainsi, ils peuvent recevoir la propriété ou une hypothèque ou un autre droit réel d'un non-proprétaire faussement inscrit comme tel dans le registre, et pareillement on peut se faire céder une hypothèque d'un non-créancier faussement inscrit. Inversement, la bonne foi est protégée si on acquiert la propriété d'un terrain hypothéqué où l'hypothèque était faussement radiée. Autrement dit, on peut dire dans l'existence des droits inscrits comme dans l'inexistence des droits non-inscrits.

Il est évident et inévitable que celui qui acquiert par exemple la propriété du non-proprétaire grâce à sa bonne foi le fait au dépit du vrai propriétaire qui perd son droit. Mais il faut nécessairement choisir : Ou on protège le vrai propriétaire ou les acheteurs de bonne foi, à savoir le marché immobilier. Le législateur du code civil allemand croyait bon de préférer l'intérêt public aux intérêts individuels. Et il pouvait décider ainsi parce que le livre foncier est rarement faux. Dans une partie des situations même les vrais propriétaires sont plus ou moins responsables de l'inexactitude du livre foncier, mais cela n'est nullement une condition de la protection des acquéreurs de bonne foi.

Bien évidemment, le vrai propriétaire ayant perdu son droit au profit d'un acquéreur de bonne foi a droit que le vendeur non-proprétaire lui cède le prix. Il est pourtant son risque si le vendeur ne peut plus payer. L'Etat n'engage sa responsabilité qu'en présence d'une négligence des fonctionnaires du livre foncier.

A-t-il donc protection de la bonne foi en cas de transfert ou de nantissement d'un terrain par le non-proprétaire, la situation de la double vente par le même propriétaire trouve sa solution par le principe d'abstraction et l'effet constitutive de l'inscription. Parce que le contrat de vente seul n'opère pas le transfert de la propriété et crée seulement l'obligation à livrer, le vendeur peut toujours vendre une deuxième fois. Evidemment, il ne doit pas le faire, mais il peut s'obliger deux fois sans, bien évidemment, avoir la possibilité d'exécuter ses deux obligations. Il doit donc dédommager l'autre acheteur et en principe il peut choisir à qui il veut transmettre la propriété.

Pourtant chaque acheteur peut se protéger contre cette éventualité d'une deuxième vente avec transfert de propriété par une prénotation. Il lui faut pour cela ou l'accord de son vendeur qui d'ailleurs se rendra très suspect en refusant cet accord qui couramment est donné déjà dans le contrat de vente ou par une ordonnance (sur référé). la prénotation n'opère pas une mutation de droit mais si entretemps un autre acquéreur était inscrit avant que le premier acheteur recevait un jugement ou arrivait d'une autre façon à passer le contrat de transmission avec le vendeur, l'enregistrement de l'autre acquéreur devient inefficace à l'égard du prénoté. Son droit aura le rang selon la date de la prénotation. Ainsi les effets désavantageux qui auraient autrement la séparation du contrat de vente du contrat réel de transmission sont évités.

3. Chaque système qui protège la confiance dans ses inscriptions ne peut fonctionner sans que le livre foncier soit tenu avec la plus grande méticulosité.

Le moment où il y aurait des erreurs ou même des fraudes dans un nombre plus que minimal, le système cesserait de fonctionner. Le même serait le cas si la procédure d'inscription durait trop longtemps de façon que le livre foncier ne représente plus l'état actuel des droits.

De tels détruiront la confiance dans le livre foncier, engageront une responsabilité de l'Etat énorme et causeront d'indéterminables querelles juridiques, ça veut dire l'insécurité du marché que le système de réISTRATION devrait éviter. Le livre foncier allemand est géré par un juge au tribunal d'instance. Il est tenu par fiches parcellaires parce qu'une publicité réelle seule peut assurer une information complète et sûre. Le livre est basé sur un cadastre assez perfectionné.

Tous les actes translatifs ou constitutifs de droit, tous les consentements éventuels nécessaires et les preuves doivent être soumis au juge en forme authentique. Et celui qui dispose doit être inscrit préalablement.

Le juge procédera à l'inscription strictement dans l'ordre chronologique des demandes et le rang des hypothèques etc. est déterminé par l'ordre de l'inscription.

En cas de transfert de propriété le juge contrôlera sur le dossier la validité du contrat réel. Mais dans tous les autres cas à savoir surtout la constitution des hypothèques et droits réels, il lui suffit l'autorisation authentifiée de l'inscription par le propriétaire. Il est vrai que par cette absence de contrôle de l'efficacité des contrats de nantissement il arrive plus souvent qu'une hypothèque inscrite n'existe pas en vérité. Mais l'expérience montre que cela ne cause pas trop d'inconvénients.

Celui qui est lésé dans ces droits par une fausse inscription peut demander de celui qui en profite le consentement à une rectification du livre foncier. Entretemps et pour protéger ses droits il peut demander l'inscription d'un contradict sur ordonnance de référé. Dans des situations spéciales seulement le juge du livre foncier procède à l'inscription d'un contradict de sa propre invitation, mais jamais il ne rectifiera le livre lui-même. Le contradict détruit la bonne foi des acquéreurs éventuels.

IV. Droit marocain

1. Le droit marocain s'est fortement inspiré de la loi Torrens (Torrens Act) de l'Australie du Sud de l'année 1859, qui a connu un bon succès dans le monde. Pourtant l'association du système marocain à cette famille de droit exige quelques qualifications à cause de modifications importantes d'ailleurs indirectement venues du droit allemand.⁽¹¹⁾

Le Torrens Act faisait le dernier pas en statuant que le transfert ou la constitution des droits se feront par l'inscription seule. Les mutations des droits

(11) Roche, Rev. mar. de droit 16 (1964) p. 97 et ss.

immobiliers devenaient ainsi, en principe, indépendantes de la validité des contrats passés entre les parties.

Evidemment, le juge du livre foncier ne procédera pas à l'inscription sans un contrat valable et, encore, à cause de cette efficacité définitive de l'inscription il doit contrôler d'office la validité des contrats et actes juridiques à enregistrer. Mais l'inscription une fois achevée, personne ne peut plus, en principe, invoquer des vices de ces actes juridiques.

Ainsi une discrépance entre le livre foncier et la situation juridique véritable serait exclue. Contrairement au droit allemand, cela vaut aussi entre les parties de la transaction concernée : l'inscription la purge de tous les vices éventuels. Pour les cas d'erreurs, si donc une partie perd son droit justification, des fonds d'indemnisation étaient créés en Australie.

Ici, cependant, la loi allait trop loin : d'abord pour les situations de fraude ou double enregistrement le législateur intervenait et prévoyait la rectification du registre et la restitution du terrain. Ensuite, la jurisprudence décidait pareillement pour pratiquement tous les vices du contrat, et la majorité des tribunaux permettent maintenant même de faire valoir ce droit contre les sous-acquéreurs qui connaissent ou même peut-être qui pouvaient connaître cette situation lors de leur acquisition. Les fonds d'indemnisation sont parfois aujourd'hui conformément supprimés parce qu'il en n'est plus besoin si les parties lésées peuvent reprendre leurs droits.

2. En droit marocain il faut distinguer la première immatriculation d'un terrain qui est définitive et, à peu d'exceptions près,⁽¹²⁾ purge tous les droits antérieurs non-révélés,⁽¹³⁾ des mutations de droit après cette immatriculation. Ces inscriptions subséquentes «peuvent être rayées en vertu de tout acte ou jugement... constatant au regard de toutes les personnes intéressées à raison d'un droit dûment rendu public, la non-existence ou l'extinction du fait ou du droit auquel elle se rapporte» (art. 91 dahir du 12.8.1913 ; com. aussi l'art. 2 et 3 dahir du 7.6.1915). Comme cela, la loi marocaine admet toujours la rectification d'une inscription quand l'acte juridique inscrit est inefficace ou annulable. Dans cela, la loi marocaine reprenait une proposition d'une commission française du cadastre entre 1891 et 1905, qui se rapprochaient fortement de la solution allemande, mais la loi proposée n'était pas adoptée en France.

En ce qui concerne les parties de l'acte juridique tendant à la constitution, au transfert ou à la modification d'un droit réel, on dirait que «l'inscription ne vaut que ce que vaut l'acte juridique dont elle dérive».⁽¹⁴⁾ Il est d'une moindre importance pratique si cette rectification est rétroactive en constatant l'inexistence du droit concerné dès le début,⁽¹⁵⁾ ou constitutive dans le sens qu'elle entraîne

(12) Decroux, Droit foncier marocain (1977) n° 167 et ss., 175 et ss.

(13) C'était pareil lors de l'installation du livre foncier allemand.

(14) Decroux, loc. cit. n° 323.

(15) Cela est le cas dans le droit allemand qui est parfois méconnu par des auteurs français (p.e. Becque, Rec. Penant d'outre-mer 1952 I, p.130 ; Frank, Rev. jur. et pol., indépendance et coopération 24 (1970) p. 609).

un re-changement des droits entre les parties. Au profit des tiers de bonne foi, cependant, l'inscription a une force probante de sorte que «tout droit non-inscrit sur le livre foncier est réputé inexistant à l'égard des tiers, tout droit inscrit est réputé existant à l'égard de ceux-ci».⁽¹⁶⁾ Ainsi la nullité éventuelle d'un acte d'acquisition ne peut pas être opposée au sous-acquéreur si son vendeur a eu soin de faire inscrire son acte d'acquisition.

Et, inversement, un tiers ne peut pas faire valoir contre l'acquéreur son droit prétendu comme p.e. une hypothèque si ce droit n'était pas inscrit avant le transfert de la propriété de l'immeuble. Le même vaut pour un hypothécaire à l'égard d'une hypothèque prétendument consentie plus tôt.

Pour le système Torrens cela est évident parce que l'inscription seul et seulement crée le droit concerné de façon que les droits non-inscrits sont inexistantes et les droits inscrits existants par ce fait même.

Mais il est la question si cette efficacité est justifiée même dans la situation que les tiers connaissent les vices éventuels des contrats d'acquisition de leur auteur resp. le droit «pré-existant».

On voyait déjà que même les droits australiens admettaient assez tôt des exceptions,⁽¹⁷⁾ pendant que le droit marocain adoptait dès le début la solution allemande. Il est vrai que le texte des lois ne mentionnent que la situation qu'une partie qui demandait la rectification d'une inscription resp. d'une mutation de droit à son préjudice peut faire prénoter⁽¹⁸⁾ sa demande en justice (art. 202 dahir du 2.6.1915). Comme ça, l'éventuelle réctification ultérieure devient en quelque sorte retroactive.⁽¹⁹⁾

Cependant la jurisprudence marocaine est allée plus loin en supprimant la force probante, comme on l'appelle, à l'égard des tiers de mauvaise foi. Sont censés de mauvaise foi ceux qui connaissent les vices ou la précarité du titre de leur auteur au moment de leur inscription.⁽²⁰⁾ Cela est le même comme en droit allemand et vaut aussi p.e. à l'égard d'hypothèques consenties antérieurement par le vendeur sans être inscrites au moment de la deuxième transaction.

V. Comparaison

1. En ce qui concerne les effets et la fonction pour la sécurité des marchés fonciers, les systèmes Torrens après ses modifications et allemand ne se distinguent pas profondément. On arrive à des résultats assez pareils par des techniques différents, un phénomène que l'on trouve souvent en droit comparé. Au prime abord on croirait que les acquéreurs par un contrat nul ou annulé avaient une

(16) Cour d'appel Rabat 12.12.1940, G.T.M. 1941, p. 61.

(17) Comp. v. Metzler, Das anglo-amerikanische Grundbuchwesen (1966), p. 32 et s.

(18) Pour la prénotation en général, comp. Roche, Rev. marocain de droit 16 (1964), p. 99 et ss. ; 145 et ss.; et 211 ss.

(19) Cela correspond à l'inscription d'un contradict dans le livre foncier allemand qui, pourtant peut être demandée par ordonnance sur référé avant à la demande en justice principale.

(20) Décroux, loc. cit. n° 329 et la jurisprudence unanime citée.

possession plus forte après leurs inscriptions dans le système Torrens, mais cet avantage disparaît dans la mesure où on admettait de plus en plus un droit de rectification.

Tous les deux systèmes protègent d'une efficacité pareille les acquéreurs de bonne foi du non-proprétaire. Le droit allemand en traitant le non-proprétaire comme le vrai titulaire à l'égard des tiers non-informés et par présomption de leur bonne foi, le système Torrens par l'effet constitutive de l'inscription seule, mais en permettant de faire valoir un droit de rectification ou revendication contre les sous-acquéreurs informés, fut-il par une prenotation. Evidemment, il peut y avoir encore des différences en ce qui concerne les situations donnant droit au rectification.

Il se peut même que le droit allemand est plus protecteur par la séparation de la vente du contrat de transmission ou de création des hypothèques ainsi mettant le dernier à l'abri des possibles vices propres aux contrats obligatoires.

2. La vraie différence des systèmes existe avec les systèmes du type français qui ne protège pas ceux qui croient dans l'existence du droit de leur auteur inscrit et permet seulement à ceux qui ont acquis effectivement de protéger leur droit par publication contre un deuxième acte de disposition de leur auteur

Il est d'abord le devoir des notaires de l'acquéreur de vérifier le titre des aliénateurs et dans les Etats-Unis on peut s'assurer contre les risques. Il est donc l'obligation des acquéreurs de se protéger par leur propre initiative et à leurs propres deniers. On soulèvera donc deux questions : D'une part si le système français arrive à une sécurité pareille du marché, et d'autre part quel système est globalement plus coûteux.

Même sans recherches économiques, qui paraissent manquer, on supposerait une plus grande insécurité du marché foncier, et la littérature française exprime souvent sa critique et propose un changement au système allemand ou australien. Mais d'autre côté, on a l'impression que le marché français arrive quand-même à s'en sortir assez bien.

Tous les économistes sont d'accord qu'une insécurité du marché immobilier empêcher des investissements. Plus d'insécurité plus les investisseurs s'abstiendront ou préféreront des investissements moins coûteux et qui s'amortissent plus vite.⁽²¹⁾ Cela devrait se faire sentir surtout pour les pays en voie de développement, pendant qu'en France les intéressés peuvent se procurer la sécurité et stabilité nécessaires par d'autre moyens. Il est quand-même probable que la sécurité des acquéreurs y reste un peu inférieure. mais plus important me paraît que dans le système français les acquéreurs dépendent fortement de l'existence d'un notariat efficace et surtout de la disponibilité de tous les contrats antérieures sur le terrain concerné pour la vérification du titre. Aux Etats-Unis, par exemple, ce sont les compagnies d'assurance de titre qui ont ramassé depuis longtemps une quantité énorme d'information leur permettant de mieux calculer et surtout de réduire le risque. Il est évident que ces conditions ne sont pas faciles

à remplir dans les pays en voie de développement. Un livre foncier est probablement plus facile à créer et à gérer.

En revanche, il y a une recherche économique sur les coûts globaux respectifs de la publicité du type français et australien. Il y a dans les Etats-Unis des départements où les deux systèmes co-existent, et on pouvait démontrer que la somme des dépenses du côté de l'Etat et des parties intéressées est en fin de compte inférieure dans le système Torrens.⁽²²⁾

Evidemment, le livre foncier présuppose un cadastre assez perfectionné. La recherche citée ne comprenait pas les coûts pour cela et cela me paraît au fond juste, parce qu'un fonctionnement satisfaisant d'un marché immobilier l'exige indépendamment du système de publicité adopté.

On verrait donc le droit marocain sur la bonne route, mais une faiblesse se trouve dans ce que l'immatriculation initiale des parcelles est volontière de manière qu'une partie de la terre seulement est soumise à ce régime.

Je ne connais pas le pourcentage actuel au Maroc ni les inconvénients pratiques ici et leur importance économique,⁽²³⁾ mais j'ai gagné une impression d'autres pays africains suivant le même système ou l'établissement d'un titre et livre foncier normalement ne sont demandés que lors d'une vente. Et attendu que la procédure dure normalement plusieurs années qui permet aux vendeurs de revendre encore plusieurs fois le même terrain, les querelles juridiques suivantes sont terribles et inextricables. Le même vaut à fortiori si on se passe entièrement du titre foncier et conclue le contrat conformément sous le droit coutumier.

(21) Comp. supra I.

(22) Janczyk, 6 *Legal Studies* 1977, p. 213 et ss.

(23) Comp. l'essai du professeur Lyazidi, le régime des livres fonciers après 77 ans d'expérience, *infra p.*, et le constat de Doyen Belkeziz, *Rev. jur et pol., indépendance et coopération* 24 (1970), p. 663 et ss. que le régime de l'immatriculation s'étend et se développe.



Confiscation des biens et protection de l'ordre économique

Drissi ALAMI

INTRODUCTION :

— Le développement serein et régulier de la vie économique et sociale pour le plus grave problème vécu par les pays africains. Les moyens d'y faire face varient en fonction du nombre et de la diversité des situations nationales et internationales. Le droit pénal paraît certes secondaire comme instrument de régularisation et de régulation de la vie économique et sociale. Mais son impact mérite méditation dans la mesure où il édicte des sanctions apparemment en harmonie avec ledit impératif de développement.

— Le droit positif marocain, ignore, à l'exemple de beaucoup d'autres droits, toute définition de l'activité économique et sociale et par conséquent, toute conceptualisation juridique d'un ordre économique et sociale. Il devient alors inutile d'y rechercher une délimitation légale de l'infraction économique et de la sanction économique. Pourtant les textes qui s'attachent à l'activité économique y apparaissent très nombreux⁽¹⁾. L'analyse de cette réglementation permet de relever des infractions dont la seule justification reste la lutte contre des irrégularités susceptibles de nuire aux activités agricoles, industrielles, commerciales et financières. Toutefois en dehors du caractère spécifique de ces infractions, notre législation ne semble pas accorder d'attention suffisante aux mécanismes d'efficacité de la protection de l'ordre économique. Ainsi la responsabilité pénale des personnes morales, particulièrement les sociétés civiles et commerciales, reste timidement prévue par le code pénal⁽²⁾. De même la responsabilité pénale des chefs d'entreprises et des dirigeants sociaux conserve un caractère exceptionnel et engendre par conséquent des zones très importantes de détournement du droit et de perturbations économiques. Les mécanismes de

* Professeur à la faculté de droit de Rabat

- (1) V. articles 287 à 292 du C.P. ; dahir du 9.10.1977 formant code des douanes ; loi du 12.10.1971 sur le contrôle des prix ; dahir du 12.11.1963 sur le transport par véhicules automobiles ; décret royal du 5.8.1968 sur la circulation des véhicules privés de transport de marchandises, dahir du 22.2.1973 sur l'importation, l'exportation... des hydrocarbures, dahir du 2.3.1973 sur l'importation, l'exportation... des hydrocarbures, dahir du 2.3.1973 sur la marocanisation de certaines activités économiques ; décret royal du 6.4.1967 sur l'activité bancaire ; arrêté visériel du 30.10.1934 sur les assurances ; de nombreux textes sur le travail des salariés, de nombreuses dispositions générales du code pénal relatives notamment à l'escroquerie, au vol, au détournement des deniers publics, à la corruption ; etc...
- (2) V.M. AMZAZI, Responsabilité pénale des sociétés, R.J.P.E.M. n° 17, Juin 1985, p.9 ; M. DRISSI ALAMI, Manuel de droit pénal général, édit. Maghrébine, Casablanca 1974, p.302 et s.

solidarité dans le paiement des amendes, de responsabilité pénale du fait d'autrui et de responsabilité civile du paiement d'amende et de la réparation des dommages résultant d'infraction ne permettent pas plus de consolation.

Sur le plan des sanctions, on peut certes observer que les textes en prévoient une énumération assez longue allant de la peine de mort jusqu'à l'amende de quelques dirhams. Mais on ne tarde pas à relever que celles qui correspondent plus ou moins au dommage économique se révèlent assez rares. C'est dans ce sens que le code pénal et les textes particuliers retiennent l'amende, la confiscation, l'interdiction d'exercer une profession, la fermeture d'établissement, la dissolution des personnes juridiques et la publication des jugements de condamnation.

Le droit positif prévoit la peine d'amende soit pour renforcer celle d'emprisonnement soit pour la remplacer en remédiant à ses inconvénients. Dans l'état actuel des choses, on ne peut conclure qu'elle constitue une sanction propre aux infractions économiques. En effet, même lorsque son montant s'avère très élevé (ex. en matière de pêche, de contrebande), son fondement concorde difficilement avec les préoccupations économiques. D'ailleurs au delà d'un certain seuil, elle rappelle plutôt la confiscation.

L'interdiction d'exercer une profession ou une activité (article 87 C.P) ne semble pas plus appropriée. La disposition légale qui la décide, précise expressément qu'elle tend à réagir contre un danger pour la sécurité, la santé, la moralité ou l'épargne publiques. La motivation économique, à travers l'épargne publique, y occupe une place nettement secondaire par rapport aux autres. Les applications jurisprudentielles, ne lui réservent aucun écho.

La fermeture d'un établissement commercial ou industriel (art. 90 C.P.) s'intègre plus efficacement dans le but d'assainissement de l'activité économique. Elle intervient lorsque l'établissement sert à commettre une infraction avec abus de l'autorisation ou de la licence obtenue ou inobservation de règlements administratifs. Elle reste cependant marginale car elle ne se conçoit point en dehors des activités économiques plus ou moins directement contrôlées par l'administration, c'est à dire dans le domaine le plus vaste de la vie économique. De plus les applications qui en sont faites par l'administration, en dehors de toute procédure judiciaire, effacent, en pratique, ses probabilités d'efficacité judiciaire.

La dissolution des personnes juridiques, et particulièrement les sociétés commerciales et industrielles, n'obéit pas à un régime plus efficace. L'article 47 du C.P. la décide à côté de la fermeture d'établissements et de l'interdiction d'exercer une profession en précisant qu'elle ne peut intervenir que dans les cas spécialement prévus par la loi et en vertu d'une disposition expresse du jugement. Or la loi ne la prévoit presque jamais et par conséquent la jurisprudence l'ignore purement et simplement.

La publication des jugements de condamnation (art. 48 C.P.) joue rarement en matière pénale et ne vise en pratique presque jamais la protection de l'ordre économique.

Finalement, seule la confiscation retient l'attention car elle semble assez appropriée à la lutte contre les infractions économiques non pas en raison de sa nature propre, mais plutôt à la lumière de ses applications légales et jurisprudentielles. Prévue à la fois par le code pénal (articles 36, 42 à 46) et par un nombre important de textes particuliers, nous nous proposons de lui consacrer les quelques réflexions suivantes à la lumière des dispositions du code pénal et de trois textes particuliers retenus parce qu'ils semblent affirmer un type d'application assez révélateur de la finalité de protection économique: le code des douanes (dahir du 9.10.1977), le dahir du 21.5.1974 relatif à la lutte contre la toxicomanie et le dahir du 12.11.1932 portant réglementation du monopole des tabacs. Par allègement à cet ensemble textuel, on doit reconnaître que l'œuvre jurisprudentielle, relativement assez consistante, permet au moins une ébauche d'analyse du régime de la confiscation dans l'optique retenue.

A priori, le nombre des textes législatifs et des décisions judiciaires inspire l'idée d'une concentration de l'intervention juridique sur notre mesure. En effet, vu la grande relativité des autres sanctions dans la lutte contre les irrégularités économiques, on est tenté de croire que la législation et la jurisprudence reconnaissent à la confiscation une efficacité suffisante. La réalité concrète ne permet malheureusement pas toujours de conclure dans ce sens. Les origines historiques de la confiscation et ses propriétés intrinsèques expliquent beaucoup plus l'hétérogénéité et le flou qui en caractérisent le régime dans notre droit positif. A cet égard, il n'est peut être pas inutile d'en rappeler les règles générales, avant d'envisager ses applications enchevêtrées.

1 — Règles générales de la confiscation:

La confiscation est une mesure pénale qui consiste dans le transfert de la propriété d'un bien appartenant à un particulier, personne physique ou morale, à l'état ou à une collectivité publique. Elle ne peut théoriquement pas bénéficier à un particulier comme elle ne se conçoit point à l'encontre de l'Etat et les collectivités publiques. Par ailleurs, les infractions touchées par cette mesure dénotent une sévérité légale toute particulière. C'est ainsi qu'elles s'avèrent de nature purement matérielle réduisant à peu de chose l'aspect moral ou intentionnel. Elles n'accordent pratiquement guère de place au concept classique de faute. Dans le même ordre de sévérité, elles tombent sous le coup de la sanction même quand elles se réduisent à une simple tentative (généralités des articles 1^{er}, 2, 80 et 81 du dahir de 1932 sur le tabac; article II du dahir de 1974 sur la toxicomanie appliquant l'article 89 du C.P.; les articles 204 à 206 du code des douanes de 1977).

C'est dire malheureusement que, si la consistance de la confiscation ne change pas, son régime juridique se révèle variable. Ceci apparaît clairement à travers les dispositions pénales qui la prévoient soit comme peine ou châtement, soit comme mesure de sûreté dénuée de tout caractère repressif, soit comme mesure spéciale impossible à qualifier à la lumière des deux applications précédentes.

1-1 Les articles 36, 52,42 à 46 envisagent la confiscation comme peine accessoire, c'est à dire comme sanction destinée à faire souffrir le condamné de la privation d'une partie de ses besoins. Elle s'applique à des biens spécifiquement désignés ou à une fraction des biens du délinquant.

Dans d'autres cas, les articles 43 et 44 la prévoient sur les «objets et choses» ayant servi ou devant servir à l'infraction, ou qui en sont les produits, ou encore sur les dons et avantage destinés à récompenser l'auteur de l'infraction. Qu'elle soit prononcée en matière de crime ou de délit, cette application de la confiscation sanction, obéit rigoureusement au principe de la personnalité de biens, appartenant au condamné (article 45 C.P.). Ce caractère de personnalité en fait de la différence fondamentale avec la confiscation mesure de sûreté.

1-2 Cette dernière, bien qu'également prévue par la loi (article 61 et 62 du C.P.) et devant être prononcée par un tribunal, présente une grande originalité dans la mesure où elle ne tend pas à punir un délinquant. Elle ne cherche ni prévention générale ou spéciale, ni intimidation individuelle ou collective. Elle ne comporte ni caractère afflictif ni infamant. En conséquence, elle ne se fonde jamais sur une faute de la personne qui la subit et par là même n'obéit pas rigoureusement au principe de la personnalité des peines. La mesure de sûreté constitue une précaution de protection sociale contre un danger déjà réalité ou susceptible de naître d'une situation existente. En conséquence, elle est par définition une mesure non personnelle, elle ne vise pas la personne, elle s'abat sur le fait, la situation. Bien entendu ses répercussions tombent sur les personnes, mais il n'en demeure pas moins que ce n'est pas là son but véritable, et d'ailleurs les personnes touchées ne sont pas nécessairement les auteurs du faits, ni encore des personnes responsables. Elle peut même avoir lieu en l'absence de toute condamnation pénale (article 89 C.P.). Ce régime trouve son illustration parfaite dans les mesures de sûreté réelles, c'est - à - dire la confiscation et la fermeture d'établissement. La confiscation (article 62 C.P.) porte sur les objets ayant un rapport avec l'infraction ou des objets nuisibles ou dangereux, ou dont la possession est illicite⁽³⁾.

1-3 La confiscation spéciale est ainsi qualifiée les termes mêmes de la loi quand elle est expressément prévue dans certains délits retenus par le code pénal, ou encore quand s'impose, en dehors de ce code, par des textes particuliers tels que le dahir de 1932 sur le régime des tabacs, ou de 1974 sur la toxicomanie ou de 1977 sur les douanes. La difficulté surgit parce que même si ces hypothèses résultent toutes du code pénal, le régime juridique qui les régit reste variable. En effet, les cas prévus par le code pénal rentrent dans l'application de la confiscation comme peine, alors que ceux décidés par les textes particuliers se refusent à cette conception tout au moins dans sa signification homogène. C'est ainsi qu'on relève que la confiscation appliquée en matière fiscale rejoint aisément

(3) Pour les détails classiques relatives à la confiscation peine et mesure de sûreté, voir Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t.1, éd. 1973, p. 194 et s. ; 748 et s. ; Stéfani et Levasseur, *Droit pénal général*, précis Dalloz n°277 et s. ; M. Drissi Alami, *Manuel*, op. cit. p.474 et s.

la notion de peine, tandis que celle prévue en matière de toxicomanie s'apparente à celle de mesure de sûreté, alors que celle retenue par le régime des tabacs comporte en plus l'idée de réparation civile du dommage subi par la régie à cause des faits attentatoires à son monopole. Dans ces circonstances, il devient téméraire de se précipiter à conclure au caractère personnel ou réel de la mesure avant d'examiner de près les dispositions légales et l'interprétation jurisprudentielle qui en est donnée à la lumière des faits de chaque espèce⁽⁴⁾.

1-4 Dans le cadre des applications légales retenues, relevons que l'article 222 du code des douanes décide clairement le principe et les conditions de la confiscation particulièrement du moyen de transport qui intervient dans la commission de l'infraction. A cet égard, il distingue deux situations. Dans la première, ledit moyen de transport appartient à ceux qui participent à la fraude ou à la tentative de fraude. Dans ce cas la confiscation ne s'impose que si le moyen visé a effectivement servi, ou devait nécessairement servir, à commettre l'infraction. Le texte retient deux conditions distinctes relatives d'une part à l'idée de propriété, et d'autre part au rapport entre le bien confisqué et l'infraction. Il s'agit alors d'une application de la confiscation en tant que sanction avec toutes les conséquences qui en découlent.

Dans la seconde situation, le moyen de transport appartient à un tiers étranger à l'infraction. Dans ce cas, la condition de propriété s'estompe. Celle du rapport entre le bien et l'infraction obéit à une précision plus rigoureuse. Le texte exige que l'engin soit aménagé spécialement pour la fraude ou que cette dernière soit commise par le préposé à la conduite du véhicule. L'aménagement spécial ne se confond pas avec la notion commerciale d'affectation à un genre donné de transport. Il exprime plutôt l'attitude psychologique du propriétaire, tiers étranger à la commission matérielle de l'infraction. Le fait d'aménager, en ce sens, un moyen de transport équivaut à une intervention ponctuelle et consciente pour faciliter l'exécution d'une infraction. Or, c'est là un acte de complicité par fourniture de moyen prévu et puni par l'article 129 C.P.

Le dahir de 1932 portant règlement du monopole de tabacs retient également la confiscation dans son article 81 renforcé par l'article 11 du dahir de 1974 sur la toxicomanie. A la différence du code des douanes, le dahir de 1932 comporte deux originalités saillantes. En effet, les dispositions de l'article 81 dictent la confiscation sans aucune nuance à propos de la propriété du moyen de transport et de son rapport avec l'infraction. Elles permettent de penser à une application de la mesure de sûreté. Mais, elles perturbent cette conclusion en précisant expressément que cette confiscation a lieu au profit de la Régie des Tabacs. C'est là une particularité exorbitante des applications de la confiscation et de la mesure pénale en général⁽⁵⁾.

(4) V. Merle et Vitu, *Traité*, t.1 pp. 686 et surtout J. Larguier, l'élargissement du domaine de la confiscation, *Rev. Sc crim.* 1980, p. 693 et s.

(5) M. Drissi Alami, *Manuel de droit pénal général*, p.67 et s. ; Merle et Vitu *Traité*, t.1, p.194 et s.

En effet, les peines et les mesures de sûreté, confiscation comprise, sont prononcées et exécutées au nom de l'Etat, symbolisé par S.M. le Roi, et au profit de la société au titre de la réaction sociale. Lorsqu'une mesure préventive est décidée au profit de quiconque autre que la société, elle perd sa nature répressive et publique et se transforme en une simple réparation civile d'un préjudice privé subi par celui qui bénéficie de ladite mesure, en l'espèce la confiscation. Certes, la Régie des Tabacs constitue une entreprise publique, donc d'une certaine manière, un prolongement de l'Etat, mais ceci en l'empêche par de prendre le statut d'une victime d'un dommage privé qui ne se confond pas nécessairement avec une infraction.

La Régie est fondée à en demander une réparation privée. Il faut cependant relever un particularisme très net en l'espèce. La Régie des Tabacs reste l'un des rares monopoles véritables de l'Etat marocain et lui assure des recettes substantielles, Force alors est de reconnaître une certaine confusion d'identités entre l'Etat et notre institution. En conséquence, on peut considérer que la confiscation intervient en réparation du préjudice subi par l'Etat à cause de l'atteinte portée à son monopole. L'article 81 du dahir de 1932 confondrait alors l'intimidation répressive destinée à protéger le monopole visé, et la réparation du dommage privé résultant de l'atteinte portée audit monopole.

L'automatisme des dispositions de l'article 81 et l'hétérogénéité de buts escomptés de la mesure imposent au raisonnement une véritable acrobatie que le juge ne peut éviter à l'occasion des applications ponctuelles.

2 — Difficultés d'application

Que la confiscation constitue une mesure pénale ou un moyen de réparation civile, elle suppose toujours l'existence d'une faute, aussi légère, aussi insignifiante soit-elle. Notre droit positif ignore le concept de responsabilité objective. Toute infraction suppose un certain élément moral ; tout fait dommageable, non infractionnel, suppose une certaine faute. En conséquence, le prononcé de la confiscation du moyen de transport doit se fonder sur un agissement fautif du propriétaire condamné plus généralement. L'automatisme des dispositions de l'article 81 du dahir 1932 ne laisse pourtant pas de place au concept de faute ou de présomption de faute. La réputation en aurait été facile par la preuve de l'absence de faute, même au sens d'imprudence et de négligence. L'automatisme visé laisse entrevoir une responsabilité objective ou tout au moins une présomption de responsabilité à l'exemple de celle du fait des choses. En matière civile, une telle conception peut se déduire des dispositions de l'article 88 du D.O.C. Relevons toutefois que ces dernières n'excluent guère la possibilité de se libérer en apportant la preuve que la propriétaire a fait tout ce qui est nécessaire pour éviter le dommage, ou que celui-ci résulte d'un cas fortuit ou de force majeure. En d'autres termes, la démonstration doit établir que la cause du dommage s'avère étrangère à la personne présumée responsable. Malheureusement, ce raisonnement demeure insuffisant à l'égard de la confiscation prévue par le dahir de 1932 aux titres confondus de répression et de réparation. Par conséquent, elle échappe au

fondement exclusivement articulé sur la responsabilité civile de droit commun.

Bref sous l'angle pénal, la confiscation prévue par le dahir de 1932 semble incompatible avec la conception de responsabilité morale retenu par notre droit positif, et sous l'angle civil elle paraît, en plus, incapable de réaliser une notion bicéphale, confondant réparation et sanction. Pour dissiper la difficulté, il devient impérieux de faire appel aux grands principes qui dominent notre droit positif et qui se reflètent nécessairement à travers la confiscation. Nous nous limitons aux plus importants : la justice et la légalité.

2-1 La nature privée du caractère réparateur donné incontestablement à la confiscation par l'article 81 du dahir de 1932, obéit obligatoirement à l'impératif de justice qui s'impose indistinctement en matières civile et pénaie. Dans ce sens, la réparation doit englober l'ensemble du préjudice ; mais ne doit nullement se transformer en moyen d'enrichissement injuste de la victime. Or, la confiscation porte par hypothèse sur un bien déterminée ; elle risque aisément de dépasser les limites de la réparation.

Quand la valeur du bien est inférieure au montant du dommage, la victime reste habilitée à revendiquer le complément. Mais quand la loi décide la confiscation d'un bien elle ne tient pas compte de sa valeur, car elle intervient normalement dans un but sanctionnateur. Lorsqu'elle vise, exceptionnellement une fin de réparation, elle ne nuance guère son application normale. L'injustice de la loi devient une menace très sérieuse. Le rétablissement de l'équilibre exige alors l'intervention d'un autre mécanisme légal. C'est là probablement l'une des raisons qui expliquent l'autorisation exceptionnelle de la transaction entre la victime et l'auteur du dommage ou celui à qui incombe la réparation. Abstraction faite d'autre considération, la transaction confirme on ne peut éloquemment l'aspect réparateur de la confiscation. Elle traduit l'impératif de respecter l'idée de justice, en l'occurrence l'égalité entre le préjudice et la réparation. Elle corrige par ailleurs les conséquences fâcheuses d'une application rigoureuses des seules techniques et dispositions du droit pénal. En effet, les engins de transport et les équipements divers susceptibles de subir le joug de la confiscation constituent l'essentiel du capital et des moyens de production économiques. L'application abstraite et systématique d'une telle mesure les expose à des risques graves qui menacent réellement l'équilibre économique. La croissance alarmante de la contrebande, des fraudes fiscales et autres, du trafic des stupéfiants..., justifie quotidiennement la confiscation. Or la concurrence aigüe, souvent déloyale ou tout ou moins irrégulière ainsi que les difficultés diverses rencontrées ou créés par les entreprises. Provoquent un glissement de l'application de la confiscation dans un sens qui contredit paradoxalement sa finalité de protection économique. Par ailleurs, il n'en demeure pas moins utile de rappeler que l'Etat, directement ou par l'intermédiaire des entreprises publiques, continue à animer largement l'activité économique. En conséquence, la mise en œuvre irréfléchie de la confiscation risque de se traduire par des actes suicidaires portés par l'Etat à ses propos biens ou organes. Si l'on ajoute que l'Etat ne peut être délinquant, on ne conçoit le droit pénal que comme une attribution de l'Etat, sa soumission à

la confiscation devient un non sens. Elle se ramène à la sortie d'un bien d'une sphère de son patrimoine et à son entrée dans une autre sphère du même patrimoine. Cette absurdité juridique se double évidemment d'une perturbation de l'activité économique. La solution doit se trouver ailleurs.

2-2 Le second principe fondamental qui conditionne la repression pénale est la légalité. Il impose l'existence d'une infraction dans ses trois éléments textuel, matériel et moral. Seul le dernier s'avère problématique en l'espèce. Il revient à une intention, un imprudence ou négligence, ou encore à une simple inobservation matérielle et objective de règlement. Mais dans tous les cas, il doit exister. Seule la charge de sa preuve varie entre le parquet et le prévenu. Le premier établit l'intention ; le second démontre soit l'absence d'imprudence et de négligence, soit que l'inobservation de règlement résulte d'une cause étrangère à sa volonté. L'article 1 du dahir de 1932 notamment ne peut raisonnablement avoir un autre sens. Dans cette optique, la compagnie de transport peut dégager sa responsabilité en établissant l'origine étrangère de la faute, c'est à dire en démontrant qu'elle a scrupuleusement respecté les obligations que la loi met à sa charge. On peut noter avec intérêt l'évolution dans ce sens, de la jurisprudence et de la législation françaises dans le domaine de la fraude douanière. Il suffit à l'entreprise de transport de prouver sa bonne foi et la régularité de son comportement pour éviter la confiscation. C'est dire dans ce cas qu'il suffit de prouver l'absence de faute (imprudence ou négligence)⁽⁶⁾. Au Maroc, les nuances exposés ci-dessus n'apparaissent pas encore clairement en jurisprudence. Les arrêts de la Cour Suprême dénotent une véritable sévérité, mais n'excluent point le raisonnement précédent⁷. Ils confirment le double caractère de peine réelle et de mesure de réparation qui particularisent la confiscation. Sans s'attarder sur leur hésitation entre la peine et la mesure de sûreté, la confiscation et l'amende «réparatrice», on peut relever leur allusion, même implicite à la présomption de responsabilité. Un jugement récent du tribunal de première instance de Casablanca semble aller plus loin en observant l'absence de bonne foi qu'il déduit de l'importance des quantités de marchandises en fraude⁽⁸⁾.

Cet état de la jurisprudence marocaine s'explique plutôt par une discussion insuffisante des faits jugés et surtout des textes appliqués. Si le caractère réel de la confiscation prévue par l'article 81 du Dah. du 1932 ne fait pas de doute, l'automatisme que lui implique l'art. 45 du c.p. ne nous semble pas aussi absolu qu'il le paraît. En effet, il doit s'arrêter aux autres limites légales. A cet égard, les dispositions des articles 43 et 44 du même code pénal exposant les conditions générales applicables à toutes les confiscations, mêmes celles qui touchent les tiers et qui obéissent à des textes particuliers. Si l'article 44 étend le régime aux délits, l'article 43 vise d'une part la confiscation de droit commun personnelle

(6) V.J. Corson, note sous arrêt CC. du 12.11.1985 et loi du 1^{er}.4.1982 modifiant article 326 C. douanes, Rev. Sc. Crim. 1987, p.440.

(7) Notamment arrêts des 19.11.1970, 29.3.1983, 23.5.1978 et 10.12.1970 Recueil des arrêts de la Cour Suprême en matière pénale, Instit. Nat. des Etudes Judic. 1986, p.139, 560, 633 et 428.

(8) Jugement du 5.4.1988 confirmé en appel le 27.12.1988 (non publié).

au délinquant, et d'autre part l'assiette de la confiscation qui revient aux choses qui ont un rapport avec l'infraction. Ce rapport se confond nécessairement soit avec une complicité, soit avec une imprudence ou une négligence ou une inobservation matérielle de règlement. (Devoir de surveillance continue, de respect des prix...) Partant, dans l'hypothèse la plus sévère, la preuve de la cause étrangère reste permise au présumé responsable. Or, les nuances déjà vues de l'article 212 du Code des douanes concordent parfaitement avec cette conclusion. Le nombre et la diversité des conditions et précisions posés par le dahir de 1932 permettent paradoxalement les interprétations les plus libérales retenant l'intention coupable, et les plus sévères, exigent la preuve de la cause étrangère. Mais de toute manière, elles empêchent de donner à l'article 81 une force automatique.

Importe-t-il de conclure en tout cas qu'un bien est rarement dangereux par lui-même ? Que seul l'usage qu'on en fait peu devenir nuisible ? Que la protection pénale de l'ordre économique n'est pas évidente ?



EVOLUTIONS PENALES

Mohieddine AMZAZI*

Au moment où s'accroît l'intérêt pour la matière pénale⁽¹⁾ il n'est pas superflu de dresser le bilan de ses évolutions passées avant d'oser, à son sujet, une interrogation prospective.

Bien entendu, c'est le système pénal dans son intégralité, sa globalité et à travers son fonctionnement et sa mise en œuvre concrète, qui doit être étudié et évalué afin d'éviter toute appréciation hâtive ou partielle⁽²⁾.

Vaste programme cependant. Son ampleur, ses ramifications, sa complexité et la variation de ses éléments contraignent au partage et imposent la sélection.

Aussi, la présente contribution sera-t-elle consacrée exclusivement à l'étude des évolutions du code pénal. Ce n'est toutefois qu'une étape qui en annonce d'autres et que justifie l'opportunité offerte par le thème de ce colloque sur «Droit et Société».

C'est en effet le code pénal, plus précisément sa partie spéciale qui entretient la relation la plus intime avec la Société. C'est le catalogue des horreurs intolérables à la société. C'est le registre des comportements attentatoires aux normes de conduite adoptées par la majorité des membres d'une communauté humaine. Le code pénal protège ce qui compte le plus pour un peuple donné à un moment donné de son histoire. Il est un indicateur civilisationnel de la société à laquelle il s'applique. Il subit le contre coup de ses évolutions. Il peut même en provoquer⁽³⁾.

* Professeur à la Faculté de Droit de Rabat

- 1/ Comme en témoigne le nombre et la qualité des travaux universitaires traitant de questions pénales; le débat public engagé lors de la création de l'organisation marocaine des droits de l'Homme; celui qui a précédé et suivi l'institution d'un conseil consultatif des droits de l'Homme et celui qui est aujourd'hui engagé autour de l'élaboration d'une charte nationale des droits de l'Homme.
- 2/ Car une unité foncière existe entre les diverses branches de droit pénal que des nécessités pédagogiques ont contraint au morcellement. Sur la question dans son ensemble. voir. R. vouin, observations sur l'unité de la justice criminelle, in Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, tome II, p. 241 et ss.
- 3/ Voir à ce sujet, E. DURKHEIM, de la division du travail social, P.U.F.,éd, 1973, P. 74; R.Merle et A.VITU, traité de droit criminel, tome I, Cujas, 4ème édition, 1981, P. 31 et ss; Y.MAYAUD, ratio Legis et incrimination, R.S.C, 1983, P.597 et ss.

L'histoire du droit pénal marocain en donne la preuve. Les étapes successivement franchies par ce pays ont répercuté sur le terrain du droit pénal les mouvements de fond qui ont traversé la société marocaine.

Le champ des crimes et des châtements, d'abord géré par les coutumes, ne manqua pas de se soumettre aux influences que l'Islam et son enracinement dans le tissu social lui imposèrent avant que ces deux déterminants ne soient évincés au profit du droit de l'Etat protecteur. Le code pénal du Maroc redevenu indépendant, loin de constituer la synthèse de ces mouvements, n'est que la reconduction du droit français. Certes, des facteurs idéologiques, économiques, politiques et même culturels peuvent de ce phénomène fournir une explication, mais le code pénal promulgué en 1962 reste un acte d'Etat, une loi qui ne compose pas suffisamment avec le réel, avec la société⁽⁴⁾.

Au seuil de son trentième anniversaire, ce code traîne encore les conséquences de ses tares génétiques. Son évolution s'en est trouvée entravée. Il n'a pu faire écho aux mutations de la société marocaine à laquelle, d'autorité, il s'applique.

Son passé simple (I) pose dès lors pour son futur la question de son adaptation à la société et de sa démocratisation en termes de choc (II).

I/Le passé simple:

Est simple l'objet qui comporte peu d'éléments ajoutés. Ainsi envisagé, le passé du code pénal est assurément simple. Le résultat du recensement des modifications qui lui ont été apportées est maigre. Sous réserve de la loi de 1982 qui a modifié le minimum de l'amende en matière délictuelle et le maximum pour les contraventions et qui rejaillit sur la majorité de ces catégories d'infractions⁽⁵⁾, les autres réformes sont ponctuelles et très peu nombreuses. Seuls sept articles du code pénal ont été touchés. Les articles 453 et 455 relatifs à l'abusivement et modifiés par Decret Royal portant loi du 1^{er} Juillet 1967⁽⁶⁾. Les articles 436 et 440 modifiés par le dahir portant loi du 21 Mai 1974 qui ajoute en outre une nouvelle section au neuvième chapitre du livre III du code pénal dont les articles 607 bis et 607 ter sont consacrés aux détournements et aux dégradations d'aéronefs et des installations de navigation aérienne⁽⁷⁾ et l'article 282 modifié par le dahir portant loi du 19 Septembre 1977 et relatif à la tenue de maisons de jeu ouvertes au public sans autorisation⁽⁸⁾. Il apparaît donc que le code a joui d'une grande stabilité. En soi, la constance d'un code n'est pas critiquable. Elle renforce l'efficacité et peut même constituer un gage supplémentaire pour la sécurité des citoyens. Ceci étant, la permanence des dispositions d'un code ne doit pas être provoquée, artificielle. Elle ne doit pas non plus servir d'alibi ou de fait accompli.

4/ Voir pour une étude détaillée de ce phénomène, M.DRISSI ALAMI Machichi, manuel de droit pénal général, édition maghrébines, 1974, P. 22 et ss.

5/ B.O 1982, P.35.

6/ B.O. 1967, P.773.

7/ B.O, 1974, P. 927.

8/ B.O. 1977, P. 1076.

Or, la stabilité du code pénal marocain me semble imputable à deux catégories de causes négatives.

La première de ces catégories se rapporte à la lettre du code et à son contenu. Lors de son élaboration, son ancêtre français avait déjà dépassé les cent cinquante ans d'âge. Une période suffisante pour le mettre à l'épreuve des faits, identifier ses lacunes, ses incohérences et ses limites. Un temps suffisant pour que le législateur, la jurisprudence et la doctrine le façonnent et l'adaptent. C'est à cette fontaine là que notre législateur va s'abreuver⁽⁹⁾. Ce n'est donc pas une photocopie du code pénal de 1810 qui a été promulguée en terre marocaine mais une codification nouvelle des règles de droit pénal général telle qu'elle était interprétée et mise en œuvre en France à la fin des années «cinquante». Une attention particulière a en outre été réservée par les rédacteurs du code marocain au projet Matter qui se démarquait sur d'innombrables questions du code français en vigueur. Ainsi, toutes les lacunes de la législation française ont été comblées et toutes les difficultés que son application a révélé ont été résolues ou évitées. La technique utilisée à cette fin a consisté soit à disposer expressément pour intégrer certaines hypothèses supplémentaires dans le domaine des infractions, soit à recourir à des incriminations imprécises et qui, par leur généralité, peuvent englober et couvrir des situations très diverses. Le champ du droit pénal devient ainsi extensible à loisir.

La seconde catégorie est liée à l'esprit du code et aux choix de politique criminelle qui en ont déterminé le contenu. Le code pénal de 1962 n'a pas eu pour objet de régir le réel. Ses rédacteurs l'ont voulu ouvert sur l'avenir, prospectif. Il ne part pas de l'état de la société, il ambitionne de la faire évoluer. Bien entendu, certaines concessions ont été faites au réel dont témoignent quelques incriminations éparées⁽¹⁰⁾. C'est l'écot que paye l'intrus. Pour le reste, le costume paraît si large, si grand qu'il peut servir des décennies encore sans que le besoin de le changer, de le remplacer ne se fasse sentir. Peu importe si les caprices du temps n'imposent pas l'utilisation de l'ensemble et peu importe si à l'usage certains de ses pans s'éliment, ainsi les conséquences des excès et des déficits du code sont atténuées. L'ineffectivité vole au secours des déséquilibres originels. Elle permet de faire l'économie d'une réforme. Elle permet d'éviter des débats de société jugés inutiles. Et puis le code pénal n'est pas tout le droit pénal. Pourquoi toucher à l'édifice quand, dans son voisinage on peut encore construire ? De nombreuses lois particulières ont ainsi créé des incriminations que le code ne prévoyait pas ou complété celles qu'il avait déjà édictées. L'intégrité du code, sa virginité est sauve, mais les frontières de la répression se déplacent, sans lui et malgré lui⁽¹¹⁾.

9/ Sur l'évolution du code pénal français de 1810 au début des années soixante, les ouvrages de droit pénal peuvent être utilement consultés, particulièrement R.Merle et A.VITU, op. Cit: A.DECOCQ. droit pénal général Armand collin, 1971, P. 26 et ss. Sur l'influence de ce code tel qu'il a évolué sur le code pénal positif, lire, M. FASI FIHRI, la législation pénale au Maroc, R.S.C., 1968, P.303 et ss.

10/ Articles 220 à 223, 490 et 491 notamment.

11/ Il serait fastidieux de dresser la liste exhaustive des textes particulièrement promulgués depuis

A ces raisons de l'immobilisme du code, on peut ajouter pour être complet, la timidité de la jurisprudence et son manque d'enthousiasme à acclimater un code né et conçu pour une société étrangère, différente. La doctrine n'est pas quitte pour autant. Faute d'avoir facilité la réception du droit, elle doit aujourd'hui contribuer à son changement. Elle doit participer à concevoir l'avenir du droit pénal et à nous prémunir contre le choc du futur.

II/Le choc du futur:

Prédire que le futur du code pénal se présentera en termes de choc peut n'être qu'une vue de l'esprit. Il est d'ailleurs possible que l'on continue à vivre dans le décor planté au début des années «soixante». Il est même très probable que le code demeure en l'état pour bien des années encore. D'ailleurs, aucune réflexion, aucune prévision officielle de réforme n'est aujourd'hui constatable. C'est assurément une erreur. L'échéance ne peut être indéfiniment remise, repoussée sans courir le risque d'approfondir le fossé qui sépare le code de la réalité sociale. Or, si cette nécessité est admise, sa mise en œuvre provoquera des ébranlements inévitables avant et afin que le code soit adapté aux exigences du temps du Maroc et à celles du temps Universel.

Et d'abord, le temps du Maroc, se détermine en 1990 à des canons autres que ceux d'il y a trente ans. Particulièrement en ce qui concerne le fondement et le contenu du code pénal.

S'agissant du fondement, se pose aujourd'hui avec une tonalité spécifique le problème du rapport de la législation pénale positive à la tradition juridique marocaine⁽¹²⁾. La revendication du retour au droit musulman est en développement. En dépit des variations relatives à la portée et aux modalités de cette revendication, elle s'impose et ne peut être complètement ignorée. Elle trouve, en plus, dans le projet de code pénal arabe unifié, essentiellement puisé du droit pénal musulman, une caution et un motif supplémentaire d'espérance. La précipitation avec laquelle le droit de souche fut marginalisé, omis lors de l'élaboration de l'actuel code pénal a produit un sentiment de frustration qui appelle une revanche⁽¹³⁾.

Concernant le contenu du code, son inadaptation à la réalité sociale

1962 et qui élargissent le champ du droit pénal dans des matières aussi diverses que la fraude, les prix, les poids et mesure, l'activité bancaire, la commercialisation des hydrocarbures, la presse, l'ordre public etc...

Le phénomène est inquiétant même s'il n'atteint pas le niveau enregistré en droit comparé et plus particulièrement en France - voir à ce sujet, M. DEL MAS MARTY, l'enjeu d'un code pénal, réflexions sur l'inflation des lois pénales en France, mélanges Tégros, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, P.168 et ss.

12 Voir M. AMZAZI, Islam et droit pénal au Maroc, archives de politiques criminelles, N°9, éditions PEDONE, 1987, P. 251 et ss.

13 Voir pour une réflexion d'ensemble sur ce projet, M. AMZAZI, le projet de code pénal arabe unifié entre le passé et son avenir, in Jahrbuch für Afrikanisches Recht, à paraître.

transparaît souvent. Sa mise en conformité avec les évolutions économiques, politiques, culturelles et scientifiques devient incontournable. Ses limites pour réagir efficacement contre la criminalité informatique, la délinquance d'affaire, la délinquance écologique est chaque jour constatée par nos cours et tribunaux. Face aux apports récents de la recherche scientifique, particulièrement dans le domaine de la biologie, certaines de ses incriminations paraissent anachroniques. Si l'on ajoute qu'en matière de mœurs, ses interdits sont quasiment inefficaces, on ne peut pas persister à soutenir que le sentiment de justice de la majorité des citoyens peut être nourri par le code pénal.

Quant au temps universel, il impose également à notre code pénal une double remise en cause.

La première est dictée par les développements enregistrés par la théorie de la peine depuis quelques années et que toute nouvelle législation doit consacrer. La logique de clôture qui domine et qu'exprime le code pénal est dépassée. La peine privative de liberté doit abdiquer au profit de sanctions diversifiées et l'autorité judiciaire ne peut plus monopoliser l'application de la loi sans s'essouffler. D'autres réseaux étatiques mais aussi sociétaux peuvent être mobilisés dans la lutte contre le crime. Notre code pénal ne peut demeurer à l'abri des secousses qui ont perturbé son ancêtre. A courte échéance, les mêmes conséquences produites par cette vision close dans le système pénal français se réaliseront ici et la réforme s'imposera dès lors inévitablement⁽¹⁴⁾.

La seconde remise en cause découle du développement de normes supranationales qui produisent d'innombrables incidences sur le droit pénal. Il s'agit essentiellement des instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme. «A mesure que ceux-ci se développent et se dynamisent, le code pénal se trouve dessaisi de sa logique juridique propre, car les droits de l'Homme portent une dimension morale ou éthique qui relève nécessairement d'une rationalité autre.»⁽¹⁵⁾. Mettre ces deux rationalités en compatibilité, les coordonner, nécessitera certainement nombre de sacrifices de la part du code pénal. Il devra plier l'échine en se débarrassant de ses dispositions dissidentes. Il devra aussi admettre en son sein les dispositions aptes à transformer le principe d'égalité des citoyens devant la loi en réalité. Il devra surtout supporter les dispositions qui feront des droits de l'Homme au Maroc une valeur fondamentale digne de protection en ce vingtième siècle finissant.

14/ Pour une synthèse de ces développements et des réponses à leur opposer, voir, M. Delmas Marty, le flou du droit, du code pénal aux droits de l'Homme, P.U.F. les voies du droit, 1986.

15/ Ibid, P. 22; Adde, M. Delmas MARTY, raisonner la raison d'Etat, P.U.F., les voies du droit, 1989.



Pour une coopération solidaire euro-maghrébine : cas de la sécurité sociale des migrants

Abdellah BOUDAHRAIN^{*}

INTRODUCTION :

1 - L'histoire nous enseigne que la méditerranée a toujours influencé sinon rapproché les peuples qui se trouvent au pourtour de cette mer quasiment fermée. L'empire romain a exercé, à une certaine époque, sa puissance aussi bien à l'est et à l'ouest qu'au nord et au sud de la méditerranée. Bien plus tard, ces peuples et nations se sont forgés des Etats à la mesure des ambitions de leur puissance. Par la suite chaque Etat, chaque région — dont la frontière naturelle est constituée par une rive de la méditerranée — a évolué différemment. Toutefois, on ne peut s'empêcher de constater qu'à l'époque actuelle, tous les pays méditerranéens sont confrontés à des problèmes souvent communs qui les condamnent sinon à s'unir du moins à coopérer ensemble⁽¹⁾.

2 - Il n'empêche qu'on relève la domination de la culture occidentale, voire d'une idéologie, appelée «Eurocentrisme», sur les autres cultures et civilisations, notamment arabo-musulmane et ce, sur l'ensemble du bassin méditerranéen comme sur d'autres régions plus éloignées. Une telle domination constitue un frein à une coopération solidaire et plus humaine à la fois globale et particulière(II). C'est ce qu'on tentera de rappeler en mettant d'abord en relief les signes d'inquiétude ou de déceptions, mais aussi certaines lueurs d'espoir(I) qui peuvent augurer un avenir plus serein dans le monde méditerranéen(III). On se limitera cependant dans notre approche et notre démonstration à l'aspect révélateur — au niveau de la solidarité humaine — de la sécurité sociale des travailleurs migrants et de leurs familles dans le cadre des relations spéciales euro-maghrébines. Il n'est pas néanmoins exclu, loins de là, d'étendre notre conception et nos conclusions à d'autres pays méditerranéens, voire à d'autres régions, ainsi qu'à d'autres domaines de coopération (économique, technique culturelle...).

* Professeur à la faculté de droit (Rabat)

(1) Cf «La Communauté Européenne et le bassin méditerranéen». Documentation Européenne. Périodique 3-4/ 1985. Luxembourg. 114 p. not. pp. 7 à 30.

I/Inquiétude et leur d'espoir

A/Une situation actuelle inquiétante

1/Impact du problème de l'emploi sur la migration maghrébine

3 - Pour ne retenir que les Etats européens se trouvant au Nord du bassin méditerranéen et ceux du Maghreb, situés plus au Sud du même bassin, ces pays sont confrontés, à des degrés divers certes, à une crise économique qui a fait son apparition lors de la première crise de l'énergie, mais pas seulement à cause d'elle. La récession s'est ensuite aggravée par la deuxième crise de l'énergie qui a commencé en 1979. Mais il faut attendre le début des années 80 pour constater que la situation s'empire. Toute proportion gardée, tant les pays du Nord que ceux du Sud connaissent le problème de l'emploi. Cependant, en Europe occidentale, le chômage-souvent de longue durée —⁽²⁾ affecte plus les immigrés, les pauvres voire les «nouveaux pauvres» de la région⁽³⁾. Les pays maghrébins de la rive Sud souffrent encore plus de ce problème car, outre l'impact de la récession aux niveaux social et politique, voire au niveau culturel, le taux de chômage est plus élevé en raison de la croissance démographique. Ce taux peut être estimé à 35% environ de la population active pour l'ensemble de ces Etats⁽⁴⁾. L'explosion démographique constitue ainsi l'un des principaux facteurs de tension, ce qui a encouragé l'émigration maghrébine dans les Etats membres de la Communauté Européenne⁽⁵⁾. Pourtant, la fermeture des frontières européennes à partir de 1973, en raison de la crise déjà évoquée, et l'amenuisement des possibilités d'emploi dans les pays arabes du Golfe au cours des années 80⁽⁶⁾ ne font qu'aggraver les difficultés des pays maghrébins fournisseurs de mains d'œuvre. Le chômage des jeunes, élevé dans ces pays, ne permet guère l'institution d'une protection sociale satisfaisante, ce qui constitue également un autre indicateur de troubles politiques et sociaux.

-
- (2) Cf. not. les travaux de la Fondation Européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (Dublin-Irlande) : Programme de travail 1988, p.28.
- (3) Le taux de chômage dans l'Europe communautaire est estimé en 1986, à environ 12% de la population. Cf Exposé sur l'évolution sociale. Année 1986. Commission des CE. Bruxelles. Avril 1987. Annexe statistique. En ce qui concerne les travailleurs non européens, ce taux est plus élevé. Cf. SOPEM, 1987. OCDE. Paris, 1988, pp.16 et ss. En ce qui concerne les migrants, en Allemagne par exemple, le taux de chômage globale atteignait 8,9% en décembre 1986, alors que celui des étrangers s'élevait à 14,1%. Aux Pays Bas, le taux de chômage des étrangers est à peu près de 2,8 fois plus élevé que celui des ressortissants néerlandais. Cf. SOPEMI. 1987, *ibid*, pp.16 et 19.
- (4) Cf. Mahdi EL MANDJA : «Maghreb 2000», A.M.P. (Association Marocaine de prospective) Rabat, juin 1982, p.2.
- (5) La main d'œuvre maghrébine dans la Communauté Européenne (C.E.) est évaluée en 1980 à environ 729.000 dont 367.000 algériens, 272.000 marocains et 90.000 tunisiens, sans compter bien entendu les membres de la famille des travailleurs, les commerçants, les étudiants et les autres maghrébins. Cf. Tableau 7 in «La C.E. et le bassin méditerranéen». Documentation européenne. Périodique 3-4/1985, op. cit., p.112- SOPEMI. 1987, op. cit, Tableaux plus récents.
- (6) Cf. not. J.P. Garson et M. Chekir «perspectives d'émigration maghrébine vers les pays du Golfe». Document de travail. Programme Mondial de l'Emploi. WEP 2-26/WP 46. BIT. Genève. Juillet 1980. 102 p.

2/ Dépendances accrues du Maghreb à l'égard de la C.E.E

4 - A cela, il faut encore ajouter qu'à cause d'une mauvaise gestion de l'économie, les pays maghrébins se sont lourdement endettés⁽⁷⁾ et, de ce fait, se trouvent dans un état de plus en plus accentué de dépendance à l'égard de leurs créanciers publics et privés (clubs de Paris et de Londres). Cette dépendance est l'aspect le plus marquant de l'«Eurocentrisme», qui pose le problème aigu de la «dimension culturelle du développement» au Maghreb comme les autres pays du bassin méditerranéen⁽⁸⁾. Or, au lieu de s'en sortir par la prise en compte de cette dimension ainsi que des autres dimensions humaines et sociales qui lui sont intimement liées, les pays endettés sont obligés de se soumettre aux diktats des créanciers et à leur porte parole : les instances financières internationales (la Banque mondiale et le Fonds monétaire international) ; faisant prévaloir l'idéologie eurocentriste avec sa dimension culturelle du développement, ces organismes vont exiger des pays maghrébins endettés l'adoption de mesures de stabilisation et d'ajustement structurel, mais sans avoir tenu compte de leurs aspects et sociaux. Ce n'est qu'après la survenance de troubles graves dans ces pays et dans d'autres⁽⁹⁾ que ces institutions ont commencé à réfléchir sur les possibilités et les moyens de «lutter contre la pauvreté»⁽¹⁰⁾. Car les pauvres (chômeurs et sous employés, par exemple) ont été les premiers touchés par les mesures d'ajustement structurel⁽¹¹⁾. Mais tant la Banque mondiale et le FMI que les

-
- (7) D'après le rapport sur le développement dans le Monde 1988 (Banque mondiale, Washington), le Maroc est classé parmi les pays fortement endettés (p.226). Voir aussi «La dette et le monde en développement». Bulletin de la CNUCED, n°246. Août-septembre 1988, pp.4 et ss. — Finances et Développement, vol 25, n°2, juin 1988. Spécial «Dette», toujours d'après le rapport précité de la Banque Mondiale, la dette extérieure publique et privée pour 1986 est, en millions de dollars US, de 1637 (210% du PNB) en Mauritanie, 5251 (61,5 du PNB) en Tunisie, 14.777 1637 (210% du PNB) en Mauritanie, 5251 (61,5 du PNB) en Tunisie, 14.777 (24,8 du PNB) en Algérie ; mais non communiquée pour le Maroc. (pp.290-291 : Tableau 18 du rapport). V.A. DOUMON, pour plus de précisions, in TIJARIS, n°18. Février 1989, pp.11 et 12.
- (8) Cf. Samir Amin «L'Eurocentrisme, critique d'une idéologie», Economica. Paris 1988 — Ibid. «La dimension culturelle du développement. Bulletin du Forum du tiers monde 1988 n°8-9/Juin. Dakar (Sénégal), pp.13 et ss. A. BOUDAHRAIN : «La dimension culturelle du droit social au Maghreb» Mars. 1989. A paraître.
- (9) On rappelle les événements de juin 1981 au Maroc (Casablanca), en Tunisie (novembre 1984) et tout récemment en Algérie (fin 1988, début 1989). Les troubles survenus encore plus récemment en Jordanie (avril 1989) est un peu avant en Egypte, sont autant de signes de la faillite des politiques d'ajustement structurel, Cf. not, UNICEF «L'ajustement à visage humain». Economica. Paris 1987. 372 p.
- (10) Cf. articles parus dans «Finances et développement : «vol 26/ n°1. Mars 1989 sur l'expérience de l'ajustement, pp.28 et ss. Vol 25/n°4 Décembre 1989 : Les programmes d'ajustement appuyés par le Fonds, pp.2 et ss., pour ne citer que les informations les plus récentes. Voir aussi Rapport sur le développement dans le monde (1988), op. cit., p.4.
- (11) L'Afrique a été particulièrement touché par la récession et les mesures d'ajustement prises pour le juguler. Cf. Le document de travail préparé par le secrétaire exécutif de la C.E.A. (Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique) lors de 15ème conférence des ministres de ladite Commission, sous le thème : «Redressement économique et développement : recherche d'un cadre africain pour les programmes d'ajustement structurel (P.A.S.)» Addis Abéba (Ethiopie). 6-10 avril 1989. Voir notamment à ce sujet le *Matin du Sahara* et du Maghreb du 25-4-1989.

créanciers européens jettent la responsabilité de cette situation sur les pays endettés⁽¹²⁾.

5 - On ne peut donc, dans ce contexte général, estimer qu'une coopération existe vraiment entre les pays des deux rives Nord et Sud du bassin méditerranéen. Tout au plus, il s'agit de relations, même étroites, entre pays dominants et pays dominés, entre pays riches et pays pauvres, bien que l'ensemble est confronté à des problèmes. Néanmoins, pour se contenter des inquiétudes signalées, les pays méditerranéens sont tôt ou tard condamnés à reviser leurs attitudes car ni la confrontation ni la rupture ne seraient bénéfiques à l'homme méditerranéen. C'est dire, malgré tout, l'existence de certains motifs d'espérer de vivre dans un nouveau cadre de coopération et de convivialité, notamment entre les ensembles de l'Europe communautaire et du Grand Maghreb Arabe.

B/ Des déceptions, mais une lueur d'espoir

1/ Approche globale mais inégale de la coopération CEE-Maghreb

6 - Jusqu'à présent cependant, la politique méditerranéenne de la Communauté Européenne⁽¹³⁾ n'envisage des rapports de «coopération» qu'avec chacun des Etats du Bassin, quoiqu'une telle coopération soit fondée sur une approche globale qui prenne en compte aussi bien les aspects économique technique, financier que social⁽¹⁴⁾. La C.E. continue donc de privilégier la négociation d'accords de coopération avec chaque pays méditerranéen⁽¹⁵⁾, bien que certains de ces pays possèdent des structures régionales. Il s'agit en l'occurrence des pays arabes méditerranéens, dont ceux du Maghreb, qui entretiennent — par le biais de leur «Ligue» — avec l'Europe communautaire un «Dialogue euro-arabe» plein de quiproquos et de mésententes jusqu'à devenir «un dialogue de sourds»⁽¹⁶⁾. D'autre part, toujours dans le cadre de l'idéologie eurocentriste qui fait prévaloir la fameuse devise «Diviser pour régner», la conclusion d'accords de coopération avec chaque pays du Maghreb a fait supporter à ces derniers, outre leur dépendance accrue, les contrecoups de l'élargissement de la C.E. à l'Espagne et au Portugal en 1986. Les inquiétudes des pays maghrébins, comme des autres Etats méditerranéens, sont devenues plus

(12) Cf. Bulletin GREED «Groupe de recherche et d'études en économie du développement». Université Paris I. Novembre 1988, n°8. Spécial colloque : Les «conséquences sociales des politiques d'ajustement structurel», not. l'intervention de Julius Rosenblatt (F.M.I.) pour lequel «Le Fonds n'est jamais que la partenaire des Etats membres et leur responsabilité reste donc entière», p.20.

(13) Cette politique n'englobe pas la Libye et l'Albanie, mais concerne 12 pays du bassin de la méditerranée : Maroc, Algérie, Tunisie, Malte, Egypte, Israël, Syrie, Liban, Chypre, Yougoslavie, Turquie et la Jordanie (ce dernier pays ne possède pas toutefois une rive sur la partie Est de la méditerranée. Cf. «La C.E. et le bassin méditerranéen», op. cit., p.13 (Tableau).

(14) Cf. «La C.E. et le bassin méditerranéen», ibid, pp.31 et ss.

(15) Voir sur ces accords de coopération CEE — Maghreb, infra n°18.

(16) Cf. A. BUDAHRAIN «Nouvel ordre social international et migrations» (Dans le cadre du Monde arabe), L'harmattan/C.I.E.M. (Paris 1985. 190 p., not. pp. 128 et ss. — A. Boudahrain «Coopération présentée au premier congrès mondial (constitutif) de l'Association Mondiale de Prospective sociale (A.M.P.S.) Dakar, 21-23 janvier 1980. 16 p. Passim. Voir aussi infra n°34

vives depuis la signature en février 1986 et la ratification en 1987 de l'Acte unique européen qui a remis en cause la philosophie et la substance de ces accords. Car l'objectif principal de la création d'un marché intérieur européen, où toutes frontières seraient abolies à partir du 1^{er} janvier 1993, est de permettre aux entreprises européennes d'accéder à un marché de 320 millions de consommateurs et de faire face à la concurrence américaine et japonaise. Un tel marché serait notamment caractérisé par la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux⁽¹⁷⁾.

7 - Il s'ensuit que les accords de coopération, et particulièrement leur volet social pour ce qui nous concerne, devront être revus or l'Europe de 1993 va connaître des transformations profondes qui ne manqueront pas de remodeler les relations C.E.E. — Maghreb. Il va donc falloir examiner les possibilités d'asseoir un nouveau type de coopération. En réaction à la situation nouvellement créée par l'adoption de l'Acte unique européen, les pays maghrébin — ayant des relations étroites avec la C.E. — ont commencé par prendre des initiatives séparées, sinon égoïstes. Ainsi, le Maroc va surprendre tout le monde en demandant officiellement, le 8 juillet 1987, son adhésion à la C.E., au même titre que la Turquie, autre pays méditerranéen. La Tunisie et, dans une moindre mesure, l'Algérie se sont contentés de moduler leurs relations avec l'ensemble communautaire et ses Etats membres. Ils ont notamment, à l'instar de Maroc, entamé et renforcé, suivant le cas, la libéralisation de leur économie en conformité avec leur politique d'ajustement structurel⁽¹⁸⁾.

2/ L'Union du Maghreb Arabe et les stratégies régionales ou interrégionales

8 - Mais conscients de l'impératif de constituer eux aussi un ensemble homogène, déjà complémentaire sur plusieurs plans (économique, social et culturel), ils ont fait taire leurs dissensions conjoncturelles pour déclarer solennellement, à Marrakech, la création de l'Union du Maghreb Arabe (UMA) qui comprend outre l'Algérie, le Maroc et la Tunisie, la Libye et la Mauritanie. Or, d'une part, la Libye, Jamahiria (Etat des masses) qui suit une troisième voie ou troisième théorie (Livre vert), n'a pas de relations étroites avec la C.E., de même que cette institution supranationale n'a pas intégré ouvertement ce pays dans sa politique méditerranéenne⁽¹⁹⁾. D'autre part, la Mauritanie ne peut être considérée sur le plan géographique, voire géopolitique, comme un pays méditerranéen puisqu'elle ne possède pas de façade sur cette mer, étant situé

(17) La création de ce marché a fait l'objet de 300 propositions réunies dans le Livre blanc de la Commission des Communautés Européennes. Cf. not revue «Conjoncture», n°594 du 16 juillet 1988 et n°605 du 30 janvier 1989 de la Chambre Française de Commerce et d'Industrie au Maroc. Casablanca. Spécial Maroc — CEE, respectivement pp.II, 1 à II-16 et pp.II-1 à II-22.

(18) On peut particulièrement évoquer à ce sujet les tentatives de restructuration du secteur public ou sa privatisation. Cf. A. BOUDAHRAIN : «Pour une conception humaine de l'entreprise publique (au regard de sa restructuration et de sa privation) communication présentée au Comité de recherche n°5 du XIX^{ème} Congrès international des sciences administratives qui se tiendra à Marrakech du 24 au 27 juillet 1989. Passim 22 p.

(19) Même s'il est bien situé dans le bassin méditerranéen (plus que la Jordanie).

au sud du Sahara. Néanmoins, il n'existe pas d'obstacles majeurs pour l'écartier non pas de l'ensemble maghrébin, mais d'une vision globale d'un nouvel ordre méditerranéen. De plus, n'oublions pas que la Mauritanie fait partie des 66 pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (pays A.C.P.), signataires de la convention de Lomé⁽²⁰⁾, dont la struture générale est largement comparable aux accords de coopération conclus par la même CEE avec les autres pays maghrébins⁽²¹⁾. mais il a fallu attendre la convention de Lomé II (1980-1984) pour voir intégrer dans le cadre de nouveaux domaines de coopération, une annexe XV relative à la main-d'œuvre⁽²²⁾.

Quand à la Libye, lorsque les structures de l'UMA seront bien établies, les relations entre les deux régions prendront certainement en compte cet autre Etat méditerranéen et maghrébin. Il convient toutefois de préciser qu'en ce qui concerne la migration maghrébine des travailleurs, ce pays est plutôt un pays d'emploi de main d'œuvre tunisienne et marocaine. D'où sa situation particulièrement et le rôle qu'il pourra jouer dans le cadre du développement d'une migration intermaghrébine des travailleurs et, par conséquent, dans celui de leur protection sociale⁽²³⁾.

On peut également relever, malgré la complémentarité entre les Etats membres de l'U M A, une certaine disparité au niveau des ressources financières⁽²⁴⁾. Cela est dû notamment à une rente pétrolière qui n'est pas inépuisable. Une telle disparité ne constitue cependant nullement un obstacle à l'intégration économique, ni à la coordination et à l'harmonisation des législations et pratiques de sécurité sociale. Même la Communauté Européenne connaît cette diversité dans le niveau de développement de ses douzes Etats membres. On ne peut, par exemple, comparer la Répulique Fédérale d'Allemagne au Portugal.

Il n'en demeure pas moins que l'Acte unique européen imposera en matière de protection sociale une harmonisation élevé pour les Etats membres de la C.E.E. Aussi une telle exigence peut-elle causer aux pays de l'U M A des difficultés qu'il

(20) Il s'agit plus précisément des convention de Lomé I (signée en avril 1976), de Lomé II (signée le 30/10/1979) et de Lomé III (décembre 1984) pour une nouvelle durée de cinq ans (1985-1990) et qui expirera, par conséquent, avant l'avènement du marché unique européen.

(21) La convention de Lomé, suivant elle aussi une approche globale de la coopération, porte notamment sur la coopération commerciale, les systèmes d'assurance stabex, systema, protocole de coopération économique industrielle, la coopération agricole, la coopération financière et culturelle.

(22) La convention de Lomé II - Information sur la coopération - Développement économique - Annexe N. S01-ER - C. E. E. Bruxelles, n.51 - Sur la convention de Lomé III, cf. "L'Union européenne et le monde" - Revue de l'Europe - 9/85 - Mars 1985, p. 7-9.

(23) Les accords de coopération de Lomé ont permis, en effet, à l'Union européenne d'offrir aux pays méditerranéens un accès privilégié au marché commun. Les accords de coopération commerciale ont permis de réduire les droits de douane à 0% pour les produits agricoles et à 30% pour les produits industriels. Les accords de coopération financière ont permis de créer des fonds de coopération pour le développement économique et social des pays méditerranéens. Les accords de coopération culturelle ont permis de créer des fonds de coopération culturelle pour le développement culturel des pays méditerranéens.

(24) Les pays méditerranéens de l'Union européenne ont des ressources financières très différentes. Les pays méditerranéens de l'Union européenne ont des ressources financières très différentes. Les pays méditerranéens de l'Union européenne ont des ressources financières très différentes. Les pays méditerranéens de l'Union européenne ont des ressources financières très différentes.

leur convient de surmonter et dont la C.E. devra en tenir compte dans le cadre d'une véritable coopération fondée sur la solidarité et l'interdépendance⁽²⁵⁾.

3/Cas de la sécurité sociale des migrants.

9 - C'est justement dans ce cadre qu'on a choisi sciemment d'émettre quelques réflexions sur la protection des travailleurs migrants et leurs familles par la sécurité sociale, aussi bien suivant les données actuelles résultant des accords de coopération que celles qui seront soulignées en rapport avec une vision et une démarche prospectives. Sans conteste, l'examen de la coopération. La sécurité sociale des travailleurs migrants et de leurs familles représente, en outre, un exemple fort significatif et révélateur des intentions des responsables des deux ensembles régionaux à promouvoir et à développer une coopération solidaire à tous les niveaux, notamment au moyen de «Contrats de solidarité», dans le domaine des migrations de travailleurs comme dans d'autres domaines économique, social, culturel, politique, technique, etc. Mais pour se limiter à celui de la sécurité sociale des migrants, on sera certainement confronté, si la volonté politique existe vraiment, à des solutions ou alternatives fondées sur des solidarités multiples. Il s'agit certes là d'un fondement faisant prévaloir le bien être et le progrès de l'homme sur toute autre préoccupation conjoncturelle ou structurelle.

Pourtant, la situation que nous avons évoqué brièvement ci-dessus laisse déjà présager que rien d'appréciable n'a encore été fait suivant une telle conception. Mais l'espoir qu'a fait naître la création de l'U M A et du Marché unique européen et les déclarations de bonnes intentions qui ont suivi⁽²⁶⁾ permettent d'émettre quelques réflexions sur les éléments d'ensemble d'une coopération solidaire euro-maghrébine et particulièrement en matière de sécurité sociale des migrants.

II/Une coopération sociale déficiente.

10 - On rappelle que la protection sociale des travailleurs migrants et de leurs familles au niveau de l'Europe communautaire est fondée sur une «Discrimination majeure» entre les ressortissants des Etats membre de la C.E, qui bénéficient de systèmes de sécurité sociale fort avantageux⁽²⁷⁾, et les ressortissants originaires de pays tiers à la C.E. dont la situation est régie d'abord par les législations et pratiques nationales des pays d'emploi, puis par des accords bilatéraux de main d'œuvre et de sécurité sociale, voire par des accords de coopération comportant un volet social en faveur des travailleurs migrants et leurs familles. Il y a donc une disparité sinon un écart fort sensible dans la protection par la sécurité sociale

(25) Voir infra n°29. Il n'en va pas autrement en ce qui concerne les parties contractantes de la convention de Lomé, car l'écart de développement entre riches et pauvres est si important que les relations ont par nécessité un caractère différent. Cf. La C.E. et le Bassin méditerranéen, op. cit., p.18.

(26) Voir infra n°27.

(27) Cf. not. le règlement (CEE) n°1612/68 du 15-10-1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Voir aussi infra n°23, note (25).

de ces deux catégories de populations actives. Cette discrimination suivant la nationalité est non seulement défavorable aux migrants maghrébins lorsqu'on prend en considération leur déplacement, ou leur mobilité, du pays d'origine et inversement, mais elle est contraire aux déclarations et normes universelles ou régionales (européennes et africaines notamment) des droits de l'homme⁽²⁸⁾. C'est ce qu'on va tenter de souligner tant au niveau d'une coopération bilatérale limitée, dont on relevera les imperfections (A), qu'à celui qu'une coopération bilatérale élargie à l'ensemble des Etats membres de la Communauté Européenne, qui demeure non seulement inappropriée, mais encore dépassée (B). Il convient de préciser, au préalable, que la coopération d'une coordination des législations et des pratiques nationales en ce domaine.

A/Une coopération bilatérale limitée et imparfaite.

- Nécessité des accords bilatéraux de sécurité sociale.

II - Dès que la migration maghrébine a commencé à prendre de l'ampleur, particulièrement après la deuxième guerre mondiale, en raison d'une croissance économique européenne sans précédent, les pays d'immigration ont dû conclure par nécessité - des accords bilatéraux de main d'œuvre avec les pays maghrébins fournisseurs et ce, dans le seul but d'opérer les sélections (médicale et professionnelle), le recrutement et le placement des travailleurs désirés. Ces instruments sont essentiellement d'obéissance économique; ils n'abordent qu'accessoirement et de manière très dérisoire les conditions de vie et de travail des migrants⁽²⁹⁾. On ne pourrait compter sur eux pour la mise en œuvre d'une protection appropriée en matière de sécurité sociale puisque de tels accords se limitent à formuler le principe général de l'égalité de traitement des nationaux et des non nationaux, mais sans tenir compte des droits spécifiques des migrants en la matière eu égard à leurs déplacements dans l'un ou dans l'autre Etat contractant.

12 - D'où la nécessité de conclure des conventions bilatérales de sécurité sociale en vue d'assurer la coordination des législations et des pratiques nationales en ce domaine bien particulier. Il s'agit de conventions générales de sécurité sociale portant sur plusieurs branches d'assurance sociale: maladie, maternité, invalidité, vieillesse, accidents de travail et maladies professionnelles, chômage et allocations familiales. Pourtant, si ces accords se sont conformés aux normes universelles

(28) Sans citer les dispositions de la déclaration universelle des droits de l'homme ou celles de la charte africaine des droits de l'homme et du peuple, on notera dans le rapport du Secrétaire général de l'ONU à la Commission du Développement certaine discrimination en ce qui concerne leur affiliation au régime de sécurité sociale et le versement des contributions. Selon l'O.I.T., l'affiliation à un régime de sécurité sociale donne parfois lieu à des inégalités...». Cf. Rapport précité sur les «progrès réalisés dans le renforcement des programmes conçus pour améliorer la situation sociale des travailleurs migrants et de leurs familles, dans la satisfaction des besoins et dans la solution des problèmes nés de l'évolution des migrations internationales». E/CN.5/1987/8 ECOSOC, pp. 11 et 12.

(29) Cf. A. BOUDAHRAIN : «Nouvel ordre social international et migrations», op. cit., pp. 12-64.

en la lumière⁽³⁰⁾, ils n'établissent qu'imparfaitement entre les Etats contractants des relations et des ajustements efficaces ou satisfaisants. Ceci est dû aux intérêts divergents et à court terme des pays d'immigration et des pays d'émigration, ainsi qu'à l'inégalité de développement économique et social, voire à l'injustice, des pays du Nord à l'égard de ceux du Sud⁽³¹⁾.

— *Les imperfections d'une coordination bilatérale limitée.*

13 - Ainsi, il ressort de l'analyse des règles de base de la coordination bilatérale actuelle des législations et des pratiques entre les parties contractantes que «l'égalité de traitement» souffre de limites nombreuses puisqu'à cause de leur qualité de non nationaux, les migrants ne bénéficient pas de prestations non contributives, voire de certaines prestations contributives (assurance chômage, par exemple) en cas de retour temporaire (congrés par exemple des travailleurs dans leur pays d'origine ou en cas de résidence des membres de leur famille dans cet Etat (allocation spéciale de naissance, allocation de la femme au foyer...)). En outre, du fait de l'absence d'une réciprocité de traitement réelle en faveur des ressortissants du pays d'immigration, en raison du système incomplet sinon insuffisant du pays d'émigration, le pays européen d'emploi demande et obtient des contreparties ou compensations qui excèdent souvent les possibilités du pays d'origine, tout en étant fondés sur une prétendue réciprocité globale d'obligations (cas du protocole financier n° III à la convention maroco-française ou de l'arrangement confidentiel maroco-belge de même inspiration).

14 - Il est également fait peu cas du principe de la personnalité pour atténuer les rigueurs de la «condition de résidence» imposées par les législations internes des pays d'emploi. L'examen minutieux des dispositions bilatérales afférentes à chaque branche d'assurance sociale permet de déceler de multiples restrictions qui rendent l'assouplissement de la règle de la territorialité bien illusoire. Pour s'en convaincre, on note, par exemple, qu'un écart sensible du taux d'allocations familiales existe suivant que ces prestations sont transférables ou non. Le montant des prestations est plus faible lorsque les enfants des travailleurs migrants résident dans le pays d'origine, mais néanmoins plus élevé que celui accordé par le régime de cet Etat. En ce qui concerne les prestations à court terme (maladie, maternité), en cas de transfert de résidence du travailleur ou des membres de sa famille regroupés avec lui, l'organisme de gestion de la sécurité sociale du pays d'emploi ne débourse que les trois quarts des dépenses sociales effectuées par l'institution compétente de l'autre Etat. Quant aux membres de la famille du travailleur restés au pays d'émigration, ils ne se voient servir aucune prestation de maladie ou de

(30) Cf. not. — La convention (n°118) sur l'égalité de traitement (sécurité sociale). 1962.
— Convention (n°48) sur la conservation des droits à pension des migrants. 1935.
— convention (n° 157) sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale. 1982.
— Recommandations (n°167) sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale. 1983.

Il ne s'agit toutefois là que des normes de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) concernant directement les travailleurs migrants et leurs familles.

(31) Les conventions bilatérales de sécurité sociale signées par les Etats du Maghreb avec ceux Membres de la C.E. sont répertoriées avec bien d'autres in «Liste des instruments internationaux de sécurité sociale» BIT, 2ème édition 1984, op. cit., passim.

maternité et encore moins des prestations en nature (soins de santé), alors que le travailleur migrant a contribué financièrement au régime, au même titre que les nationaux du pays d'emploi, et qu'il participe à la croissance économique de cet Etat comme à la productivité de l'entreprise qui l'occupe.

Par ailleurs, une autorisation de l'institution débitrice du pays d'immigration est exigée avant le transfert de résidence en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle. De plus, aucune dérogation à la condition de résidence n'est permise pour les prestations de chômage du moment que le législateur maghrébin n'est pas intervenu à ce sujet⁽³²⁾.

15 - Si, par contre, il est tenu compte du principe de la personnalité lorsqu'il s'agit «du maintien (ou de la conservation) des droits acquis ou en cours d'acquisition», le mécanisme de «totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence» est d'une application fort limitée. En effet, pour qu'il y ait totalisation, il aurait fallu que le travailleur migrant maghrébin ait été assuré dans son pays, avant son emploi dans le pays européen, à un régime de sécurité sociale prévoyant les mêmes éventualités, ce qui n'est pas toujours le cas. Il aurait fallu aussi et surtout que ce travailleur ait été occupé dans son pays. Or, s'il l'était, il aurait été moins motivé à s'expatrier⁽³³⁾. Enfin, les périodes d'assurance ou équivalentes ne sont pas toujours totalisées en cas de retour définitif du travail dans son pays d'origine, ni lorsqu'il se déplace dans un autre pays européen avec lequel le pays maghrébin n'est pas lié par un accord bilatéral de sécurité sociale similaire.

16 - Le «paiement des prestations sociales» d'un pays dans l'autre souffre encore d'autres limitations qui démontrent qu'on ne se préoccupe pas des droits de l'homme ou, plus humainement, des intérêts du migrant maghrébin. Le pays d'immigration ne consent au paiement des prestations en espèces dans un pays tiers (non membre de la C.E.) que si celui-ci fait des concessions sinon plus avantageuses du moins égales⁽³⁴⁾. De même lorsqu'il y a paiement à l'étranger, les montants transférables ne concernent qu'une partie des prestations et ne peuvent dépasser un certain seuil, en conformité avec la réglementation nationale des changes du pays européen d'immigration⁽³⁵⁾. Enfin, les prestations dues par l'institution débitrice du pays d'emploi ne peuvent être transférées ailleurs que

(32) Exception faite du système libyen, qui prévoit l'octroi de pension de base pour les personnes non occupées (pauvres, nécessiteux, ...) en application du principe de la Zakate (devoir des riches envers les pauvres), seule la Tunisie assure une assistance chômage qui ne se situe pas tout à fait dans le cadre du régime général d'assurance sociale. Cf. A. Boudahrain «Tableaux nationaux des législations du travail et de sécurité sociale des pays maghrébins», Avril 1989, 22 p. A paraître in revue «Banques et entreprises au Maroc», n° spécial Casablanca.

(33) Puisque c'est justement le problème chronique de l'emploi qui encourage l'émigration de maghrébins à l'étranger. Voir supra n°3.

(34) On rappelle le cas des protocoles financiers bénéficiant aux ressortissants français et belge, qui n'ont pas la qualité de travailleurs migrants pour une justification stricte de la réciprocité de traitement. Voir supra n°13.

(35) Voir sur l'écart entre prestations dues et prestations effectivement servies en cas de transfert de résidence des travailleurs migrants et leurs familles ou lorsque ces dernières continuent à résider dans le pays d'origine supra n°14.

dans le pays d'origine, bien que la famille du travailleur ou celui-ci puisse fixer sa résidence permanente ou temporaire dans un autre Etat membre de la C.E. ou dans un pays maghrébin. Le pays d'origine exige, lui même de tirer-seul-profit du transfert des prestations revenant à ses migrants comme du transfert d'économies sur salaires, qui constituent autant de devises dont il a grandement besoin. Autrement dit, les pays d'emploi et d'origines ne pensent pas d'abord aux migrants et à leurs familles⁽³⁶⁾.

17 - Cette retrospective rapide d'une coopération bilatérale imparfaite est fondée sur une étude plus approfondie et des arguments vérifiables⁽³⁷⁾. Elle permet seulement de souligner l'existence de grandes lacunes et d'importantes restrictions. Il s'agit notamment de la non prise en compte des questions de retour et de réinsertion des migrants maghrébins dans leur pays d'origine⁽³⁸⁾, d'une garantie très insuffisante de leurs droits économiques, sociaux et culturels, voire de leurs droits d'êtres humains tout court. Aussi se pose-t-on la question de savoir si le volet social des accords de coopération conclus entre la CE et chaque pays maghrébin apporte les solutions attendues en ce sens et, par conséquent, matérialiser un changement d'attitudes des pays d'emploi comme des pays d'origine en vue de faire prévaloir une véritable égalité ou justice sociale fondée sur une solidarité humaine au niveau internationale.

B/Une coopération sociale CEE Maghreb formelle et dépassée

Il convient au préalable de rappeler très brièvement la politique sociale méditerranéenne de la CEE⁽³⁶⁾, puis de dégager les attitudes d'atermoiements ou de contradictions des responsables communautaires et maghrébins⁽³⁷⁾, pour apprécier ensuite aussi bien les orientations⁽³⁸⁾ que les règles de coordination⁽³⁹⁾ prévues par le volet social des accords de coopération⁽³⁹⁾.

1/Une politique méditerranéenne eurocentriste.

18 - Si les conventions générales de sécurité sociale entre pays européens d'immigration et pays maghrébins d'émigration ont tenté d'instituer une coopération bilatérale largement imparfaite, le volet de accords de coopération conclus par chaque Etat maghrébin avec la C.E.E⁽⁴⁰⁾ n'en constitue pas moins

(36) Les pays d'émigration s'alarment dès que le montant des transferts commencent à décliner, alors qu'il les a toujours utilisés à d'autres fins que celles profitables aux migrants, à leurs familles, voire aux pauvres et aux deshérités, d'une façon générale. Au Maroc, par exemple, on a changé de discours, mais pas d'orientations fondamentales, puisqu'on parle d'utiliser les rentrées de devises de migrants pour des investissements (Petites et moyennes entreprises) ainsi que de la création d'une fondation et d'une Banque pour ses ressortissants afin surtout d'encourager et de canaliser ces rentrées, Cf. not. l'Editorial du quotidien le Matin «Pour un code des investissements en faveur des marocains à l'étranger»

(37) On peut, notamment, se reporter aux détails contenus dans notre ouvrage précité : «Nouvel ordre social international et migrations», pp. 65 et ss.

(38) Cf. A. BOUDAHRAIN : «la migration maghrébine de retour». Communication présentée lors de la 2ème session de l'Université d'été «Ach-charif Al Idrissi». Al Hocéima (Maroc). Juillet 1988. 32 p.

(39) Et par l'annexe XV de la convention de Lomé II en ce qui concerne la Mauritanie.

(40) Il s'agit des accords de coopération suivants :

un autre type de coopération bilatérale qu'on peut qualifier d'«élargie» puisque les dispositions prévues devraient, en principe, concerner l'ensemble des Etats membres de la C.E., outre le pays maghrébin co-contractant. Le cas de la Mauritanie est spécial, mais non différent, car cet Etat, faisant partie des pays «A.C.P.», est signataire de la convention de Lomé, qui prévoit également un volet analogue à celui des accords «bilatéraux» de coopération CEE-pays maghrébins⁽⁴¹⁾. Aussi les travailleurs migrants mauritaniens et leurs familles peuvent-ils bénéficier des mêmes droits en matière de sécurité sociale que les migrants algériens, marocains et tunisiens. Le cas de la Libye étant franchement à part car non seulement ce pays n'a pas d'accord de coopération avec La C.E. ni n'est inclu dans la politique méditerranéenne de celle-ci⁽⁴¹⁾, mais surtout ce n'est pas un pays d'émigration.

19 - On relève, d'autre part, que le volet social dont il sera question, fait partie d'un accord de coopération globale, qui privilégie les autres aspects d'une telle coopération (commerciale, économique, technique, financière, etc). Tant les Etats membres de la C.E. que le pays maghrébin contractant considèrent que la protection sociale des migrants est sinon une question secondaire, du moins qu'elle est ou peut être réglée au moyen de convention bilatérale de sécurité sociale. Or on vient justement de constater les imperfections et les discriminations de ces accords ainsi que leurs lacunes. En outre, le recours à une approche globale de la coopération C E E - pays maghrébins ne peut qu'être inégalitaire aussi bien sur le plan économique qu'au niveau social et culturel car liant un ensemble d'Etats développés avec des pays, pris individuellement, qui le sont beaucoup moins. Ces derniers sont obligés de «se soumettre l'«Eurocentrisme» ou à se démettre». Or ils ne peuvent démissionner sans renier leurs ressortissants occupés et résidants en Europe occidentale. Il s'ensuit que la coopération C E E - pays maghrébins en matière de sécurité sociale est à la fois dépendante d'une idéologie et, partant, inappropriée. Enfin, même si on peut estimer - dans une certaine mesure - que le volet social des accords de coopération est acceptable, il demeure purement formel car jusqu'à présent il n'a guère été mis en application.

2/ Les attitudes mitigées des parties en présence.

20 - Là aussi les attitudes des parties contractantes divergent car, d'une part, les responsables de la C.E. avancent que ce sont les pays maghrébins d'immigration qui n'ont pas été assez entreprenant pour concrétiser la mise en œuvre du volet social, notamment lorsque la Commission des Communautés Européennes a préparé en 1981 un «projet de décision du Conseil de coopération relative à

— CEE-Algérie du 26-4-1976, à durée indéterminée (article 258 du traité de Rome)

— CEE-Maroc du 27-4-1976, à durée indéterminée (article 238 du traité de Rome)

— CEE-Tunisie du 25-4-1976, à durée indéterminée (article 238 du traité de Rome)

Ces instruments sont tous entrés en vigueur le 1^{er} novembre 1978 après leurs ratification par les organes législatifs nationaux compétents (parlements, p. ex). Ils sont formellement fondés sur les principes d'interdépendance et d'égalité, de même qu'ils sont considérés comme des «accords dynamiques» susceptibles d'amélioration !

(41) Voir à ce sujet supra n°8.

l'application des régimes de sécurité sociale aux ressortissants de la Communauté exerçant une activité salariée au Maroc⁽⁴²⁾ et aux ressortissants marocains exerçant une activité salariée dans la Communauté, ainsi qu'aux membres de leur famille»⁽⁴³⁾ Ces mêmes responsables ajoutent que les pays maghrébins ont toujours préféré régler les problèmes afférents à leurs ressortissants se trouvant en Europe occidentale par le biais d'accords bilatéraux⁽⁴⁴⁾. Si une telle réponse peut s'avérer exacte, particulièrement en ce qui concerne le Maroc, on ne peut occulter le fait que pour ce pays maghrébin, le Conseil de coopération ne s'est réuni que deux fois depuis le 27 avril 1976, en l'occurrence le 12 juin 1979⁽⁴⁵⁾, et les 24 et 25 avril 1989, soit presque dix années après. Or si le Maroc a soulevé la question de la protection sociale de ses ressortissants dans la C E, lors de la deuxième session du Conseil de coopération⁽⁴⁶⁾, il est assez symptomatique de relever que la réponse du chef de la délégation européenne sur ce point fort mitigée, En effet, ce dernier s'est borné à rappeler, encore une fois, «les propositions faites (par la Communauté) dès 1981 dans le domaine de la sécurité sociale». Mais le ministre espagnol des affaires étrangères ajoute en substance que ces propositions «ne remettent pas en cause les dispositions «plus favorables» relevant de conventions bilatérales». Ensuite, il précise - au futur - qu'«elles apporteraient, dans l'ensemble, des avantages additionnels incontestables en particulier aux travailleurs marocains (maghrébins ayant travaillé dans plusieurs Etats membres)». «La Communauté est prête, lorsque les autorités marocaines le jugeront utile, à aborder l'examen des propositions faites»⁽⁴⁷⁾.

21 - Nous avons tenu à rapporter ces propos comme on rappellera d'autres pour montrer d'abord que si la Communauté considère les accords bilatéraux de sécurité sociale comme comportant des dispositions «plus favorables»⁽⁴⁸⁾,

(42) Mais aussi pour l'Algérie, la Tunisie et leurs ressortissants respectifs. Cf «Les accords de coopération CEE-Maghreb». Europe information-développement. Commission des CE. Février 1982, p.18.

(43) Cf. Document SOC/MA 11 du 30 octobre 1981. CE. Conseil. Bruxelles. 78 p. et annexes 29 p. Cette réponse nous a été donnée en 1981 par le responsable du service de la sécurité sociale à la Commission des C.E. (Bruxelles) comme elle a été, tout récemment, formulée lors du Conseil de coopération qui s'est tenu les 24 et 25 avril 1989 aux Luxembourg par le Ministre espagnol des affaires étrangères en sa qualité de président dudit conseil pour la C.E. Cf. Le Matin du Sahara et du Maghreb du 26-4-1989.

(44) Cf. not. Les accords de coopération CEE-Maghreb. Europe information — Développement, Commission des CE. de 36. Février 1982. Bruxelles. 35 p., p.18 - Ibid :

«Accord de coopération CEE-Algérie «Europe information. Juin 1980. 46 p.
— Accord de coopération CEE-Maroc. Europe information, Février 1980. 59 p.
— Accord de coopération CEE-Tunisie. Europe information, Février 1982. 41 p.

(45) C'est-à-dire quelques mois après l'entrée au vigueur des accords de coopération CEE-pays maghrébins, le 1^{er} novembre 1978. Il en va de même pour l'Algérie et la Tunisie quant à la réunion du Conseil de coopération en 1979.

(46) Cf. Discours de Mr. Abdellatif Filali in le Matin du Sahara et du Maghreb du 25-4-1989, p.3 : «Le Maroc ne peut que relever encore une fois l'incapacité de la Communauté à mettre sur pied une politique commune en vue de concrétiser les dispositions de notre accord relatives au droit de nos concitoyens à l'égalité de traitement en matière de protection sociale, de regroupement familiale, de conditions de travail et de rémunération».

(47) Cf. Discours précité in le Matin du Sahara et du Maghreb du 26-4-1989.

(48) C'est ce que stipule Expressément aussi l'article 43 de l'accord de coopération CEE-Maroc à l'instar des dispositions similaires des autres accords CEE-Algérie, CEE-Tunisie, C'est encore ce qui ressort des articles 37 (Pensions) et 57(Transfert de prestations) du projet de décision du Conseil de coopération.

l'examen et l'appréciation de ces normes ont permis de relever qu'il n'en est rien⁽⁴⁹⁾. En admettant, en outre, que le volet social des accords de coopération contienne lui aussi des dispositions avantageuses au niveau régional, il est expressément admis que les «avantages additionnelles incontestables» n'ont même pas encore trouvé un début d'application. Mais si la Communauté, par la voix du chef de sa délégation, considère le Maroc comme seul responsable de la concrétisation des principales règles du volet social, elle reconnaît en filigrane par la bouche du ministre espagnol des affaires étrangères, en s'adressant à son homologue marocain, : «vous pouvez procéder à un examen des thèmes précités avec les Etats membres, en raison des compétences qui sont les leurs en la matière». Ainsi, la Communauté renvoie le Maroc, comme les autres pays maghrébins, à négocier directement avec ses Etats membres dans le cadre de leurs relations bilatérales alors que les responsables de la Commission des C.E. reprochent aux pays maghrébins de privilégier ces rapports. Il s'agit là de positions contradictoires fort révélatrices. On retient aussi que cette dernière phrase du discours est encore plus révélatrice de l'existence de la coopération C E E - pays maghrébins et de son caractère inappropriée, formelle et surtout non solidaire. On remarquera, par ailleurs, que M. Abel Matutes, Commissaire européen chargé de la politique méditerranéenne et des relations Nord - Sud, n'a réservé aucune place dans son discours, lors de la deuxième session du Conseil de coopération⁽⁵⁰⁾, à la protection sociale des migrants marocains. Il rejoint seulement le chef de la délégation communautaire lorsque ce dernier annonce, tout de suite après avoir fait connaître la position de la Communauté au sujet des ressortissants marocains qui y sont occupés: «permettez moi d'aborder maintenant un domaine dans lequel, j'EN SUIS SÛR, résident des possibilités particulièrement prometteuses de l'avenir de nos relations, à savoir la coopération ECONOMIQUE FINANCIERE et TECHNIQUE». Il est clair ainsi, comme nous l'avons signalé plus haut, que la protection sociale des migrants maghrébins est loin d'être prioritaire. C'est ce qu'on tentera encore de relever à la fois au niveau des orientations que des principes et de techniques du volet social des accords de coopération ou de la convention de Lomé.

3/ Les orientations discriminatoires de la coopération en matière de sécurité sociale.

22 - Il faut néanmoins reconnaître qu'à l'instar du projet de décision du Conseil de coopération, qu'on aura l'occasion d'examiner avec le volet social des accords de coopération, l'initiative d'étendre le champ d'application des principes et mesures en matière de protection sociale des travailleurs migrants maghrébins et de leurs familles à l'ensemble des territoires de la Communauté revient à la Commission des C.E. C'est, en effet, bien avant la signature des accords de coopération qu'à été présenté un «Programme» d'action en faveur des travailleurs migrants et de leurs familles», au Conseil des C.E. le 18 décembre

(49) D'où la raison et l'utilité de nos précédents propos à ce sujet. Voir supra n° s II et ss.

(50) Cf. Le Matin du Sahara et du Maghreb du 26-4-1989.

1974⁽⁵¹⁾. Un tel programme, comme on peut le constater, ne concerne pas seulement les pays maghrébins; la Commission des C.E. fait une nette distinction, notamment en matière de sécurité sociale⁽⁵²⁾, entre les travailleurs ressortissants des Etats membres et ceux originaires des pays tiers qu'ils soient liés ou non par un accord bilatéral ou multilatéral de coopération en matière de main d'œuvre avec la Communauté. Il est donc fait assez nettement une discrimination entre ces deux catégories de migrants. Les travailleurs communautaires bénéficient d'une protection sociale plus avantageuse concurremment à leur droit à la libre circulation à l'intérieur de la Communauté, qui «implique, aux termes du traité de Rome, l'abolition entre les travailleurs des Etats membres, de toute DISCRIMINATION fondée sur la nationalité, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération,...». Le Programme ajoute «la réalisation de la libre circulation des travailleurs implique également la mise en œuvre d'un système de coordination des prestations de sécurité sociale»⁽⁵³⁾. En ce qui concerne les travailleurs non communautaires, elle reconnaît que ces derniers sont soumis à un traitement moins favorable et recommande que «l'égalité de traitement avec les travailleurs communautaires devrait être l'objectif vers lequel doit tendre PROGRESSIVEMENT, que la situation actuelle des travailleurs migrants soit régie par des accords d'association ou par des conventions bilatérales». Or, on sait que jusqu'à présent rien n'a été réalisé à ce sujet.

23 - La raison principale en est que les «recommandations» de la Commission des C.E. n'obligent en rien les Etats membres, qui gardent toutes leurs compétences lorsqu'il s'agit de régler le sort des travailleurs originaires de pays tiers, en particulier ceux ressortissants des pays maghrébins. Ces Etats européens d'immigration ne voient nullement entamer leur souveraineté nationale en ce domaine, alors que les institutions supranationales peuvent leur imposer des mesures et obligations - directement introduites dans l'ordre juridique interne - au moyen de réglemment de directives communautaires lorsqu'il s'agit des travailleurs ressortissants des Etats membres⁽⁵⁴⁾. C'est ce qui nous éclaire sur le sens des paroles du ministre espagnol des affaires étrangères lorsqu'il renvoie les autorités marocaines à «procéder à un examen des thèmes précités avec les Etats membres, en raison des compétences qui sont les leurs en la matière». C'est aussi ce qui explique que bien que la Commission des C.E. ait préparé un projet de décision relative à la protection sociale des travailleurs migrants marocains et

(51) Ce programme n'a cependant été adopté que le 9 février 1976 par Résolution du Conseil, soit pratiquement deux mois avant la signature des accords de coopération CEE-pays maghrébins. Cf. «Programme d'action en faveur des travailleurs migrants et de leurs familles». Commission des CE. Bulletin des C.E. Supplément 3/76-25 p.

(52) Cr. Programme d'action *ibid*, pp. 17 et 18.

(53) Cf. Programme d'action, *ibid*, p. 16 et p.17

(54) On se bornera à citer les principaux réglemments applicables directement aux travailleurs communautaires :

— Réglemment (CEE) n°1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ;

— Réglemment (CEE) n°1612/68 du Conseil, du 5-10-1968, relatif à la libre circulation travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

de leurs familles, l'adoption d'une telle décision par le Conseil de coopération ne dépend pas uniquement du Maroc, mais nécessite le consentement exprès des douze Etats membres de la Communauté. De plus, même si on peut reprocher au Maroc comme aux autres pays du Maghreb de n'avoir pas manifesté une volonté déterminée dans l'adoption d'une telle décision, il convient de se demander ce qu'elle apporte de plus et, le cas échéant, de mieux par rapport aux conventions bilatérales de sécurité sociale existantes? D'où l'intérêt et l'utilité d'apprécier fort succinctement tant les dispositions de ce projet de décision que les principes annoncés par le volet social des accords de coopération C E E - pays maghrébins.

4/ Lacunes d'une coordination bilatérale élargie.

- Absence de politique migratoire communautaire en faveur des maghrébins.

24 - D'après les indications données par la Communauté elle-même, le volet social a consisté «à institutionaliser au niveau communautaire certains principes admis par chaque Etat membre comme l'égalité de traitement avec les nationaux pour les conditions de travail et de rémunération (et) l'égalité des avantages sociaux»⁽⁵⁵⁾. La seule innovation devrait intervenir au niveau du bénéfice des avantages sociaux acquis par les travailleurs maghrébins ayant exercé dans plusieurs Etats membres de la Communauté. Plus précisément, il s'agirait de faire bénéficier les travailleurs migrants maghrébins de la totalisation des droits acquis au titre des pensions et rentes de vieillesse, de décès et d'invalidité, même si aucun accord bilatéral ne lie certains Etats membres à l'Algérie, au Maroc à la Tunisie, voire à la Mauritanie en application de la convention de Lomé⁽⁵⁶⁾. Pourtant, la mise en œuvre du mécanisme de totalisation ne peut se concevoir sans une liberté de circulation des travailleurs migrants maghrébins à l'intérieur de la Communauté. Or cela ne peut être le cas dans l'état actuel en raison de l'absence d'une politique migratoire communautaire en faveur de ces travailleurs. La Commission des C.E. n'a pu qu'enregistrer, dans son Programme d'action précité, qu'«à l'heure actuelle»⁽⁵⁷⁾ le risque de conflits entre les politiques nationales d'immigration et les politiques communautaires en matière sociale... n'est nullement exclu. En l'absence d'une coordination (des politiques migratoires), on ne parvient pas non plus à concilier les intérêts divergents des travailleurs migrants, des employeurs, des Etats membres ayant recours à la main d'œuvre étrangère et des pays qui la fournissent»⁽⁵⁸⁾. On ne sait que trop les méfaits de la fermeture des frontières depuis 1973 par les principaux Etats membres occupant les travailleurs maghrébins et les quotas fixés pour le regroupement familial.

On ne trouve nulle part signalé, en outre, l'existence d'enquêtes ou données quantifiables sur l'ampleur (souhaitée) des déplacements des travailleurs à

(55) Cf. Les accords de coopération CEE-Maghreb, op. cit., p.18.

(56) On rappelle que c'est ce qu'a visé le ministre espagnol des affaires étrangères lors de la 2ème session du Conseil de coopération lorsqu'il parla d'«avantages additionnels incontestables».

(57) Et c'est encore valable aujourd'hui, la situation à même empirer depuis à cause des nombreuses restrictions aux déplacements des ressortissants maghrébins (généralisation des visas dans la Communauté, par exemple).

(58) Cf. Programme d'action, op. cit., p.24.

l'intérieur de la Communauté pour qu'on puisse vraiment apprécier la portée effective des dispositions du volet social des accords de coopération. Enfin, les travailleurs maghrébins comme les autres ressortissants de pays tiers, qui résident dans un Etat membre de la C.E.E., demeurent soumis à la législation de cet Etat membres. Les textes communautaires ne les concernent pas et il «n'est actuellement pas question qu'à l'horizon 1993, ces étrangers ressortissants de pays tiers puissent aller travailler librement sur le territoire d'un autre Etat membre, ou à plus forte raison y bénéficient d'un droit de séjour comme inactifs»⁽⁵⁹⁾. Devant cette carence et une conjoncture largement défavorable, on peut simplement relever que les principes affirmés par ce volet ou les mesures préconisées par le projet de décision sonnent creux ou sont vidés de leur substance. D'ailleurs, d'après les instances communautaires elles-même, «l'entrée en vigueur des mesures prévues par les accords en matière sociale devait faire l'objet de décisions des Conseils de coopération, décisions qui auraient dû intervenir avant la fin de 1979. Mais ce n'est qu'à la fin de 1981 que la Commission a été en mesure de soumettre aux conseils son interprétation pour l'application de ces dispositions»⁽⁶⁰⁾. On comprend alors mal comment certains responsables, et non des moindres, peuvent en faire supporter ce laxisme aux pays maghrébins d'émigration.

- Insuffisances des principes et mécanismes de coordination.

25 - Pour revenir aux principales dispositions prévues par le volet social celles-ci portent notamment sur:

- L'absence de discrimination dans le domaine de la sécurité sociale pour les travailleurs maghrébins et les membres de leur famille résidant dans un Etat membre.

- La totalisation des périodes d'assurance, de résidence ou d'emploi accomplies dans les différents Etat membres, pour ce qui concerne les pensions et rentes de vieillesse, de décès et d'invalidité ainsi que les soins de santé pour eux-mêmes et leur famille résidant à l'intérieur de la Communauté.

- Les prestations familiales pour les membres de leur famille résidant à l'intérieur de la Communauté.

- Le libre transfert vers leur pays respectif des pensions et rentes de vieillesse, de décès et d'accident du travail ou de maladie professionnelle ainsi que d'invalidité⁽⁶¹⁾.

(59) Les déclarations sur l'Europe des citoyens concernant de façon quasi exclusive les ressortissants des Etats de la C.E. (l'échéance de 1993 n'emporte aujourd'hui de conséquence sur la libre circulation des étrangers qu'à l'égard des espagnols et des portugais). Cf. «Actualités migrations» n°261, périodique cité par «Conjoncture, n°609. CFCIM du 25 mars 1989, IV-1.

(60) Cf. Les accords de coopération CEE-Maghreb, op. cit., p.18.

(61) En retour, les Etats du Maghreb doivent accorder aux ressortissants des Etats membres de la C.E. travaillant sur leur territoire un régime analogue. Or l'application d'une réciprocité de traitement entre les mêmes catégories socio-professionnelles est un leur puisque les pays maghrébins n'emploient que certaines compétences, dans le cadre de la coopération technique notamment.

Il n'en va pas autrement dans le cadre de la convention de Lomé puisqu'une déclaration commune sur le «statut des ressortissants de l'une des parties contractantes résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre (de la C.E.) ou d'un Etat A.C.P.» garantit aux travailleurs l'égalité de traitement avec les nationaux en matière de conditions de travail et de rémunération, ainsi que pour les prestations de sécurité sociale liées à l'emploi⁽⁶²⁾. L'appréciation de ces dispositions rejoint celle qui été faite à propos des conventions bilatérales de sécurité sociale, notamment en ce qui concerne l'égalité de traitement⁽⁶³⁾. Les travailleurs migrants maghrébins et leurs familles ne peuvent bénéficier de prestations non contributives, en particulier celles non liées à l'emploi. Le projet de décision ne manque pas de préciser les multiples limitations dans ses articles 1^{er} a), 4 - 4,5,59, ainsi que dans ses annexes I, III (partie B) et V.

D'autre part, la protection sociale des travailleurs maghrébins ne prend guère en considération le déplacement de ces migrants à partir de la Communauté dans chaque pays maghrébins contractant, voire l'ensemble des territoires maghrébins.

La seule exception concerne la protection en cas d'accident de travail et de maladie professionnelle où il est fait expressément mention au rôle que peut jouer l'«Etat compétent» (au lieu de l'Etat membre)⁽⁶⁴⁾. Ce document (article 57) renvoie encore aux accords bilatéraux lorsqu'ils existent, ou à des négociations directes entre Etat membre et pays maghrébin concerné lorsqu'il s'agit du transfert des prestations à long terme (pensions et rentes) seulement. Devant une telle situation, on comprend dès lors bien pourquoi les pays maghrébins d'immigration ne se sont guère empressés à demander l'adoption puis l'application effective de telles mesures et dispositions. Ils se sont contentés des accords de sécurité sociale qui les lient avec les principaux Etats membres d'immigrations où sont occupés en grand nombre leurs ressortissants⁽⁶⁵⁾. Enfin, l'examen de termes du volet social ou du projet de décision montre aisément que la dimension culturelle maghrébine, notamment au regard du retour et de la réinsertion des migrants, n'est pas prise en compte. La coopération globale C E E-pays maghrébins et particulièrement en matière sociale, demeure dominée par l'Eurocentrisme. Alors que la création de l'Union du Maghreb Arabe et les rapports des Etats membres de cet ensemble régional avec l'Afrique, le Monde Arabe et le Monde Islamique rend une telle coopération non seulement inappropriée ou formelle, mais aussi et surtout dépassée. D'où la nécessité d'une révision déchirante des relations euro-maghrébines dans le cadre d'une coopération solidaire et plus humaine.

(62) «Ces dispositions sont analogues à celles qui figurent dans les accords de coopération signés par la Communauté avec les pays du Maghreb», d'autant plus qu'elles se sont toutes inspirées du «Programme d'action» précité. Cf. La Convention de Lomé II, op cit, p.51.

(63) Voir supra n^{os} 13 et ss.

(64) Cf. article 38 et ss. du projet de décision.

(65) Et ce, malgré les imperfections de ces instruments bilatéraux. Voir supra n^{os} 11 et ss.

III/Pour des «contrats de solidarité» en faveur des migrants.

Avant de dégager quelques éléments de réflexion en vue de jeter les bases d'un cadre conceptuel de référence (B), puis d'avancer - selon une vision prospective - des alternatives viables dans ce domaine(C), il échet au préalable de relever l'existence d'un environnement favorable à une coopération nouvelle, voire à l'établissement d'un ordre social méditerranéen ou euro-maghrébin(A).

A/Un environnement favorable.

1/ Des ensembles régionaux pour survivre.

26 - L'avènement du Marché européen sans frontière et la naissance de l'Union du Maghreb Arabe s'insèrent dans un processus encourageant la constitution d'ensembles régionaux viables. On peut notamment enregistrer avec intérêt la création, également en février 1989, du «Conseil de coopération Arabe» (C.C.A), qui comprend notamment parmi ses Membres deux Etats pris en compte par la politique méditerranéenne de la Communauté, à savoir l'Egypte et la Jordanie⁽⁶⁶⁾. Ainsi, les Etats se trouvant autour du bassin méditerranéen sont condamnés à s'unir entre eux, suivant des formules qui les sied le mieux, ou du moins à coopérer plus intimement que par le passé pour survivre dans un monde de plus en plus interdépendant. Mais ces ensembles régionaux ne doivent pas seulement demeurer obsédés par leur intégration purement économique et par leur compétitivité ou un climat de plus en plus concurrentiel. Ils sont obligés, pour ne pas verser dans un «protectionnisme régional», de rester ouvert au monde extérieur, un monde différent mais toujours interdépendant. C'est dire la nécessité de la coopération de l'Europe de 1993 avec le Maghreb de 1989 et d'après.

2/ Des bonnes intentions à concrétiser.

27 - Les déclarations allant dans ce sens ne sont pas rares puisque M. Jacques DELORS? président de la Commission des C.E., affirme que l'Europe de 1993 restera ouverte sur le monde et maintiendra sa coopération avec le Maghreb, auquel elle est liée par des relations historiques, géographiques, culturelles et économiques. Plus particulièrement en ce qui concerne la situation future de la main-d'œuvre maghrébine dans la Communauté, ce haut responsable communautaire a ajouté «Nous ne serions pas dignes de l'Europe si nous ne traitons pas ces travailleurs de la même manière que les autres européens qui y sont établis»⁽⁶⁷⁾. Avant son remplacement par M. Abel Matutes, M. Claude CHEYSSON, alors commissaire européen chargé de la politique méditerranéenne et des relations Nord-Sud a déclaré: «La fermeture des frontières serait suicidaire pour le Communauté. Nous avons besoin de libéralisation. Même si nous le voulions, nous ne pourrions pas nous fermer à nos partenaires de la méditerranée avec lesquels nous avons des accords de libre accès»⁽⁶⁸⁾. D'autres, des chefs

(66) Les autres Etats membres du C.C.A. sont l'Irak et la République Arabe du Yemen.

(67) Cf. Michel DEURE — Le Monde — 12 juillet 1988.

(68) Cf. Communauté Européen. Communiqué de presse. Décembre 1988.

(69) Cf. Conjoncture n°605, 30 janvier 1989, op. cit., p. 11. 3.

d'entreprise européens, estiment que l'Europe ne doit pas se muer en une «forteresse» inexpugnable, mais bien une Europe «ouverte» aux problèmes des autres et dont la générosité sera équivalente à la puissance⁽⁶⁹⁾. Récemment, tout en saluant la création de l'U M A, le ministre espagnol des affaires étrangères déclarait que «De l'avis de la Communauté, cette nouvelle dimension maghrébine ne pourra qu'enrichir et compléter les relations entre la Communauté et le Maroc, sans affecter leur spécificité...»⁽⁷⁰⁾. Enfin, pour M. Abel Matutes, «Comme dans toutes les entreprises de regroupement régional, les pays du Maghreb seront appelés à tirer les enseignements des expériences autres, celle de la Communauté, ancienne et complexe, offre de tels enseignements, notamment dans le champ économique»⁽⁷⁰⁾.

28 - Pour se limiter à de telles déclarations, il convient de souligner qu'elles ne dépassent pas encore le stade des intentions. Aussi doivent-elles être concrétisées en dehors de toute idéologie eurocentriste qui cherche à maintenir le Maghreb dans une dépendance mortelle. Les dirigeants de l'U M A en sont conscients. M. Abdellatif Filali, ministre marocain des affaires étrangères, n'a pas manqué de noter que «Le traité de l'Union du Maghreb Arabe ouvre de nouvelles perspectives à la coopération globale euro-maghrébine et offre des opportunités intéressantes à son enrichissement... Le Maroc ne ménagera aucun effort pour contribuer à faire évoluer nos deux régions européenne et maghrébine, vers davantage de complémentarité et de SOLIDARITE pour le bien être et la prospérité de nos régions et pour l'équilibre et la sécurité de la région méditerranéenne»⁽⁷¹⁾.

Reste donc à jeter les bases d'un cadre approprié pour rendre effectif une coopération solidaire euro-maghrébine, particulièrement en faveur de la protection sociale des migrants.

B/Un cadre conceptuel de référence.

1 - Il ne s'agit nullement d'innover en la matière si on considère que le fondement de la coopération euro-maghrébine, voire une coopération plus étendue (méditerranéenne, euro-arabe, euro-arabo-africaine ou mondiale) et globale (aspects divers dont les aspects socio-culturels des migrants), est et demeure la solidarité. Ce terme signifie, suivant le littré, «l'engagement par lequel des personnes s'obligent les uns pour les autres et chacun pour tous», ou mieux encore: «une responsabilité mutuelle entre plusieurs personnes». Le dictionnaire philosophique de Lalande propose lui aussi un sens analogue: «devoir moral d'assistance entre les membres d'une même société en tant qu'ils se considèrent comme formant un seul tout». Il attribue enfin à ce terme une autre signification «dépendance réciproque: caractère des êtres et des choses liés de telle sorte que ce qui arrive à l'un d'eux retentisse sur l'autre ou sur les autres». Or, pour se limiter à ces quelques définitions, la solidarité entre les hommes, entre les peuples ou entre les Etats ne peut être une chose nouvelle. Elle devient simplement une

(70) Cf. Discours de ces responsables lors de la 2ème session du conseil de coopération CEE-Maroc. Le Matin du 26-4-1989.

(71) Cf. Le Matin du 25-4-1989.

nécessité dans un monde de plus en plus interdépendant, mais dont les composantes sont toujours inégales et le demeureront encore.

2/Intérêt du concept d'«autonomie collective».

30 - En attribuant donc un rôle de premier plan à la solidarité, on tente seulement de mettre en valeur une autre vision des relations entre des personnes ayant un sens aigu de leurs responsabilités à l'égard de chacun d'eux et d'autres personnes qui sont dans une situation précaire ou très défavorisée. Il peut s'agir aussi, si l'on veut, d'une autre vision du «développement», bien que ce terme est souvent employé à tort et à travers.

Il convient d'ailleurs de lui substituer une autre concept, beaucoup plus approprié à des ensembles régionaux plus viables, à savoir celui de l'autonomie collective. Un tel concept peut concerner aussi bien un seul Etat, dans le cadre d'une stratégie de «self reliance», que des ensembles interrégionaux, voire la Communauté internationale. L'«autonomie collective» est même en voie d'être mise en œuvre, par les pays en développement, comme une alternative possible au nouvel ordre économique international qui a fait long feu depuis la session extraordinaire de l'Assemblée Générale de l'O N U en 1974⁽⁷²⁾. Ce concept peut donc être mis en œuvre au service du Grand Maghreb Arabe comme il le sera, dans une certaine mesure, au niveau de l'Europe de 1993. L'autonomie collective, qu'on peut considérer comme l'une des manifestations de la solidarité, peut réunir dans un même cadre de coopération, le Maghreb et la C.E., voire l'Afrique, le Monde Arabe et l'Europe⁽⁷³⁾.

31 - L'essentiel c'est la recherche du bien-être et du progrès de l'homme. Et c'est le cas en particulier des migrants maghrébins (travailleurs et familles) qui se trouvent entre «deux chaises». Ni les Etats membres de la Communauté ni leur pays d'origine n'ont pu encore arriver à mettre au point une coopération solidaire en matière de sécurité sociale. La recherche d'une telle coopération doit aussi viser une «égalité sociale» entre ces migrants et les nationaux du pays d'emploi, pour rejaillir ensuite sur leurs compatriotes ou concitoyens du Grand Maghreb Arabe, une approche aussi globale en matière sociale et humaine permet d'avancer qu'on sera devant un cadre conceptuel fondé sur une «solidarité égale» ou une «égalité solidaire» en ce qui concerne les hommes et les peuples concernés, ainsi que sur l'autonomie collective en ce qui concerne les Etats et les ensembles régionaux (Maghreb-C E E par exemple).

3/Notion et portée des «contrats de solidarité».

32 - Il ne s'agit nullement d'un jeu de mots car le devoir, le sens de responsabilité ou l'engagement des uns envers les autres peuvent, si la volonté existe vraiment, conduire à une sorte de «légalisation» de la solidarité par le biais

(72) A l'initiative du Groupe des 77 dont le chef de file était l'Algérie sous feu le Président Boumediène.

(73) Voir infra n°34.

d'«obligations contractuelles». Cette légalisation ou mieux, cette reconnaissance des devoirs, responsabilités ou engagements des uns envers les autres peut être consacrée par des «contrats de solidarité». Ceux-ci ne peuvent être confondus avec les accords de coopération C E E - Maghreb, par exemple, qui sont fondés sur une égalité formelle des Etats, soit disant souverains. Ils doivent plutôt «reconnaître le droit à des avantages supérieures pour les plus faibles, compensant de façon durable... les effets d'une domination antérieure ou des inégalités naturelles»⁽⁷⁴⁾. De tels contrats n'excluent cependant pas une réciprocité des intérêts puisque la solidarité elle-même et sa manifestation: l'autonomie collective impliquent une responsabilité mutuelle entre les personnes concernées (Etats, entités internationales ou supranationales, peuples, hommes...). Ils expriment de ce fait une «solidarité par conscience de l'appartenance à un seul monde et par sentiment de la communauté de destin qui en résulte»⁽⁷⁴⁾. Et c'est justement le cas de l'homme méditerranéen, qu'il se trouve au Nord ou au Sud, à l'Est ou à l'Ouest, qu'il se déplace dans les Etats du bassin méditerranéen ou non. En définitive, les contrats de solidarité peuvent codifier les droits et les obligations des partenaires européens et maghrébins dans un domaine particulier comme celui de la sécurité sociale des migrants. Ils peuvent certes porter sur d'autres domaines aussi variés que les multiples volets des accords de coopération CEE-MAGHREB ou de la convention de Lomé.

4/Impératif d'un «Etat social»

33 - Mais du moment que les pays concernés ou leurs institutions communautaires doivent se pencher sur le sort d'une partie non négligeable de leurs populations actives comme celui des pauvres et des déshérités, on conçoit encore mal que ces pays comptent assumer effectivement leurs responsabilités envers ces personnes alors qu'ils se plient davantage aux intérêts de l'argent ou aux diktats d'institutions financières internationales. Ces Etats sont de plus en plus impliqués dans un processus de désengagement, de dérégulation et de déréglementation dans plusieurs secteurs de l'activité économique. Si un tel processus peut sembler salvateur pour l'intérêt des entreprises (employeurs), il ne manque pas d'avoir des conséquences fâcheuses sur les plans culturel, social et humain. Les migrants maghrébins comme les pauvres du Maghreb ou de la Communauté sont les premiers touchés. On constate alors que l'Etat-Providence ou l'Etat Protecteur est en crise, voire devenu inexistant. C'est dire l'urgence pour les Etats méditerranéens, comme des autres d'ailleurs, de s'appuyer sur la solidarité, à tous les niveaux et dans tous les domaines, pour remplir le rôle d'«Etat social» qui doit demeurer le leur, pour autant que ces «Etats» ne se fondraient pas dans une même et seule Communauté («UMMA») possédant des pouvoirs à l'échelle de la région ou de plusieurs régions. Seul, en effet, l'«Etat social» peut pratiquer une démocratie réelle et tenir compte en priorité du bien-être et des droits de l'homme. Le statut des travailleurs migrants maghrébins et en

(74) Cf. Albert Tevoédjré, introduction à un travail collectif sur les «contrats de solidarité...». Tiré à part de «travail et société». Vol 3, n° 3-4 juillet-octobre 1978, pp.286-287.

particulier leur protection en matière de sécurité sociale n'en sortiront que mieux garantis.

5/Possibilité d'extension géostratégique de la solidarité et de l'atonomie collective

34 - Mais la solidarité euro-maghrébine en ce domaine ne peut s'enfermer dans une tour d'ivoire. Même s'il peut s'agir d'un «splendide isolement», une telle solidarité, exprimée par des Etats sociaux ainsi que directement par leurs peuples, ne doit pas ignorer d'autres solidarités dans lesquelles elle peut se fondre aisément en raison des liens étroits qu'entretiennent les hommes et leurs dirigeants entre eux. Ainsi, une fois acquises, les solidarités européenne et maghrébine peuvent constituer le ferment d'une solidarité euro-arabe au lieu d'un dialogue de sourd à ce niveau. On ne peut omettre de souligner que dans ce cadre aussi la partie européenne a toujours refusé la proposition de la partie arabe d'établir une convention interrégionale en faveur des travailleurs migrants et de leurs familles, dont font partie notamment les migrants maghrébins. La partie européenne a non seulement opté pour une déclaration d'intentions n'ayant aucune force contraignante, mais a voulu surtout tirer profit des richesses des pays arabes comme de leurs ressources humaines⁽⁷⁵⁾.

La solidarité euro-maghrébine doit faire également partie d'une solidarité euro-africaine, qui dépasserait les contingences de la Convention de Lomé, voire dans le cadre d'une solidarité euro-arabo africaine étant donné la complexité des rapports interdépendants entre ces trois régions. La géopolitique, la géostratégie et tout simplement l'histoire commune de ces contrées autour de la méditerranée constituent incontestablement une puissance motivation. Mais, au préalable, il faut que s'organise sur des bases saines les solidarités africaines, arabe puis arabo-africaine.

35 - Pour le moment, en matière de sécurité sociale, les instruments adoptés au niveau de ces deux régions sont loin de refléter de telles solidarités. Tel est le cas en particulier de la convention de sécurité sociale adoptée par l'Organisation Commune Africaine, Malgache et mauricienne (OGAMM) le 29 janvier 1971 à Ndjaména (Tchad)⁽⁷⁶⁾ et de la convention arabe (n° 14) concernant le droit au assurances sociales des travailleurs arabes qui se déplacent d'un pays dans l'autre, adoptée en mars 1981 par l'Organisation Arabe du Travail⁽⁷⁷⁾.

(75) Pour plus de détail à ce sujet, cf. A. BOUDAHRAIN «Coopération sociale euro-arabe en faveur de travailleurs migrants», op. cit., passim, not. pp. 11 et ss.

(76) Elle n'a été ratifiée que par 7 Etats. Cf. Liste des instruments internationaux de sécurité sociale. BIT. Genève, 2ème édition 1984, p.37.

(77) Cf. A. BOUDAHRAIN. «Nouvel ordre social international et migrations», op. cit., p.163. La convention arabe n°14 n'a été ratifiée que par l'Irak et la Palestine. Quant à la convention arabe (n°3) portant norme minimum de sécurité sociale (1971), elle a été ratifiée par 6 Etats membres de l'O.A.T : Soudan, Syrie, Irak, Palestine, Libye, Egypte. On note aussi que pour toutes les normes arabes du travail, très peu de ratifications sont enregistrées de la part des pays maghrébins. Ainsi, d'après le tableau de ratifications, à jour au 21-12-1986, l'Algérie, la Mauritanie et la Tunisie n'ont adhéré à aucune des 16 conventions de l'O.A.T. Le Maroc a ratifié seulement la convention arabe (n°1) concernant les normes du travail (1967), la Libye

Ces instruments ne font, en effet, que reprendre au niveau régional, les principes de coordination des législations d'assurances sociales précédemment examinés à propos des conventions bilatérales de sécurité sociale et du volet social des accords de coopération CEE-MAGHREB⁽⁷⁸⁾. Il n'en va pas autrement aux niveaux des pays islamiques⁽⁷⁹⁾ ou des pays non alignés⁽⁸⁰⁾. Les projets d'instrument présentés par ces Etats ou leurs institutions font peu cas de la dimension culturelle de leur société ou de leur région respective car ces textes s'inspirent, sinon reprennent, des normes d'essence occidentale faisant perpétuer les méfaits de l'Eurocentrisme, Cela est dû notamment au fait de la préparation de ces projets par des experts occidentaux choisissant souvent, au niveau du Bureau international du travail ou des départements spécialisés de l'O.N.U., les solutions de facilités. Ce qui est bon pour l'occident l'est certainement, d'après eux, pour les autres. C'est aux autres de s'identifier à la culture la plus probante (sic). On peut cependant espérer que le projet de la «convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles» remédie à cette étrange situation, quoique son adoption n'est pas pour demain et pour cause. On relève que cet instrument dispose notamment de la liberté de circulation (article 40), de la protection sociale des migrants (article 44, e) tout en respectant leur identité culturelle (article 31)⁽⁸¹⁾. Tout dépend en fin de compte de la conception qu'on se fait d'une solidarité nationale ou internationale et des moyens à mettre pour sa mise en œuvre effective, notamment par le biais de l'autonomie collective.

B/Recherche d'autonomie collective.

I - D'abord une coopération maghrébine en rapport avec un choix de société commune.

36 - La réalisation effective de la solidarité euro-maghrébine en faveur des migrants ne peut voir le jour si du côté maghrébin on ne s'organise pas dans un cadre supranational. Ce cadre peut être comparable aux institutions communautaires européennes, mais sans pour autant s'en identifier culturellement jusqu'à perpétuer sa dépendance vis-à-vis de l'Eurocentrisme. Une fois organisée

en a ratifié 3 ; conventions arabes n°1 et n°3 précitées et convention arabe (n°2) sur le déplacement des travailleurs à l'intérieur du monde arabe (1968), La Tunisie a ratifié, quant à elle, la convention arabe (n°7) concernant l'hygiène et la sécurité du travail (1977). Cf. aussi A. BOUDAHRAIN l'«O.A.T.» monographie oubliée en anglais in Encyclopédie Internationale du Droit du Travail et des relations Professionnelles. Sous la direction du Prof. Dr. R. Blanpain. Kluwer. Netherland. 1983. 80 p. — Tableau des ratifications de l'organisation arabe du travail au 1/1/1989.

(78) Voir à ce sujet supra n°s II et ss ; 18 et ss.

(79) Cf. projet de convention bilatérale modèle de sécurité sociale entre Etats membres de l'Organisation de la Conférence Islamique. Document préparé pour la réunion des experts de l'O.C.I (Ankara. octobre 1981) par le B.I.T.

(80) Cf. projet de déclaration des principes et plan de travail du 2ème congrès des ministres du travail des pays non alignés et des autres pays en voie de développement. Bagdad (Irak). Décembre 1981. 16 p.

(81) Cf. texte du préambule et des articles de la convention précitée. Rapport de l'Assemblée Générale de l'ONU. Octobre 1984. 44 p. (Centre pour les droits de l'homme. Genève).

de façon homogène et efficace, l'entité maghrébine doit prendre rapidement, mais progressivement, les mesures qui s'imposent pour une meilleure coordination et une meilleure harmonisation de leurs législations et pratiques nationales en matière de sécurité sociale. Cet objectif impose d'abord une refonte des systèmes nationaux de protection sociale en rapport avec le choix d'une société maghrébine ouverte et interdépendante. Toutefois, si un tel objectif ne peut être atteint avant la fin du XXème siècle, la conclusion d'une convention maghrébine de sécurité sociale est fort possible en même temps ou tout suite après l'adoption d'un accord facilitant le déplacement des maghrébins dans les territoires de la région. Si la volonté est mieux déterminée, il est possible de faire adopter par les instances maghrébines un instrument régional, directement applicable, portant sur la libre circulation des travailleurs comme des autres ressortissants du Maghreb. On rappelle d'ailleurs que la liberté de circuler dans la région demeure un préalable nécessaire pour assurer une meilleure coordination des législations et une coopération solidaire en matière sociale.

37/Ils s'ensuit que les Etats membres de l'UMA doivent d'abord construire les bases de leur solidarité pour consacrer leur autonomie collective, avant de demander à l'Europe communautaire d'être solidaire et de coopérer avec eux dans ce cadre. N'oublions pas que l'Acte unique européen impose en matière de santé ou de sécurité sociale une harmonisation à un niveau élevé, ce qui peut causer quelques difficultés aux pays maghrébins. Mais si la C.E.E. doit en tenir compte et, par conséquent, moduler le principe de la réciprocité-qui régit encore les relations internationales dans divers domaines en fonction de l'état de développement des Etats membres de l'UMA, ces derniers sont tenus aussi de fournir les efforts attendus pour honorer leurs obligations contractuelles à la fois envers leurs populations et envers celles de la Communauté. Pour que le Maghreb prenne en compte ses dimensions humaine et culturelle, notamment en matière de sécurité sociale, il doit en principe «ressourcer» ses normes internes et régionales dans sa religion, qui constitue aussi un mode de vie. Il peut ainsi aménager l'obligation, ou le devoir, des riches à l'égard des pauvres, des déshérités et des nécessiteux au moyen de la «Zakate»⁽⁸²⁾. Son expérience peut, si elle réussit, constituer un exemple pour d'autres régions du Monde Arabe, du Monde Islamique, voire de pays occidentaux eux-mêmes.

38 - Parallèlement à ces étapes proprement maghrébines, ou après, peut intervenir un accord entre la C.E.E et l'UMA en faveur de la protection sociale des travailleurs migrants et leurs familles. Un tel accord, complété par un ou plusieurs instruments d'application, peut soit être directement introduit dans les ordres juridiques internes des Etats membres des deux institutions supranationales, soit servir de cadre impulsant la conclusion de conventions bilatérales de sécurité sociale. Quoiqu'il en soit, les instruments euro-maghrébins et les accords bilatéraux inter-étatiques doivent suppléer aux lacunes déjà signalées et

(82) Cf. A. BOUDAHRAIN «pour un système islamique de protection sociale par la Zakate» Rev. jur. et pol. «Indépendance et coopération». Paris. N° spécial 1984.

comprendre des dispositions tenant compte des retours et de la réinsertion au Maghreb ainsi que des aspects socio-culturels de ceux qui restent en Europe. Les normes constituant la substance de ces conventions, décisions, directives ou règlements doivent ainsi garantir les droits de l'homme, eu égard aux responsabilités de l'«Etat social» et de ses institutions communautaires. Autrement dit, les techniques de coordination des législations et des pratiques nationales doivent être améliorées au niveau euro-maghrébin après l'avoir été au niveau de chaque région. L'harmonisation des concepts et des modèles se fera soit concurremment aux efforts de coordination précités, soit par la suite⁽⁸³⁾.

39 - EN ce qui concerne le problème aigu du financement des systèmes maghrébins de protection sociale, les Etats membres de la C.E. peuvent y participer de différentes manières. On peut citer notamment la réduction sinon l'apurement de la dette des pays maghrébins non pas bénévolement, mais dans le cadre d'un système de compensation fondée à la fois sur la solidarité et la justice sociale. Ce ne serait, en effet, que justice si les Etats membres de la C.E.E. réservent même un faible pourcentage de leur PNB pour une aide technique et financière en faveur d'un Maghreb, dont une part appréciable de sa population active a participé, depuis la seconde guerre mondiale, à leur croissance et à leur prospérité. Les Etats du Maghreb se sont, eux, vus saigner des forces vives de leurs peuples, qui reviennent souvent dans un état sanitaire, matériel et moral déplorable. D'autres formules de participation financière sont également possibles⁽⁸⁴⁾.

40 - On rappelle encore que la protection des travailleurs migrants maghrébins et leurs familles ne peut être effectivement réalisée sans qu'une politique migratoire euro-maghrébine commune favorisant la libre circulation des personnes dans les deux régions ne soit instituée⁽⁸⁵⁾.

En tout cas, la coopération solidaire dans ce domaine précis, comme dans d'autres d'ailleurs, a besoin, pour sa mise en œuvre, de toutes les énergies et pas seulement des Etats avec leurs administrations et des institutions régionales. C'est dire le rôle que doivent jouer les organisations non gouvernementales et autres associations, coopératives, syndicats pour le bien être de leurs membres et des plus démunis.

(83) Cf. A. BOUDAHRAIN «le droit marocain de la sécurité sociale (l'étude comparative et prospective avec les systèmes de protection sociale à ricains, arabes et européens). Thèse. Bordeaux I. Avril 1981, pp. 763 et ss/.

(84) Cf. W-R Bohning : «Comment dédommager les pays d'origine des migrants». Programme Mondial de l'emploi. WEP 2-26/WP. 18 F. Décembre 1977, p. 38 B.I.T. Genève.

(85) Voir sur cette lacune supra n° 24.

Conclusions générales : Pour un nouvel ordre euro maghrebin solidaire et plus humain

41 - Notre approche d'une coopération solidaire euro-maghrébine en faveur des travailleurs migrants et leurs familles, particulièrement en matière de sécurité sociale, ne peut — on s'en doute — être limitée à ce domaine précis. Les réflexions et les éléments d'alternative émises visent souvent aussi bien une coopération globale ou multisectorielle qu'une coopération étendue à d'autres régions. On a seulement donné la priorité aux aspects socio-culturels et à la solidarité humaine d'une partie appréciable de la population active des pays concernés. Dans un monde de plus en plus interdépendant, la coopération euro-maghrébine constitue un exemple bénéfique de ce que peut être une coopération Nord-Sud, d'autant plus que celle-ci est devenue une nécessité politique, voire une nécessité rationnelle et une obligation morale⁽⁸⁶⁾. Le sens aigu des responsabilités de nos Etats du Sud comme du Nord doit nous amener à œuvrer tous pour la réalisation d'une Communauté internationale plus solidaire et, par conséquent, plus humaine⁽⁸⁷⁾.

42 - L'impératif du dialogue inter-culturel, qui contribue également à la défense des droits de l'homme au Nord et au Sud, doit faire du développement culturel un préalable au développement social et économique. Dans ce contexte, la coopération euro-maghrébine doit faire de la méditerranée, cette «mare nostrum», un véritable «lac de paix», un «trait d'Union» entre les hommes et les peuples des deux rives Nord et Sud. Elle peut aussi servir de laboratoire, de noyau dur ou de fer de lance pour d'autres coopérations à l'échelon de tout le bassin méditerranéen, voire à l'échelon mondial.

L'homme méditerranéen n'entirera que plus de fiertés, celles d'avoir relevé les défis d'être humain à l'aube du troisième millénaire. mais au préalable, la décision politique des différentes parties concernées devra tendre à donner un élan irrésistible à un vaste changement d'attitude et de mentalités, encore égoïstes.

(86) Cf. Conseil de l'Europe. Compagne publique européenne sur «l'interdépendance et la solidarité Nord-Sud». Programme d'activités au niveau européen. Printemps 1988 «Nord Sud. Un seul avenir, une tâche commune», Strasbourg. CEO/NS (87) 11. rév. 3.48 p. not. p.6.

(87) Cf. A. BOUDAHRAIN : «Nouvel ordre social international et Migrations», op cit., pp. 165 et ss.
— «Le défi d'être humain». Rapport de la commission sur les questions humanitaires internationales. Berger-Levrault. Paris. 1988, 262 p, not, pp 15-26 sur l'éthique de la solidarité humaine.



CONSTITUTION ET SOCIETE : ELEMENTS POUR UNE REFLEXION SUR LE CAS DES ETATS DE L'AFRIQUE SUB-SAHARIENNE

Abdelaziz LAMGHARI*

Il peut paraître à première vue inadéquat d'aborder l'étude du rapport entre constitution et société dans le cas précis des Etats Africains au Sud du Sahara. Tout au long de leur vie postcoloniale, la constitution a été, pour ces Etats, une «affaire intérieure», expression de la souveraineté du pouvoir en place. La constitution, même au cours des brèves expériences parlementaires du début des indépendances, se fait concevoir, élaborer, réviser ou abroger en vue de régler d'abord un problème central pour les jeunes Etats : celui de la forme du régime politique à adopter. Celle-ci est soit une raison ou une conséquence de la lutte pour le pouvoir, de sa stabilisation ou de la garantie de son renforcement.

La société n'est pourtant pas absente de ces préoccupations et, donc, du texte constitutionnel qui vient les sanctionner. Sa présence doit, cependant, y être discernée à travers des statuts préconçus. La société c'est la Nation ou c'est le Peuple régis tous les deux par des principes a priori qui se ramènent à un seul qui les synthétisent, celui de l'Unité.

L'analyse de ce schéma renvoie donc à l'analyse de l'image que se fait le constituant africain de sa propre société(1).

Les soubresauts connus par les Etats Africains et que les constitutions ont pu enregistrer à leur manière (différents régimes politiques et différents systèmes de partis) ou subir en disparaissant parfois (certaines phases des régimes militaires), perturbent cette image à des degrés divers selon les situations envisagées. Pour pouvoir déceler les contradictions derrière cette image, le processus réel derrière le processus construit, il faut voir comment les constitutions africaines sont révélatrices du sociologique et jusqu'où le constituant peut se situer dans la mouvance sociale. Le rapport est nécessairement réciproque — quelle que soit la profondeur de cette réciprocité — et postule d'apprécier la charge dont peut peser la société réelle, soit sous forme de processus politique, soit sous forme de mouvement social, sur les constitutions africaines (1).

* Professeur à la Faculté de droit de Rabat

I — Constitution et image de la société

La constitution comme construction juridique n'a pas pour fonction de révéler la société réelle. On peut concéder que, tout en sublimant le pouvoir, elle laisse voir sa nature contraignante, l'essence ou les aspects essentiels de ses contradictions. La détermination des statuts des organes, la répartition des compétences et des prérogatives, la fixation prudente des rapports... sont là pour l'attester et le démontrer : elles sentent, en quelque sorte, le «brûlé», expriment en amont et/ou en aval tactiques et stratégies...

Mais de société réelle point ! Il est possible certes, même avec un appui mesuré de la science politique, de découvrir en ce pouvoir l'expression indirecte de la société réelle, de ses contradictions et notamment de ses dominants et dominés... Mais une fois «codifié», mis en règles, le pouvoir vole de ses propres ailes, développe sa propre logique et «rationalise», de sang froid, son «statut» ou son «rôle» d'expression de la société réelle. Au sein du pouvoir, il y a ça et là des «crises de conscience particulières» qui peuvent émerger, mais tout en l'émaillant, elles ne peuvent pas, en elles-mêmes, dénaturer sa logique globale ni troubler son processus propre.

Il est possible aussi de se référer aux constitutions qui font un point d'honneur de reconnaître la société réelle, ses clivages et ses contradictions. Les constitutions marxistes d'abord, leur variantes ensuite se parent de cette caractéristique. Mais quelle société y est-elle évoquée et décrite ? Ce n'est point leur propre société ; c'est la société de l'Autre, de celui qui est différent, ennemi, la société du régime déchu... son caractère réel se trouve poussé dans la constitution qui en fait la présentation jusqu'à la déconstruction-reconstruction. La société centrale et essentielle, celle qui est voulue, c'est celle qui est planifiée pour plus tard, la société de l'avenir.

En règle générale donc, il n'y a pas de société réelle ou du moins de véritable société réelle dans les constitutions. Ce propos est formulé à titre principal pour les constitutions des Etats Africains, et il l'est ainsi d'autant plus qu'elles peuvent être tenues pour des constitutions non institutionnalisantes. Autrement dit, les aspects d'autoritarisme développés aussi bien dans la constitution qu'en dehors d'elle (présidentialisation, personnalisation...) ainsi que le peu ou l'absence d'efficacité des dispositions «normatives» (fonction législative du parlement, contrôle de la constitutionnalité...), font que les risques inhérents au divorce entre constitution et société se trouvent amplifiés et plus menaçants.

Les constitutions africaines offrent plutôt une société idéale. Ce propos n'a rien de réducteur car il n'est pas une assertion d'ordre général destinée simplement à exprimer une déception. Il prend en compte les voies et moyens mobilisés par les textes constitutionnels africains pour forger l'image idéale qu'elles se donnent de la société.

Cet «idéalisme social» est à la fois un emprunt au passé et une projection vers l'avenir. Mais il est aussi, bien évidemment, une société qui se construit

maintenant dans les normes de l'honnêteté, de la responsabilité, de la liberté et du droit.

A/ La société par restitution

Il s'agit de la restitution dans les textes constitutionnels de la société traditionnelle unanimiste, c'est à dire de ses vertus d'homogénéité, de solidarité et de non conflit. Par rapport aux deux dimensions de l'avenir et surtout du présent qui seront analysées ultérieurement, la dimension «passiste» est beaucoup moins manifeste dans les constitutions africaines ; elle y est moins directement déclarée et encadrée par des dispositions explicites. Mais elle n'est pas de moindres utilité et efficacité constitutionnelles et politiques.

Dans le cadre même de cette réserve donc, comment se présente cette restitution, quelle est sa signification, et comment se manifeste-t-elle dans les textes constitutionnels ?

La restitution ne concerne pas systématiquement ce qui est révolu. Cet aspect concerne surtout l'organisation politique de la société : unicité du chef, obéissance et unanimité du groupe. La restitution est aussi une consécration du traditionnel existant dans la société actuelle. Des exemples seront rencontrés. La restitution constitutionnelle du passé est à voir surtout à travers les conséquences qu'elle génère au niveau même du texte constitutionnel, avec, bien entendu, les résultats politiques qui en découlent : présidentialisme, parti unique, immobilisation des dispositions prévoyant le multipartisme en raison des rôles d'unification et d'incarnation attribués au pouvoir vis à vis de la société.

En raison de ces considérations, il apparaît donc clairement qu'il s'agit de la société traditionnelle unanimiste telle que la conçoit et la restitue le pouvoir dans son œuvre constitutionnelle. Cette conception n'a pas été sans être confortée, par une certaine ethnologie et une certaine politologie qui ont sévi pendant la première période des indépendances et même au-delà. La tendance au monisme politique est soulignée et elle est considérée non seulement dans son aspect technique, mais aussi comme un ensemble de données psycho-sociologiques profondément ancrées dans la vie sociale traditionnelle. L'expression politique négro-africaine a un caractère essentiellement collectif, mais au même moment, c'est une expression qui implique la personnalisation du pouvoir et l'hypertrophie traditionnelle du chef. Ce modèle traditionnel d'organisation politique en appelle fortement à l'intégration, ce qui nécessite de l'individu de s'abandonner, non seulement à la communauté, mais aussi à son chef.

Les textes constitutionnels n'abondent pas quand il s'agit de dispositions concernant directement la société elle-même dans sa dimension traditionnellement solidaire et unanimiste. L'essentiel réside dans la sensibilité particulière à certains éléments considérés comme l'expression de valeurs absolues sacrées qui fondent la société. Il en est ainsi du mariage et de la famille reconnus comme constituant la base naturelle et morale de la communauté ; il en est ainsi également, et comme conséquence logique, de la solidarité entre les membres de la famille et ceux des

différents groupements jusqu'au niveau de la communauté nationale (art. 126 de la loi fondamentale du Bénin ; art. 19 de la constitution du Congo ; art. 14 et 15 de la constitution Sénégalaise etc...). L'individu est, mais il ne s'apanouit que par et dans la communauté. La communauté c'est la société concernée par l'unité nationale, et non pas les différentes communautés ethniques particulières. Dans ce sens, toutes les constitutions africaines peuvent être citées pour cette fameuse disposition qui condamne toute «discrimination raciale, ethnique ou religieuse», de même que «toute propagande régionaliste». Le traditionnel restitué ou accepté par la constitution est donc celui qui correspond, s'insère facilement ou ne dérange pas outre mesure la conception de la société unanimiste chez le leader africain et l'organisation que celui-ci lui donne. Un exemple supplémentaire est celui relatif aux langues nationales. Les Etats rares qui sont dans une situation privilégiée sont ceux qui ne possèdent, chacun, qu'une seule langue véhiculaire nationale, parlée ou comprise par toutes les couches de la population. Ces Etats consacrent la langue africaine langue nationale. Il en est ainsi de la constitution centrafricaine du 1^{er} Février 1981 qui consacre le Sango comme étant «langue nationale», de la République centrafricaine, à côté du français, comme langue officielle (art. 11). Mais le cas général, c'est la situation multilinguistique qui incite les Etats à ne pas se prononcer dans la constitution sur un choix linguistique qui correspondrait pourtant à la doctrine de l'Authenticité, de la Négritude, de la Rénovation ou de la Repersonnalisation...

La restitution de la société traditionnelle dans les textes constitutionnels des Etats africains fonctionne plutôt par substitution et par représentation. Ce sont les organes, et plus particulièrement les organes «nobles», de l'Etat actuel qui intériorisent et expriment en même temps la société précoloniale. Sont nommés par là : le chef de l'Etat et le parti unique.

L'appel déclaré ou non à la tradition africaine précoloniale conduit à renforcer la position du chef de l'Etat ; ce qui permet de souligner, en même temps, que le renforcement du pouvoir au sommet de l'Etat n'est qu'un hommage rendu à la tradition, car comme le soulignait Julius Nyerere : «La conception africaine du gouvernement était personnelle, non pas institutionnelle ».

L'exemple le plus appuyé de l'utilisation de la tradition est celui du Zaïre dont le préambule de la constitution déclare que «seule la politique de recours à l'authenticité nous permet d'affirmer notre personnalité». Au nom de l'Authenticité, la constitution organise la plénitude et non l'équilibre, l'unanimité et non l'antagonisme, la continuité et non l'alternance. Les dispositions constitutionnelles émises dans ce sens érigent comme une version moderne de la chefferie où la symbolique de la parenté est fortement sous-jacente (voir les dispositions du chapitre II, du Titre III, relatives au président du M.P.R., président de la République, et toutes les autres dispositions qui les recourent, ex. de l'art. 61 qui concerne le serment de fidélité au président du M.P.R., prêté par les commissaires politiques, ainsi que leur engagement d'être dépositaires et garants du Mobutisme). A l'image du chef traditionnel, le président est père de

la Nation, fondateur d'une lignée...

Le cas du Zaïre n'est pas unique. Son modèle constitutionnel et politique à base d'authenticité se rencontre, avec les nuances qui s'imposent, dans d'autres Etats africains dont le Togo est certainement le cas le plus immédiat.

Le cas du Zaïre est également exemplaire quand il s'agit d'évoquer le parti unique comme voie de restitution de la société traditionnelle selon l'image que s'en font les leaders des Etats africains. La constitution, d'une façon forte et explicite, considère le M.P.R., qui rassemble obligatoirement tous les Zaïrois (Art.8), comme «la nation zaïroise organisée politiquement» (art.33). Là aussi, le modèle n'est pas exclusif au Zaïre, même si le Zaïre se présente, constitutionnellement, comme le cas le plus accentué. Tel qu'il est présenté dans les constitutions des Etats Africains concernés, le parti unique apparaît comme la restitution de l'unanimité traditionnelle. Il n'est pas nécessaire de reconstituer et de démontrer un tel propos par une analyse externe — il s'agit avant tout d'un contenu constitutionnel exprimant une conception de la société qui émane et s'impose le plus souvent par la volonté d'un leader. Mais il est possible de se permettre, à ce niveau, une interprétation à deux volets. Le parti unique est en lui-même la version moderne de l'unanimité traditionnelle ; ou bien le parti unique se justifie dans la mesure où il tente de créer un unanimisme qui reproduit l'unanimité traditionnelle. Autrement dit, il s'agit du parti unique saisi comme une expression directe ou tout simplement comme un moyen d'atteindre l'unanimité à l'image du modèle traditionnel. Ces deux interprétations découlent d'un rapprochement qu'on peut faire entre le parti unique et l'unanimité traditionnelle dans l'optique très significative de l'opposition. Dans la société traditionnelle, l'opposition pouvait signifier l'inimitié et l'hostilité. La société devait être unanime et devait le rester. L'existence de l'opposition, sa continuité poussaient les opposants jusqu'à l'exil. Les études ethnologiques nous renseignent que l'opposant n'a d'équivalent dans les langues africaines que le mot ennemi, ennemi en armes. Du Côté du parti unique, cette conception traditionnelle de l'opposition se retrouve dans la mesure où le parti la récupère objectivement.

Cette récupération prend la forme la plus idéale quand c'est la constitution qui s'en charge. Sous cet angle, mais délimité d'une façon stricte, les constitutions marxistes de quelques Etats africains peuvent être concernées par ce parallèle entre parti unique et unanimisme traditionnel. Mais ce parallèle les englobera difficilement, et même sera un contresens, si le parti unique est pris dans le faisceau de principes et de présupposés idéologiques qui le fondent et l'encadrent. Un élément de synthèse qui est celui de l'unité du pouvoir, le parti comme avant — garde des couches laborieuses révolutionnaires, la société socialiste comme but ultime à atteindre — tous les trois d'inspiration soviétique — font que la constitution est antinomique à une société du passé et est plutôt tournée vers une société de l'avenir. Une analyse extra-constitutionnelle permettra, certes, de relativiser les principes, de les vider même de leur substance et de reconstituer,

en définitive, le parallèle entre le parti unique existant et l'unanimité de la société traditionnelle. Mais cette manière ne s'impose pas ici, pour le moment, il s'agit, avant tout, de voir le texte constitutionnel en lui-même et la société dont il est annonciateur.

B/La société par projection

Il est possible de parler d'un complément et d'un prolongement de la première attitude qui consiste à restituer la société traditionnelle dans les textes constitutionnels. Là aussi, la société réelle est évitée : le constituant se projette dans une société idéale et future. Logiquement, on peut y voir le projet de transformation de la société existante, mais très justement, la transformation est à la base et est, essentiellement, une opération de pouvoir pour le pouvoir, de son établissement, de sa construction et de son maintien. Comme le note pertinemment G. Burdeau dans son *Traité de Science Politique* : «... Les constitutions sanctionnent toujours la victoire d'une certaine conception de l'ordre à établir et elles demeurent marquées par ce caractère de consécration officielle d'une philosophie politique. D'où il résulte qu'en même temps qu'elles forment juridiquement le statut du pouvoir dans l'Etat, elles établissent légalement la suprématie, dans l'Etat, de la force politique à laquelle elles doivent d'avoir été adoptées». La société à établir, c'est l'ordre à établir ; la nature de la société à venir réside derrière la nature sociale de l'Etat projeté. Les aspects du pouvoir, de l'ordre et de l'Etat sont à évoquer ici pour ne pas perdre de vue que la société future, projetée dans la constitution, apparaît bien, au fond, ce qu'elle est, c'est à dire une décision politique. Juste évoqués, cependant, pour livrer, «en pureté» d'abord, ce parallèle constitution-société.

On peut procéder par distinction. La nature sociale de l'Etat était rarement explicitée dans les premières constitutions africaines : La première constitution guinéenne de 1958 peut être donnée en exemple. Aucune allusion quelconque à la volonté de créer une société socialiste n'y figurait. Ce furent plutôt les statuts du Parti Démocratique Guinéen qui indiquaient que ce parti avait pour mission de grouper les citoyens et les organisations en une «nation socialiste».

En revanche, dans les constitutions plus récentes, les constituants tiennent à préciser au moins ce que doit être l'orientation du système socio-économique. Le même exemple guinéen peut être cité : la République Populaire de Guinée s'engageait dans le préambule de sa seconde constitution, proclamée le 14 mai 1982, à «construire une société socialiste».

Cependant, le souci de la nature sociale de l'Etat ne pointe pas toujours de façon explicite dans le texte constitutionnel. Il y a même, parfois, la volonté manifeste de s'abstenir de dire clairement la nature de la société projetée. Ainsi, au Nigéria, et en prévision du projet de constitution à préparer, le général Murtala estimait en 1975 qu'il «serait stérile de proclamer une philosophie ou un idéal particulier dans notre constitution». Se basant sur cette directive, le Comité de Rédaction de la Constitution (C.D.C.) avait repoussé une proposition qui tendait

à faire figurer dans la constitution une disposition tendant à l'instauration d'un «ordre social fondé sur la propriété collective et le contrôle de l'Etat sur les moyens de production».

Mais, en même temps, la constitution qui fut adoptée en 1979 ne consacrait pas formellement la société capitaliste. Bien sûr, celle-ci y est implicitement puisque l'analyse de l'ensemble des dispositions de la constitution, notamment le chapitre II relatif aux «Objectifs fondamentaux et principes directeurs de la politique de l'Etat», révèle la volonté des constituants de préserver et de développer le mode de production capitaliste, sous réserve pour l'Etat d'encadrer activement la vie économique. On peut évoquer ici cette appréciation de M.P. Roy dans son ouvrage sur *les Régimes Politiques du Tiers-Monde* (1977, p. 182) estimant qu'«on pratique le capitalisme sans nécessairement s'en réclamer directement et en s'abstenant de formuler une doctrine quelconque». Il n'est pas exclu, bien entendu, de trouver parmi les constitutions africaines, celles qui se réfèrent explicitement à la nature sociale capitaliste de l'Etat. A titre d'exemple, la constitution de la Guinée Equatoriale de 1982, consacre formellement dans son article 66 «le principe de l'économie de marché libre» appuyé par un titre en entier, le titre VII, relatif à l'économie et à la propriété.

On est ainsi impliqué, logiquement, dans une seconde distinction entre constitutions «capitalistes» et constitutions «marxistes» et amené, par voie de conséquence, à évoquer le rapport entre constitutions (africaines) et mode de production.

On peut simplifier en disant que les Etats africains ont hérité d'un double passé, précolonial et colonial et, partant de deux modes de production différents : un mode de production qu'on peut qualifier, par commodité, de précapitaliste et un mode de production de type capitaliste introduit, dans les sociétés africaines, par les puissances coloniales. Cette situation ainsi décrite permet de s'interroger, ici, sur la position du constituant africain, c'est à dire, comment celui-ci entend-il disposer de ce double héritage.

On ne peut pas, bien entendu s'attendre de la part du constituant africain (et même de tout constituant, mais d'une façon générale) à une attitude raisonnée, objective et explicative du mode de production. L'attitude qu'il a ou qu'on peut dégager du texte constitutionnel est plutôt une attitude idéologique, justificative et plus ou moins subjective.

C'est une attitude qui est partagée par les deux constituants africains, «capitaliste» et «marxiste», et qui ne laisse que peu de chance à une distinction de fond entre les textes constitutionnels qu'ils donnent. Cependant, au delà de la différence de l'étiquette elle-même, «marxiste» ou «capitaliste», la distinction peut être faite, permise justement par la nature de l'attitude qu'on vient d'évoquer, entre deux styles dans la perception et l'expression de la nature sociale de l'Etat, renvoyant à deux types de conditions du pouvoir constituant.

Il est possible de considérer le style du constituant africain «capitaliste»

comme un style d'auto-satisfaction. La situation régie par la constitution est, sinon considérée comme une situation de l'objectif déjà atteint, du moins comme la situation facilement perfectible dans ce sens. L'absence fréquente de dispositions explicites sur la nature sociale de l'Etat et sur la société future dans les constitutions africaines «capitalistes», comme il a été souligné, illustre cette attitude d'auto-satisfaction. Mais il faut y voir à la base, bien entendu, le leg «capitaliste» de la puissance coloniale, la perpétuation de ce leg par le pouvoir en place, la situation de non concurrence de ce pouvoir (Père fondateur de la Nation, parti unique...) et l'absence de projet social de sa part.

Les constitutions «marxistes» apportent réplique à cette situation et aux constitutions qui y apparaissent ; cependant, leur fonctionnement et les performances qu'elles n'ont pas permis aux pouvoirs de réaliser pendant quelques années assez longues de gouvernement, montrent assez bien que la réplique a plus joué au niveau de la forme que du fond. Convient-il même pour cette raison et du fait des récentes attitudes plus ou moins claires «d'auto-renonciation» au marxisme de la part de certains régimes africains, d'écarter les constitutions marxistes comme étant sans crédibilité et sans pertinence pour renseigner sur le rapport Constitution-Société ? Cette réserve peut venir à l'esprit, mais sa mise en œuvre ne s'impose pas ici. Le rapport Constitution-Société est envisagé sous l'angle de la perception qu'a le constituant de cette société et même sous l'angle de la nature sociale de l'Etat décidée par le même constituant en tant que pouvoir ; par rapport à la société, ineffectivité, incompatibilité et distance sont alors assez bien partagées par les constitutions africaines aussi bien «capitalistes» que «marxistes».

Mais il y a aussi le fait que ces constitutions marxistes existent toujours. Même si elles ne sont plus dans «l'air du temps», et même si leur verbe, trop déclaratif en comparaison avec les autres constitutions, accentue la contradiction par rapport à la société, celle-ci ne peut être vue pour les pays concernés, et dans l'optique déterminée, qu'à travers les dispositions qu'elles énoncent. Un exemple de cette «qualité» d'existence : le rôle dirigeant du Parti Congolais du Travail (P.C.T.) n'est plus reconnu (verbalement) par son propre comité central ; mais en attendant Février 1991, date d'un congrès extraordinaire du parti unique qui décidera du référendum sur une nouvelle constitution, tout autre parti est considéré «hors la loi». Les constitutions marxistes qui existent encore font de la nature sociale de l'Etat et de la société future projetée une annonce directe et très explicite. Dans les constitutions béninoise (Loi fondamentale de 1977), congolaise (Constitution de 1979 remaniée en 1984) et éthiopienne (constitution de 1987) — principaux exemples à avoir en vue — les formules, dans ce sens, peuvent être extraites aussi bien des préambules que des strictes dispositions elles-mêmes. La constitution béninoise après avoir indiqué dans son préambule, les étapes de la réalisation de la société future (Mouvement Révolutionnaire de Libération Nationale ; Révolution Démocratique Populaire ; Révolution Socialiste), déclare, dans son article 4 que «la voie de développement est le socialisme» dont «le fondement philosophique est le marxisme-léninisme», avant d'ajouter à l'adresse

de la société réelle, cette promesse qui est d'appliquer celui-ci «de manière vivante et créatrice aux réalités béninoises». Les formules varient dans les autres constitutions, mais elles émettent la même tonalité. La constitution éthiopienne parle de «la constitution d'une société nouvelle...» (préambule) et pour cela il faut «jeter les bases de l'édification du socialisme» (art.1er).

Cette assurance dans les formules traduit-elle une vue plus raisonnée, objective et «scientifique» du constituant «marxiste»? Celui-ci agit également dans un contexte donné et répond à des stimulus venant des conditions elles mêmes du pouvoir. Les constitutions mentionnées et leur formules explicites sont le produit d'un processus d'installation dans le pouvoir. Les futurs pouvoirs constituants (en l'occurrence M. Kérékou, S. Nguesso et Mengistu H.M.) ont dû faire face, et d'une façon presque continue, à la concurrence la plus ardue. Une idéologie de confection personnelle n'est pas indiquée dans ces conditions. Le choix de l'idéologie marxiste apparut à son moment plus fonctionnel et plus utilitaire : pour pouvoir proposer un choix de société crédible, pour pouvoir s'imposer comme le pouvoir apte à l'encadrer, il fallut une référence objective qui permet d'éliminer, de retenir ou d'agencer selon les circonstances.

Sentiment de fragilité? Garantie contre l'imprévu? Après avoir restitué, d'une façon ou d'une autre, la société traditionnelle, après avoir prévu explicitement ou suggéré plus ou moins fortement la société future, le constituant africain pense nécessairement à la société présente, à l'image qu'il en faut donner pour ne pas encourir la contradiction flagrante avec ses vues de pouvoir sur le passé et l'avenir.

C/La société par construction

Comme toute constitution, les constitutions africaines sont porteuses d'une idée de droit et, partant, d'une idée de la société. la constitution, comme loi fondamentale, se présente dans la vision et la volonté du constituant africain comme le miroir réfléchissant qui lui renvoie non point l'image de la société telle qu'elle est mais telle quelle doit être suggérée. La société dans les constitutions africaines peut être tenue pour une *société suggérée*. Dans une optique de science politique, cette notion peut servir à analyser ce qui peut être appelé la fonction compensatrice des constitutions africaines. La société des principes, des droits et libertés, mais aussi des obligations, n'existant pas ou n'existant que très partiellement pour une raison ou une autre, la constitution intervient et l'érige, par compensation. S'agissant ici de surtout présenter la matière des textes constitutionnels, la suggestion de la société peut être tenue, au sein de la constitution, pour une fonction de construction. Le constituant inscrit alors dans la constitution les principes ou les objectifs qui doivent modeler la société et l'informer. Ces remarques préliminaires permettent de déduire deux idées complémentaires : l'idée de «société constitutionnelle» et l'idée de «constitution sociale».

Un repère africain, mais en dehors de l'Afrique subsaharienne, peut être cité ici pour clarifier l'idée de constitution sociale. L'actuelle constitution algérienne du 28 Février 1989 donne à son titre premier l'intitulé suivant : «Des principes généraux régissant la société algérienne». Rien de tel ne figure dans les constitutions africaines subsahariennes, pas même celles arborant l'étiquette marxiste-léniniste. D'une façon générale, en effet, la référence à la société et à son mode d'organisation est beaucoup plus explicite et marquée dans les textes constitutionnels des Etats officiellement engagés sur la voie du socialisme. D'ailleurs, on peut noter que la précédente constitution algérienne de 1976 qui considérait le socialisme comme l'option irréversible du pays (preamble et art. 10) donnait à sa première partie un intitulé — «Des principes fondamentaux d'organisation de la société algérienne» — dont les termes peuvent être jugés, comparativement, plus forts que ceux du titre premier, précité, de l'actuelle constitution. La constitution algérienne de 1976 s'inspirait, sans aucun doute, de la constitution soviétique de 1936, alors en vigueur, qui réservait son premier chapitre à «l'organisation sociale» avant d'aborder dans les chapitres suivants l'organisation de l'Etat et le fonctionnement des organes du «pouvoir d'Etat» et de l'«administration d'Etat». La constitution de 1989, de par les temps qui courent, ne comporte plus aucune référence au socialisme, mais elle garde, en réminiscence peut être, cette expression explicite, mais moins accentuée, des «principes généraux régissant la société algérienne».

L'essentiel est de constater plutôt que la société suggérée, à construire, comme on vient de le proposer, est toujours présente dans les constitutions, qu'elles soient libérales ou socialistes, mais sans qu'il soit nécessaire que celles-ci comportent un intitulé explicite dans ce sens ou même un chapitre à contenu spécialement consacré au mode d'organisation de la société.

Déjà, en pleine intensité de la doctrine constitutionnaliste classique, Maurice Hauriou dégageait clairement la distinction entre d'une part la «constitution sociale» et, d'autre part, la «constitution politique». Alors que celle-ci désigne l'organisation de l'Etat et les règles présidant au fonctionnement de ses organes, l'autre renvoie essentiellement aux droits et libertés des individus. Ainsi, la «constitution sociale» s'exprime le plus souvent dans des déclarations de droits, dans les préambules des constitutions ou même dans les strictes dispositions de ces dernières.

Sous cet angle, toutes les constitutions africaines se trouvent concernées. On y lit la volonté du constituant d'affirmer son attachement aux principes démocratiques et républicains puisés dans les modèles étrangers. Les droits fondamentaux sont érigés dans ces constitutions comme une valeur essentielle, référentielle et même magique. L'image que veut livrer le constituant de la société est telle qu'il ne se contente pas d'un bref préambule ou d'une brève liste des droits — et d'ailleurs des libertés politiques — qui se développe avec abondance et les fatrases et détails des articles de la constitution, mais souvent des articles dissimulés en titres séparés. Sur le plan des libertés individuelles et de la personne

humaine — le droit à la défense, l'égalité en droit de l'homme et de la femme, la liberté d'aller et de venir, le droit de propriété, la liberté religieuse etc... — que les droits économiques et sociaux dont la liberté syndicale et le droit d'association en particulier.

Dans cette image de la société, il faut bien entendu, penser à l'évolution qui a eu lieu dans l'esprit et la production du constituant africain. Il y a eu notamment les impératifs de la construction nationale, l'influence des différents courants socialistes qui ont conduit à modifier le contenu et la portée des garanties juridiques reconnues aux individus et aux groupes. Le constituant, et à sa suite le législateur, ont cherché à concilier l'individualisme d'inspiration occidentale avec une conception des rapports sociaux qui exigent la solidarité. La notion de devoir va contrebalancer celle de droit. Le plus souvent sous forme de combinaison avec les droits dans un titre à part (Loi fondamentale du Bénin, chap. VIII ; Zaïre, titre II de la constitution ; constitution togolaise, titre II etc...) les devoirs mettent à la charge de l'individu les comportements sociaux les plus variés : devoir de se conformer à la constitution et d'obéir à la loi (Bénin, art.146, à titre d'exemple), devoir de travailler (Cameroun, préambule...), devoir de prendre part aux élections (Congo, art.12...), devoir de conscience professionnelle etc... En dehors des devoirs assez classiques comme celui de contribuer aux charges publiques, les exemples cités sont assez significatifs de cette société suggérée, déjà évoquée, que les constitutions africaines construisent d'abord au sein d'elles-mêmes.

Pendant quoique la «constitution sociale» couvre l'ensemble des constitutions africaines subsahariennes, on ne peut ignorer les nuances et les différences qui se dégagent entre ces constitutions, à partir du moment où c'est leur contenu qui est d'abord étudié ici. La distinction entre constitutions «marxistes» et les autres doit être reconduite avec les justifications déjà avancées à ce sujet.

Bien que l'étude ne porte pas sur les droits, libertés et devoirs strictement en eux-mêmes, la différenciation peut commencer par porter sur la conception de ces éléments chez le constituant. La particularité de celle-ci chez le constituant africain «marxiste» est connue. Inspirée du constituant soviétique, surtout au moment où la conception de ce dernier était établie et stable, elle rompt (dans le texte constitutionnel) avec le constitutionnalisme dans la mesure où elle se démarque de sa fibre individualiste pour faire reposer la «constitution sociale» sur le «système socialiste de l'économie», et la «propriété socialiste des moyens de production». En gros, les droits ne constituent pas des prérogatives et les devoirs sont absolument des exigences. Les uns et les autres sont conçus d'abord comme des fonctions sociales. Dans les autres constitutions, en revanche, les droits sont peut être des fonctions sociales, mais leur caractéristique, d'abord, est qu'ils sont en principe opposables à l'Etat. Ne faisons pas intervenir ici, le discours politique qui réinterprète la constitution pour la faire coexister en douce avec la déviation qui la touche. On sait très bien que l'installation des partis uniques

dans le contexte de constitutions libérales a abouti à une limitation des droits civiques. Le constituant, mais en tant que chef politique surtout, a émis le discours qu'il faut pour justifier la participation conduisant à l'unanimité face à celle donnant droit aux libertés d'expression et d'action politique.

La différenciation dans la conception des droits et libertés, appuyée par celle touchant aux devoirs, doit permettre de déboucher sur la distinction touchant la nature de la société telle qu'envisagée par le constituant et sa constitution.

Comme il y a une «constitution sociale», il y a en parallèle, perceptible dans les textes constitutionnels africains, une société qu'on pourrait qualifier de «constitutionnelle». Il y a lieu de souligner qu'aussi bien dans les constitutions «libérales» que dans les constitutions «marxistes» ou d'une façon générale d'«orientation socialiste», la référence est au peuple. La souveraineté appartient au peuple. Ainsi, à titre d'exemple pour les constitutions «libérales», la constitution gabonaise de 1981 fait du peuple la source de la souveraineté nationale (art.4). En ce qui concerne les autres constitutions, on peut évoquer la forte formule de la défunte constitution guinéenne de 1982 : le peuple y est considéré comme «le référentiel suprême, source de la légitimité et de la légalité du pouvoir». Le caractère de cette formule est expressif et trouve écho dans toutes les constitutions d'orientation «marxiste» ou «socialiste». Ainsi, à titre d'exemple, l'art.5 de la loi fondamentale du Bénin déclare que : «la souveraineté en République Populaire du Bénin appartient au peuple».

La définition du peuple varie, cependant, suivant la conception que s'en fait le constituant, avec à la base le regard que veut jeter ce dernier sur sa propre société.

Les constitutions africaines «libérales» peuvent être couvertes par cette conception classique du peuple qui fait de celui-ci l'ensemble des citoyens inscrits sur les listes électorales. C'est à la fois une conception juridique et quantitative. Comme le précise la constitution de la Guinée équatoriale de 1982, le peuple exerce sa souveraineté par le moyen du vote et la qualité de citoyen confère le droit de vote.

Dans les constitutions à orientation «socialiste», le peuple n'est pas le corps électoral ; mais il ne faut pas en conclure à la sous-estimation par ces constitutions de l'électorat et du vote. On va même parfois jusqu'à déclarer le devoir de prendre part aux élections. Tel est le cas de la constitution de la République Populaire du Congo qui considère (dans son article 12) que «Tous les citoyens congolais ayant l'âge de dix-huit ans ont la pleine capacité juridique et politique et doivent prendre part aux élections...» Même s'il n'est pas conçu explicitement comme un devoir que le citoyen-militant est tenu de remplir, le vote apparaît comme une participation décisive à la réalisation et à la défense de la société suggérée par la constitution. Il est une forme de lutte sociale destinée à couper la route aux ennemis de l'ordre social en construction. Les constitutions «marxistes» africaines conçoivent, en effet, la société comme une opposition entre ceux qui

œuvrent dans le sens des objectifs nationaux et ceux qui s'y opposent quels que soient les voies et moyens de leur opposition. Le préambule de la constitution éthiopienne met en garde contre les «forces anti-révolutionnaires, anti-socialistes, impérialistes et réactionnaires». La constitution béninoise met à la charge de l'Etat la défense du «régime révolutionnaire contre tous les ennemis du peuple de l'intérieur comme de l'extérieur». La constitution malgache (art.16) menace de déchéance dans ses droits et libertés quiconque agit contre la constitution et l'ordre social qu'il consacre. En conséquence, la société utile, pertinente, c'est la société militante, celle que la constitution béninoise, malgache ou éthiopienne indique comme une large union de toutes les classes et couches sociales patriotes et révolutionnaires du pays dont la base est l'alliance des ouvriers et des paysans.

On peut déduire facilement que la conception de la légalité, dans ces textes constitutionnels, ne fait jouir la «société constitutionnelle» des bienfaits de la «constitution sociale» que dans la mesure où, comme le stipule la constitution malgache (art.14), «aucun droit ne peut être invoqué pour contrecarrer l'Etat dans son œuvre d'instauration de l'ordre socialiste». D'une façon générale, cependant, l'ensemble des constitutions africaines repose, comme leur analyse vient de la montrer, sur un rapport où la «constitution sociale» se trouve commandée par la «constitution politique».

Société restituée, société projetée et société construite, dans ces trois situations, plus ou moins produits de l'imagination et de la suggestion, plus ou moins encadrée par la force de la stipulation, la société prend très rarement son nom. Elle se voit prêter les noms de Nation, de Peuple et de Citoyens. Si les termes de classes et de couches sociales se trouvent utilisées, elles se trouvent fixées dans un modèle et dans des objectifs prédéterminés. La «constitution politique» qui renvoie à l'Etat, à ses organes, à leur organisation et à leurs pouvoirs est, au fond, une auto-complicité, complicité de l'Etat avec soi-même. Comme telle, elle est mûe, dans le contexte des Etats africains, par une idéologie tenace, celle de la construction nationale. Celle-ci oppose, par les divers voies et moyens que permet de confectionner la constitution (organes, prérogatives, procédure, principes), l'unité de la Nation à la diversité sociale, et la nécessité de l'obéissance à l'Etat unificateur au principe du peuple déclaré «souverain». Cette opposition ne reste pas toujours dans les limites de l'art de la constitution puisque arrivent des moments de dépliement où la construction nationale prend le visage de la contradiction ouverte entre l'Etat, sa constitution et la société. Les derniers événements, plus ou moins récents, connus par les sociétés africaines, ainsi que la réaction des Etats où l'argument constitutionnel se trouve assez évoqué, incitent à la réflexion dans ce sens.

II — Constitution et espace social

Un repère peut être évoqué ici pour donner une idée de départ sur le rapport constitution-espace social. Le 3 Avril 1984, l'armée prend le pouvoir en Guinée après la disparition subite du président Ahmed Sékou Touré. Le Comité Militaire

de Redressement dissout l'Assemblée Nationale et surtout le Parti Démocratique Guinéen. En même temps, il déclare «prendre en charge l'administration du pays afin de créer les bases d'une démocratie véritable évitant à l'avenir toute dictature personnelle...» (Proclamation n°1 du C.M.R.).

— La remarque doit concerner, bien entendu, *le parti qui s'est volatilisé* en l'espace d'un matin. Pourtant, il est bien difficile de prétendre qu'il n'a pas pu bénéficier de l'occasion de s'implanter et de s'enraciner dans son environnement social. Son contact avec le corps social a été intense pendant la lutte de libération et lors du fameux non opposé par Sékou Touré au projet de la Communauté du Général De Gaulle. Sa chance de le garder dans la même intensité, sinon de le développer, peut être considérée comme ayant été préservée pendant, au moins, une bonne période des années de l'indépendance. L'on pourrait même soupçonner un certain réalisme socio-politique chez le régime politique de Sékou Touré, en relevant que le P.D.G. n'a été hissé au rang de parti de l'Etat guinéen que tardivement après l'indépendance. Ce n'est qu'après soubresauts et épreuves, c'est à dire contact varié et soutenu avec les différentes composantes de la société qu'il fut déclaré Parti-Etat lors de son XIème congrès en 1978, consacré comme tel par la seconde constitution de 1982 et confirmé, enfin, dans sa nouvelle parure par son XIIème et dernier congrès en 1983.

Les faits, suite au décès du président Sékou Touré, ont donc apporté démenti et contradiction. Ils ont montré, à propos du parti et de la constitution qui le consacrait, qu'il y avait faux contact avec la société, non enracinement des cellules et inefficacité d'une institutionnalisation de pure forme. La déduction, et même l'enseignement à tirer, c'est la difficulté de se mettre en adéquation et, à plus forte raison, de contenir et d'encadrer une société par une machine politique, défailante de surcroît. Aucune machine politique n'est suffisamment totale pour le réussir parfaitement, à plus forte raison dans le cas d'Etats qui n'en ont ni la capacité, ni les possibilités.

L'expression *espace social* est utilisée, tout simplement, pour montrer la non coïncidence évidente, dans les Etats africains, entre «territoire» politique et «territoire» social. Les formules généreuses, volontaristes et totalisantes de leurs constitutions démontrent, paradoxalement, le rétrécissement du premier par rapport au second. Ceci permet de donner à l'expression *espace social* deux acceptions :

Une acception carrément territoriale qui peut prendre l'image simple suivante : l'Etat africain n'apporte pas à tout le monde eau et électricité, école et dispensaire. Pourtant, les groupes qui ne sont pas touchés, et qui peuvent bien payer à l'Etat un impôt, une taxe ou un tribut quelconque, ne se privent pas de satisfaire leurs besoins fondamentaux en eau, éclairage, instruction, culture et soins pour se guérir et se prémunir. Une sorte de «décentralisation objective» ou «sociologique» se substitue, ou même se superpose à la décentralisation administrative qui n'est, le plus souvent, qu'une *déconcentration* déguisée.

L'acception de l'espace social peut être aussi symbolique sans se dissocier

totallement de la première. On peut se référer directement à M. Foucault pour l'explicitier : «Là où il y a pouvoir, écrit-il dans *La volonté de savoir*, il y a résistance». En contiguïté avec les rapports de pouvoir, existe «une multiplicité de points de résistance». Les constitutions africaines, tout en s'inspirant de modèles extérieurs en les perfectionnant, préviennent ces points de résistance par les instruments les plus variés qui oscillent entre ce qui ne doit jamais être révisé et les pouvoirs de l'Etat dans les circonstances exceptionnelles.

— La révision quand elle touche ce qui est révisable, ou même la simple promesse de révision ainsi que l'usage des pouvoirs exceptionnels sont présentés, dans les déclarations politiques qui les accompagnent, comme le prélude à l'instauration ou à l'amélioration de la démocratie. La remarque qui a déjà concerné, dans le repère guinéen, le parti qui se volatilise et le renvoi que ceci nécessite au pouvoir et à l'espace social, doit toucher ici, en effet, *la réaction «démocratique»* des pouvoirs africains en place. La plupart, des partis uniques africains, socoués récemment par leur propre société, ont évoqué la démocratie et le pluralisme politique. Ce qui est une reconnaissance implicite de leur non enracinement social. Les changements promis ont pour terrain essentiel de départ les constitutions. Même s'il y a refus de la part du chef de l'Etat de la démocratie pluraliste, c'est encore la constitution qui constitue le terrain essentiel, car elle est considérée répondre aux vœux profonds du peuple et donc satisfaire à la véritable démocratie.

Il y a donc, d'une part, un espace social avec sa propre dynamique, et d'autre part, une constitution qui traduit la réaction émise par le pouvoir en place. Il y a non seulement l'expression spécifique qui vient de chaque bord, mais il y a aussi la synthèse qui peut s'en dégager.

A/ Sociétés en mouvement

Les sociétés africaines sont secouées de temps en temps par les mouvements les plus divers. A côté de ces mouvements actifs et manifestes, les sociétés sont travaillées, en profondeur, par des mouvements latents et souterrains. S'il y a une ligne de démarcation entre les deux, elle ne peut être que purement artificielle puisqu'une manifestation, une rébellion, une révolte, une émigration ou une secession sont avant tout la manifestation de surface de ce qui est enfoui et se métamorphose sereinement et lentement au sein du corps social.

Quel(s) rapport(s) ces mouvements ont-ils avec les constitutions des Etats ? *Formellement, cette question est pertinente* ici car il importe de conduire l'analyse en rapport avec le contenu des textes constitutionnels. Mais, en principe, cette question, surtout dans sa formulation directe, n'a pas à être soulevée ici. L'idée d'espace social a permis de mettre en avant «l'a-constitutionnalité» de la société, c'est à dire la distance qualitative qui sépare la constitution et la société réelle, et par conséquent, le comportement autonome que se donne celle-ci pour vaquer à sa quotidienneté. Pourquoi donc vouloir confronter ce comportement aux normes de la constitution et ramener le dynamique au statique ?! Ne peut-on pas recourir à un principe qui peut servir aux sociétés, celui de l'autodétermination.

L'idée est qu'il a été procédé à l'analyse de ce que dit et «pense» la constitution à propos de la société. Il faut voir ce que «pense» celle-ci de la constitution qui la régit, mais seulement dans la mesure à une attitude se trouve clairement exprimée dans ce sens par les composantes sociales. S'agissant ici de présenter objectivement les mouvements actifs ou latents de la société, il faut s'abstenir d'interpréter et de construire. C'est l'attitude qui ne peut que s'imposer ici car la plupart des mouvements n'expriment pas d'attitude à l'endroit de la constitution proprement dite. Si interprétation et construction il devrait y avoir, elles devraient l'être à un niveau plus global, celui de la signification de ces mouvements placés dans des débats plus «parlants» comme celui relatif au projet de société ou au devenir de celle-ci. Cette remarque sert surtout ici de repère pour signifier qu'il n'y a pas de spontanéité à «lire» dans les mouvements de la société une attitude envers la constitution. Si le constituant tire des conclusions et procède à une révision ou à des aménagements dans le texte constitutionnel, ceci relève de l'attitude inverse et surtout de la préoccupation du pouvoir d'adapter ses instruments de légitimité et de pouvoir à des situations qui changent. Cet aspect, faisant partie des éléments constitutifs de la présente étude, sera ultérieurement éclairci. «L'autodétermination» dont il est question ici est, donc, dans le sens de ce qui est, c'est à dire relever s'il y a ou non une attitude exprimée clairement envers la constitution par le corps social. Ce n'est pas l'auto-détermination au sens de l'homme politique. Le corps électoral approuve la constitution selon une procédure ou une autre et la constitution est bien là pour régir la société. Mais la société n'a pas pour «spécialité» de prendre des attitudes vis à vis de la constitution. Dans sa quotidienneté ce n'est pas une «fonction» qui lui incombe. Le corps électoral n'est pas le corps social. L'individu du corps électoral est, d'une certaine manière, un individu désincarné. Il est «prêt», en quelque sorte, par le corps social au jeu politique et devient différent de lui-même, mû par une psychologie différente. Ces propositions ne peuvent que prendre un caractère plus accentué dans le cas de sociétés où la participation et le contrôle politique sont forts limités, ce qui est le cas des sociétés africaines constituant le cadre de notre étude.

Quels mouvements expriment ces sociétés et quelles significations et ampleur peuvent leur être accordées ?

L'exposé des mouvements ne peut être qu'empirique et, tout au plus, que semi analytique. Ceci est, bien évidemment, une conséquence des limites d'une étude publiciste qui recourt, dans le meilleur des cas, à une sociologie politique, conceptuelle surtout, et non à la sociologie tout court. Mais ceci reste aussi dans le sens des précautions formulées pour prévenir contre une interprétation qui produit par construction le rapport dans le sens société-constitution. Il y a bien entendu les *mouvements structurés*, modernes surtout. Dans le cadre des Etats de l'Afrique subsaharienne, les partis politiques et les syndicats sont les plus en vue. Ils sont les plus aptes à formuler une attitude à l'égard de la constitution. Mais il s'agit là surtout de structures organisées et la dimension mouvement est un aspect tout autre. Leur mouvement c'est l'action qu'ils mènent dans les

différents styles possibles pour un parti ou un syndicat. Malgré les différences qui existent entre les deux types d'organisations, l'encadrement et la mobilisation restent pour eux deux fonctions essentielles dans leur rapport à la société. De ce point de vue, la nature des régimes politiques africains doit être prise en considération. Que les constitutions de ces régimes prévoient ou non la pluralité des partis, qu'elles institutionnalisent ou non le parti unique, le contexte général dans lequel existent les autres organisations — reconnues, tolérées ou clandestines selon les situations — est un contexte de parti unique ou dominant. Les organisations annexes — de la jeunesse, des femmes, des travailleurs... — du parti au pouvoir se montrent plus fonctionnels et plus « mobilisants » que les partis et syndicats « indépendants ». L'indépendance de ces derniers se situerait plutôt dans une zone incertaine entre l'intégration et l'exclusion du pouvoir. Sauf à évoquer deux situations : celle du parti virulent, mais en dehors des frontières nationales : l'Union des Populations du Cameroun en est un exemple. Celle, ensuite, de l'organisation en guerre contre le pouvoir établi ; dans ce cas, l'organisation, qui n'est pas un parti, serait en contact intime avec la population plutôt qu'avec la société, tant le pouvoir et les rebels sont, tous les deux, dans une situation exceptionnelle. Celle-ci tronque alors considérablement la légitimité de la constitution en vigueur. L'opposition (peut être en train de s'atténuer) entre RE.NA.MO/gouvernement mozambicain et entre gouvernement angolais/U.N.I.T.A. relève de cette situation.

Il est significatif de noter que c'est le mouvement « nu » et direct de la société qui permet aux partis africains de se frayer un chemin plus libre pour exprimer positions et desiderata constitutionnels. Les derniers mouvements connus par divers Etats africains l'ont montré. Mais c'est une situation tellement propice que non seulement les partis qui sont les plus visibles — le Front Populaire Ivoirien par exemple — mais aussi les petites formations en profitent pour exprimer des vues « socio-constitutionnelles ». Tel est le cas du « Congrès sur la démocratie dans les Palop » (Pays africains de langue officielle portugaise) animé par les petites formations d'opposition de l'Angola, du Mozambique, de la Guinée-Bissau, du Cap Vert et de Sao Tomé et Príncipe (Jeune Afrique, n° 1543, 1990, p.11). Les demandes concernent surtout le « déverouillage » de la constitution : désacraliser le parti unique, dépersonnaliser la légitimité et faire place à l'expression multipartisane ou autre en élargissant ou en libérant les dispositions sur les droits et libertés. C'est donc *le mouvement de la rue* qui a donné aux partis politiques l'occasion d'exprimer plus ouvertement et plus activement des demandes politiques et constitutionnelles. Mais dans le mouvement lui-même, des demandes de ce genre ne sont pas perceptibles. Le rue n'est pas de nature à livrer une attitude politique cohérente. Au tant les raisons du soulèvement sont variées, autant les slogans qui se côtoient sont dissemblables. Mais autant ces raisons sont surtout d'ordre matériel, autant les slogans sont surtout relatifs aux besoins de tous les jours, entre coupés seulement de « cris » politiques.

La rue dans les Etats africains n'est pas comparable à la rue dans les pays de l'Est qui ne se sont pas seulement présentés avec de simples soulèvements,

mais avec des objectifs et des formules originales d'encadrement et d'organisation.

Mais la rue africaine en mouvement, celle de la capitale surtout, c'est déjà une contradiction par rapport à l'ordre de la constitution. C'est une interruption de l'image de la société construite savamment par les dispositions constitutionnelles. Au Zaïre, par exemple, le soulèvement populaire annule, suspend ou travestit le contenu de la constitution (art.33) qui considère que : «le Mouvement Populaire de la Révolution est la Nation Zaïroise organisée politiquement...» et que : «Tout Zaïrois est membre du M.P.R.». C'est, à la limite, le M.P.R. qui se désavoue lui-même et se libère de sa propre constitution. La contradiction est d'autant plus extrême que la constitution, sans précaution et sans sens de la mesure, s'empporte dans des formules absolues et sans issue.

Concernant *les mouvements eux-mêmes*, et relativement aux contextes sociopolitiques, des différences et des nuances peuvent être faites entre les différents Etats africains. Globalement, un partage peut être fait entre les Etats de l'ex-mouvance britannique et les Etats issus de la colonisation française. Le simple constat permet de dissocier les soulèvements qui ont ébranlé, notamment, les régimes ivoirien, gabonais, camerounais et Zaïrois des revendications qui se développent dans les anciennes possessions britanniques. Le constat peut ne pas tenir à l'avenir, mais il renvoie, quand même, non pas à une opposition tranchée, mais à des éléments d'éclaircissement.

En dehors des données qui sont en rapport avec des facteurs exogènes (intervention extérieure), les éléments touchant à la structure interne sont là. L'instabilité et la violence politique constituent tout d'abord un passé caractéristique des pays anglophones. L'exercice du pouvoir se fit par un recours systématique à la violence aussi bien au Nigéria, au Ghana, au Libéria, en Ouganda ou encore au Sierra Leone après la chute du premier président. Ensuite, il n'est pas forcé de remarquer que l'instabilité chronique caractérisant la plupart des régimes anglophones a favorisé, d'une certaine façon, le renouvellement des forces et du personnel politique. C'est le cas des parenthèses civiles et parlementaires au Nigéria, du régime civil au Ghana dirigé par Hilla Limann de 1979 à 1981, et de celui de Milton Oboté dans sa seconde expérience en Ouganda, au lendemain du départ forcé de Idi Amin Dada. Comparativement, et bien qu'ayant développé une certaine tradition de stabilité, les Etats francophones, les cas notamment déjà cités, offrent l'image de systèmes «verouillés». Ce n'est pas l'impression que donnent les régimes anglophones, surtout ceux ayant développé certains «espaces de liberté». C'est parmi eux que se trouvent ceux qui ont toléré une certaine liberté de la presse. La presse a joué, en quelque sorte, un rôle d'exutoire au Zimbabwe, au Kenya, partiellement en Ouganda et, surtout d'une façon plus efficace, au Nigéria.

Ces différences valent, comme il a été souligné, pour le mouvement manifeste de la rue en rapport avec le contexte politique au-delà ne signifient pas une démarcation nette. Deux groupes de pays sont en fait en discordance avec la constitution et la société existante. Le mouvement manifeste est aussi comme un fac-

à face entre système politique et système social, dans la mesure où la société, comme le pouvoir, a ses propres *mouvements souterrains*, ses desseins, ses gestes qui expriment maintes tactiques mobiles et changeantes, sans que celles-ci se déploient nécessairement en une stratégie alternative. Pour reprendre Michel Foucault, déjà cité, on peut estimer qu'«on a affaire le plus souvent à des points de résistance mobiles et transitoires, introduisant dans une société des clivages qui se déplacent, brisant des unités et suscitant des regroupements, sillonnant les individus eux-mêmes, les découpant et les remodelant, traçant en eux, dans leur corps et dans leur âme, des régions irréductibles... L'essaimage des points de résistance traverse les stratifications sociales et les unités individuelles». Les sociétés africaines ont leurs points de résistance enfouis et leur propre «essaimage». Forces religieuses, refus de certaines cultures par les paysans, migrations, abstentionnisme électoral (réel et non officiel), recours à la sorcellerie, contrebande, bourgeonnement d'un secteur économique informel, auto-information échappant aux médias officiels et même disqualification du pouvoir et de sa domination par l'humour populaire... sont autant de pratiques sociales qui relativisent le champ étatique. Se tissent alors des réseaux de solidarité qui, dans le meilleur des cas, restent en dehors de l'Etat, et, dans le pire des cas se dressent contre lui. Dans l'un et l'autre, l'Etat est invité à formuler des réponses. Sa constitution en est peut être des moins visibles, mais elle en est surtout, la plus symbolique.

B/Réponses des constitutions

Le constat est que, le plus souvent, *la réponse vient après des secousses*. Le constituant africain réagit plutôt à ce que Gramsci appelle les situations d'«équilibre catastrophique», celles qui se présentent comme grosses d'une redistribution générale des cartes et donc d'une remise en cause de l'ordre établi. Inattentif ou indifférent aux processus profonds, il n'agit qu'au moment ultime et même, parfois, qu'à l'instant de la dérive.

Si on met à part les cas de l'Ile Maurice, pays ayant même connu une certaine alternance démocratique, du Botswana et surtout du Sénégal, les autres Etats africains ont été amenés à réagir, arguments constitutionnels à l'appui, aux derniers soubresauts des sociétés africaines. C'est soit le langage de la concession à la démocratie et au multipartisme, soit le rejet de ces deux valeurs pour cause de «validité» du système constitutionnel en place.

La concession prend la forme d'une promesse de révision de la constitution. Le projet est rarement révélé. C'est le cas du Bénin qui fait connaître ainsi les grandes lignes du prochain texte. La nouvelle loi fondamentale devrait notamment instaurer un régime présidentiel avec pluralisme et permettre la saisine du conseil constitutionnel par les citoyens. Dans la plupart des cas, le projet de constitution, non dévoilé, est prévu pour plus tard, avec fixation ou non de date. La Guinée, le Mozambique, le Zaïre, le Nigéria et le Rwanda sont dans ce cas. La formule Zaïroise apparaît même comme assez originale. C'est une commission, à laquelle

participeront les représentants des trois partis politiques qui seront légalisés, qui sera chargée d'élaborer la constitution de la «troisième république». Les trois partis seront ceux qui arriveront en tête lors d'élections primaires qui se dérouleront en Janvier 1991 pour arbitrer entre tous les partis qui se seront constitués et fait connaître jusqu'au 31 décembre 1990 (Jeune Afrique 1541, 1990, p.23). Ces Etats donneurs de «paroles constitutionnelles» se présentent, d'ores et déjà, comme répondant à cette apostrophe lancée par Victor Hugo en tant que pair de France : «une moitié de vos codes est routine, l'autre moitié est empirisme».

Les Etats qui déclarent le refus de toucher à leurs constitutions n'ont pas à susciter de commentaire ici. On peut toutefois relever le cas du Zimbabwe qui abandonne même le multipartisme. Robert Mugabe entend instaurer le monopartisme appuyé de «socialisme scientifique».

Ce tableau doit cependant laisser place à une analyse de ce qu'on appelle la réponse des constitutions. Les projets non encore formulés ni adoptés ne peuvent, bien entendu, constituer matière à cette analyse. Ils n'ont été évoqués qu'à titre de repère en vue de s'interroger sur les diverses élaborations constitutionnelles déjà émises comme réponses aux stimulus de la société. *Quels cas de figure sont-ils dégageables ?*

La question est difficile à surmonter s'il s'agit de dégager et, peut être même, de détecter une rupture avec le constitutionnalisme africain tel qu'il s'est développé durant toute la période postcoloniale. Son mouvement général a été d'enregistrer le processus de l'affirmation du pouvoir dans les Etats africains. Ceux-ci ont ont mis au monde, progressivement, des textes constitutionnels qui enregistrent les glissements qui ont abouti à unifier le pouvoir et à dévaluer les institutions qui comportent, juridiquement, une autorité concurrente. Portant mal leurs dispositions à caractère social et libéral, les constitutions africaines apparaissant, malgré les procédures contraires comme constitutions octroyées, légitimant plus les gouvernés que les gouvernants. Ceux — ci ont d'abord pour eux le pouvoir qui, en se positionnant et en s'organisant hermétiquement dans la constitution, aboutit à légitimer les gouvernés dans un statut de dominés. Les «stratégies» sociales, plus ou moins élaborées et plus ou moins efficaces selon les Etats africains, viennent, à leur tour, renforcer la «stratégie» constitutionnelle (et vis versa): l'accès à la scolarisation de qualité, la répartition des richesses, la sélection des candidats aux fonctions électives et nominatives vident objectivement la «constitution sociale» de sa substance et aboutissent, à partir de la «constitution politique», à une reproduction des dominants.

Les cas de figure à dégager ne relevant donc pas d'une rupture. Ils expriment plutôt un aménagement du rapport avec le constitutionnalisme africain tel qu'il vient d'être présenté. C'est soit une complicité avec un semblant de mise en cause, soit une mise en cause avec un semblant et même parfois avec une tentative et même un début de rupture. Le degré et la qualité du désengagement pris vis à vis de ce constitutionnalisme est fonction du contexte social du constituant mais

aussi, et surtout, de la «conscience sociologique» de ce dernier.

Cette relativisation, tout à fait nécessaire, permet de penser à une typologie constitutionnelle, celle établie par K. Loewenstein («Political power and the government process», 1957) et reprise par A.J Metaxas («Constitution et légitimité existentielle», Aix — en Provence, Lib. de l'Université, 1970, p.10). Trois types de constitutions sont avancés: Les «constitutions normatives» qui régissent entièrement le processus politique, les «constitutions nominales» qui ne le régissent que partiellement, et enfin, les «constitutions sémantiques» qui ne visent pas à régler ce processus mais ont vocation à renforcer le pouvoir gouvernemental. Il est tout à fait déductible de cette typologie que le rapport à la société, ou plutôt le souci de ce rapport est absent de la troisième catégorie. Le processus politique dans les deux autres catégories implique donc ce rapport car il est saisi par le constituant dans sa véritable signification, à savoir la «charge sociale» dont il est porteur.

S'inspirant de cette typologie et de sa signification, on peut considérer les constitutions africaines comme pouvant répondre, en fonction de la dynamique sociale, à trois situations — types: celle de la constitution «anémique» — le cas du Zaïre nous semble répondre à ce cas de figure, celle de la constitution «transactionnelle» et, enfin, celle de la constitution semi-normative pouvant être symbolisées, à notre sens, par, respectivement, la constitution nigériane de 1979 et l'actuelle constitution sénégalaise.

La constitution Zaïroise peut être qualifiée d'anémique non, par jugement de valeur, mais par valorisation du rapport objectif qui la positionne dans le processus politique qui renvoie nécessairement, comme on vient de le souligner, à la dynamique de la société. Une constitution est anémique quand elle se trouve dans une situation d'incompatibilité par rapport aux conduites sociales qu'elle est censée «régulariser» et encadrer. Perdant ainsi de sa pertinence, elle devient en instance de changement sans que cette situation renvoie à un projet politique clairement conçu et formulé. Les événements qui ont secoué le Zaïre durant les derniers mois ont placé la constitution et le constituant dans une situation de déphasage. C'est la constitution qui proclame le M.P.R. comme «la seule institution» du pays (art. 32), qui le considère comme étant la «nation Zaïroise organisée politiquement» avec le mobutisme comme doctrine (art. 33). C'est elle qui stipule le serment du Président en vue de rester fidèle au M.P.R. et au mobutisme (art. 37), et prend même soin de définir «l'acte de déviationnisme» et de prévoir, en cas de déviationnisme de sa part, «la destitution du président du M.P.R., président de la République» (art. 62). Or, c'est celui-ci qui démissionne de la présidence du M.P.R., introduit le pluralisme syndical, remercie le conseil exécutif et se donne le rôle de président-arbitre au-dessus des partis (Discours du 24 Avril 1990). D'ici 1991, date de l'élaboration d'une nouvelle constitution, la constitution actuelle est bien ouvertement anémique.

La réponse constitutionnelle à venir doit se positionner par rapport à cette constitution. Confirmation, complicité, distance ou nuances entre ces trois

attitudes ? Pour le moment, la réponse dégagable du mouvement constitutionnel Zaïrois offre un simple repère, mais significatif en lui-même, du rapport de la constitution à la société dans le système Zaïrois.

La première constitution du régime mobutiste est celle du 24 juin 1967. Elle intervient, environ deux ans après la prise du pouvoir par les militaires, comme une réponse à la crise de l'Etat post-colonial. Le processus politique, et avec lui la société, était secoué par un conflit multiforme : conservateurs contre nationalistes, mais aussi conflit traversé de lutte entre fédéralistes et unitaristes et même sécessionnistes, de face à face entre nationalistes radicaux et modérés. Le tout sur un fond de rébellions, sécessions, mutineries, insoumissions etc... La constitution de 67 offre sa solution en se servant de l'Etat comme instance apte à l'hégémonie. Le rapport à la société est «clarifié» comparativement à la loi fondamentale de 1960 et à la constitution de 1964. La première tout en se référant à l'Etat unitaire du Congo, fait place à des mécanismes fédéralistes : répartition des compétences entre pouvoir central et institutions provinciales, reconnaissance des provinces comme entités politiques autonomes et, enfin, l'existence d'un Sénat assurant la représentation des collectivités territoriales. La seconde reprend ces éléments et même libère les tendances centrifuges : augmentation du nombre des provinces. La constitution de 1967 supprime l'autonomie politico-administrative des provinces et apporte aux demandes centrifuges de la périphérie la réponse centralisatrice d'un Etat construisant son hégémonie : élection du président au suffrage universel, abolition du poste de 1^{er} ministre et restriction des pouvoirs de l'assemblée. La constitution de 1974 ira de l'avant. Elle est la constitution «authentique». Elle intervient et consacre l'Authenticité, idéologie élaborée par le président du M.P.R., président de la république. L'Authenticité qui vient à point nommé comme un support idéologique pour la classe au pouvoir va servir de légitimation à tous les mécanismes constitutionnels qui assoient le pouvoir à travers notamment le lien organique de fusion entre le M.P.R. et le peuple.

Et pourtant, en 1977 avec la crise du Shaba, ce lien va apparaître fragile au constituant lui-même. Le bureau politique, le conseil législatif et le conseil exécutif furent déclarés démissionnaires. Des élections furent organisées. La constitution de 1974 apparut soudain comme étrangère à son milieu. Le constituant crut pouvoir l'y adapter en touchant, notamment, à certains repères symboliques. D'une part, l'inapplication au président Mobutu de la durée du mandat présidentiel va être levée dans la révision de 1978 ; d'autre part, le peuple aura à participer, à côté du président du M.P.R., à la désignation des commissaires politiques, membres du bureau politique : 18 membres sur 30 sont ainsi élus au suffrage universel direct, à raison de deux sièges par région (art.59-2, 1978). Un autre stimulus-réponse se situe en 1980. Entre 1978 et 1980, d'autres événements à caractère social et politique secouèrent le Zaïre. On peut situer dans ce cadre la «Lettre ouverte au Citoyen-Président-Fondateur du M.P.R., Président de la République par un Groupe de Parlementaires Zaïrois» (V. Politique Africaine, n° 1, 1980, pp. 94 et s.). Dans cette lettre, à laquelle la référence est d'ordre

objectif, sont évoquées l'appréciation que fait le président Mobutu lui-même sur la société Zaïroise : «l'état de notre société est des plus préoccupantes...» et puis l'«immortalité», jugée «illusoire», que celui-ci veut se donner «à tout prix... en confisquant les pouvoirs...» La révision du 19 Février 1980 répond en écartant le reste des inapplications prévues au profit du président fondateur du M.P.R., notamment le déviationnisme par rapport au mobutisme et sa sanction. Mais cette révision ne consent pas à «dépouiller» le président-fondateur de tout. Ainsi, le peuple n'intervient plus dans l'élection d'une partie des commissaires politiques, leur pleine nomination revenant désormais au président du M.P.R. ; le conseil législatif est passible de dissolution par celui-ci. Une autre révision en 1980 (15 Novembre), crée une autre instance, le Comité Central, qui apparaît objectivement comme contrepoids au bureau politique et au conseil législatif.

La constitution nigériane de 1979 apparaît, tout au contraire, comme l'œuvre d'un constituant «situé» dans son milieu social. La constitution de 1979 n'est pas en vigueur aujourd'hui, mais il est possible de l'affecter, dans la situation actuelle, d'une certaine valeur symbolique. Toutes les oppositions sont là au régime militaire du général Brahim Babangida : celle des chrétiens du Sud (et du Centre) qui a culminé dans le coup d'Etat du mois d'Avril 1990 à la suite de la décision du pouvoir central de faire du Nigéria un membre de la conférence islamique ; celle des étudiants et des syndicats aux mesures de restrictions économiques ; et surtout, en interférence avec la première, celle de la classe politique traditionnelle qui reproche au pouvoir sa décision délibérée de limiter le débat politique à deux partis politiques seulement. Le processus politique nigérian a été toujours gros de sa dynamique sociale où interfèrent aussi bien appartenance ethnique, visées des pouvoirs traditionnels, stratégies des partis politiques, turbulence des groupes les plus divers que recettes pétrolières et recensement officiel de la population.

La constitution de 1979 «tombait» comme une transaction entre les différents antagonistes animant cette dynamique sociale.

Elle peut être vue comme le produit de deux types de transactions : entre les militaires qui constituent le gouvernement au moment de l'élaboration du texte constitutionnel et différentes élites civiles d'une part, entre les différentes élites civiles d'autre part. Le gouvernement militaire, pendant la période concernée (1975-1979), exprimait sa volonté de se retirer au profit des élites civiles, une fois la mise en place d'un édifice institutionnel achevée. Or, mener et réussir cette mise en place supposent compromis et concessions mutuelles entre les différents groupes à ambitions politiques contradictoires. Deux types de transactions où l'équipe militaire se présente comme organisation de discipline et de régulation politique et où les élites civiles s'expriment comme «mandataires» de leurs groupes de base dans une société nigériane multi-ethnique.

La transaction va apparaître dans la genèse et la procédure de l'élaboration de la constitution. Le calendrier se présente formellement comme l'œuvre des militaires. A la base, cependant, discussion, propositions et contre-propositions

ne sont pas à écarter. Révèlent cet aspect, les deux institutions qui seront chargées de mettre en forme la construction politique projetée : le Comité de Rédaction de la Constitution et l'Assemblée Constituante. La composition de ces deux institutions a été conçue dans le sens de voir la classe politique mener, par ses différentes composantes, la confection du texte constitutionnel. L'Assemblée constituante, notamment, a eu une composition «stratégique» : 203 membres furent choisis dans des circonscriptions électorales au sein des Etats fédérés et 20 membres furent désignés par le Conseil Militaire Suprême de façon à représenter les différentes sensibilités des secteurs du travail, du commerce et de l'industrie, de la presse, des étudiants, des autorités traditionnelles etc...

C'est une assemblée qui est donc apte, en principe, à rédiger une constitution qui aura l'aval des différentes parties. *le contenu* finalement adopté a eu comme principale préoccupation de poser une régulation politique adéquate de l'Etat et du jeu politique nigériens. Les dispositions se sont attelées ainsi à consolider la structure fédérale, à «nationaliser» le président de la fédération, à rationaliser et à «délocaliser» les partis politiques. Dans les trois cas, le mot clé et presque le leitmotiv fut le «caractère fédéral du Nigéria».

Dans *la mise en œuvre* même de la constitution, *la transaction est apparente*. Il faut mettre ici en relief la manière dont a été résolue l'élection définitive du candidat Shehu Shagari comme président de la fédération. La constitution prévoit l'élection du candidat arrivé en tête (condition remplie par Shagari) et ayant obtenu 25% des suffrages dans les deux tiers des Etats (13 sur 19). S. Shagari, leader du N.P.N. - l'un des cinq partis en compétition a obtenu plus de 25% dans 12 Etats, mais seulement près de 20% dans le treizième. Pourtant, la Commission Electorale Fédérale, traduisant en celà l'esprit qui a présidé à l'élaboration de la constitution, n'a pas hésité à proclamer le candidat du N.P.N. comme président de la fédération nigérienne. Même la Cour Suprême a confirmé cet esprit en rejetant la requête du chef Awolowo leader et candidat de l'U.P.N.

La constitution nigérienne de 1979 n'a fonctionné que pendant quatre ans. Les parties antagonistes ont eu l'art du compromis, de la négociation pour l'établir et non pour en faire un moyen de gestion d'un régime politique. La constitution nigérienne de 1979 a donc réglé le processus socio-politique du pays en tant que pré-constitution. Elle n'a pas pu résister, de par le comportement des acteurs politiques, à l'épreuve de la constitution normative.

C'est pour s'adapter à une telle épreuve, pour continuer à régler le processus politique et à amortir les secousses de la société en mouvement que *la constitution sénégalaise* a subi une série de révisions, neuf en tout, depuis son adoption en 1963. C'est une *instabilité constitutionnelle* si on se réfère aux critères de l'analyse constitutionnaliste. Dans la tradition du constitutionnalisme africain, l'instabilité constitutionnelle revêt le plus souvent l'aspect d'une technique de stabilisation du pouvoir, dans le sens de son unification, de son élargissement, de sa concentration et de son perfectionnement. Cet aspect n'est pas absent dans les révisions ayant touché la constitution sénégalaise de 1963. L'exemple le plus

frappant est celui de la suppression du poste de premier ministre par la révision du 1^{er} Mai 1983. Il s'en suit que le président de la république voit son pouvoir réglementaire s'élargir et devient, à la place du 1^{er} ministre, l'autorité qui «dispose de l'administration».

Mais dans l'«instabilité» constitutionnelle, il faut y voir également, dans le cas sénégalais, la *perméabilité du constituant* au processus politique envisagé dans le sens du rapport entre dynamique politique et dynamique sociale. Malgré l'auto-structuration du pouvoir qu'elles ont servie, les révisions constitutionnelles ont permis au régime sénégalais de remplir une fonction de recherche de l'équilibre. La qualification de la constitution sénégalaise de «semi-normative» est donc destinée à rendre compte de cette double préoccupation chez le constituant sénégalais. Le perfectionnement du pouvoir est une dimension présente, mais le risque présidentialiste se trouve écarté ou au moins atténué du fait que le constituant n'oublie pas de faire de la constitution un instrument effectif de régulation du processus socio-politique. C'est comme si la constitution sénégalaise s'était dotée d'un caractère de mutabilité et de flexibilité pour ne pas courir le risque, assez expérimenté dans bon nombre d'Etats africains, de porter atteinte à la suprématie et à l'effectivité de la constitution.

Le multipartisme a été le terrain de prédilection, le cas de fond de cette mutabilité de la constitution sénégalaise. Quatre des révisions opérées l'ont concerné directement. Au départ, la constitution de 1963 reconnaissait le multipartisme mais tout en côtoyant un monopartisme de fait. La société politique et, à plus forte raison, la société tout court, vivaient de leur propre mouvement. Le monopartisme faisait face à un «marché parallèle» d'initiatives politiques et sociales. Le constituant pouvait observer et subir peu à peu le poids de la dynamique socio-politique. Jusqu'en 1976, date de la première révision consacrant partiellement le pluripartisme, les différents mouvements et les différentes expressions de la dynamique sociale vont faire sentir le monopartisme comme un épiphénomène, un sous-espace du vrai espace politique qui est ailleurs. Historiquement, la contradiction est flagrante : *la société sénégalaise* a pu développer une tradition démocratique relativement ancienne, même dans le cadre des institutions métropolitaines et même limitée, au départ, à la catégorie des «évolués». Est releuable également, la vivacité des mouvements de contestation et de revendication émanant des différentes forces, notamment des syndicats et des étudiants. La prétention de l'Etat à un espace unique butait (bute encore) contre des résistances d'ordre sociologique n'ayant pas nécessairement une expression politique claire et achevée. Le mouvement islamique maraboutique, celui des associations musulmanes de quartiers, le mouvement des Diola de Basse-Casamance et la tradition d'auto-organisation qu'il véhicule, sont des exemples à citer dans ce sens. Ceci n'autorise pas à minimiser, sur le plan culturel, l'hétérogénéité ethnique tolérable et une certaine homogénéité linguistique et religieuse de la société sénégalaise. Mais il laisse le problème entier pour le constituant sénégalais, celui de maintenir une constitution à contre-courant ou de l'adapter de manière à supporter la charge de la dynamique socio-politique.

Le constituant sénégalais a cru d'abord trouver la réponse adéquate dans un *multipartisme «contenu»*. La loi du 19 Mars 1976 en révisant l'article 3 de la constitution a limité les partis politiques «au nombre maximum de trois» lesquels devraient correspondre à trois courants de pensée délimités par la loi du 6 Avril 1976 : libéral démocratique, socialiste-démocratique et marxiste-léniniste. Le souci de régler le processus politique, par des normes est là, mais la rançon à payer à l'auto-structuration du pouvoir est présente simultanément : le parti au pouvoir, celui du président Senghor, s'est arrogé d'emblée le courant socialiste démocratique. Un quatrième courant conservateur sur le «tapis» et la reconnaissance d'un quatrième parti par la révision de décembre 1978 ne lèvent pas l'«hypothèque». La réponse du constituant a été plus portée vers le processus politique quand la révision introduite par le président Abdou Diouf le 6 Mai 1981 consacre définitivement le *pluripartisme intégral*. Plusieurs partis ont pu sortir de la clandestinité et d'autres se constituer. Le nouveau code électoral qui a suivi, le 30 Avril 1982, apporte sa contribution dans la prise en compte du processus politique. Il combine système proportionnel et système majoritaire. Ce qui serait un compromis entre deux exigences : permettre aux notables bien implantés localement de se faire élire tout en assurant formellement la représentation des petits partis. Mais permettre, en outre, au parti qui arrive en tête de s'assurer une majorité nette. Ce qui ne sera que davantage garanti par l'irrecevabilité qu'oppose le code (article L.148) à toute liste de candidats qui «émanerait d'une coalition de partis politiques». La norme constitutionnelle du pluripartisme n'empêche pas le pouvoir de conforter sa position par une technique de «dispersion» de l'opposition : pluripartisme dit le texte constitutionnel et non pas coalition de partis politiques !

Il faut cependant remarquer qu'en portant de plus en plus la marque de la régulation du processus politique, la constitution, et partant le régime politique, se présentent avec de plus en plus de dispositions pour se passer du pouvoir autoritaire, dans un rapport où la constitution politique s'équilibre de plus en plus avec la constitution sociale. Ainsi, dans la logique des institutions politiques sénégalaises actuelles, mais aussi de par la dynamique du processus politique dans la société sénégalaise, l'alternance au pouvoir comme complément du pluripartisme, n'est pas une simple hypothèse d'école. Elle est impliquée dans le processus politique sénégalais. Il faut prendre en compte aussi ce qui est le président de la république dans les institutions sénégalaises. En tant qu'homme de parti, son autorité politique est nécessairement liée au sort de son propre parti et est donc tributaire des fluctuations de la majorité. Puisqu'au Sénégal est dépassée actuellement la logique du leader, père fondateur de la nation, et de son parti, en conséquence, infaillible, le président de la république peut avoir comme parti soit un parti majoritaire à l'Assemblée, soit un parti minoritaire ou à faible majorité, soit aussi un parti à majorité confortable alors que lui-même, président, n'est élu qu'à une faible majorité.

De la sorte, se trouve évoquée, non pas une donnée réalisée de la constitution, mais une donnée potentielle, mais surtout se trouve évoqué ce que pourrait receler

à la base le processus politique, qui n'est au fond que le processus social, comme potentiel propre.

C/ Potentiel de la société, potentiel de la constitution

Si on revient aux événements qui ont secoué, plus au moins récemment, quelques sociétés et Etats africains ainsi qu'aux réactions qui ont été émises, par les pouvoirs en place, sous forme de réponses ou de promesses constitutionnelles, l'interrogation qui se pose concerne ce qu'il pourrait y avoir au-delà de ce mouvement de la société et du pouvoir. La modestie de ce qui est arrivé et de ce qui a été entrepris est évidente, surtout en termes de comparaison avec d'autres espaces sociaux et politiques (ceux des pays européens de l'Est, pour ne prendre que les plus visibles dans la période récente). Alors que pour ces derniers, c'est la crise et le changement (pour ne pas parler de rupture, afin d'éviter les jugements irréversibles d'un certain débat passionné), pour les sociétés politiques africaines et les Etats supposés les gouverner, *les termes de crise et de changement* sont globalement inadéquats, car démesurés. En ce qui concerne le changement, l'appréciation est claire : la continuité en termes de non progrès, donc la régression elle-même, sont là, à peine perturbables lorsque le changement est partiel et ne touche qu'un espace réduit (cas de la constitution semi normative qui vient d'être évoqué). Quant à la crise, le sens de la présente analyse fait qu'elle doit revêtir, non seulement, la dimension de la situation mais, aussi, celle de l'accomplissement.

Les différentes approches socio-politiques portant sur les crises comme défi dans le contexte des pays du Tiers-Monde (les études de Shils, Huntigton, Pye etc...) aboutissent, en substance, à la définition de la crise comme étant une phase de tension correspondant à l'émergence de problèmes fondamentaux dans le développement d'une nation. La simultanéité de crises au pluriel pour ces pays (crises d'identité, de légitimité, de pénétration, de participation, d'intégration, de distribution selon L. Pye), leur persistance, leur approfondissement et leur complication même, font que le ferment qui permet à la crise de s'accomplir, d'aller vers une finalité est absent, difforme ou sans issue d'expression. La crise dans ces pays est donc une situation sans possibilité d'être fondatrice. S'agissant des sociétés africaines et de leurs Etats, la crise fondatrice n'existe ni comme référence dans le passé «moderne», celui de la colonisation-décolonisation, ni comme possibilité tangible dans le présent actuel. La colonisation-décolonisation fut plutôt une crise fondatrice (supplémentaire) pour l'Autre qui a su inventer des méthodes de désengagement et de redomination. Les élites héritières locales ont plutôt saisi la perche dans le mauvais sens pour aboutir, finalement, à une présent sans perspective significative. On peut leur transposer, bien qu'elles ne soient pas directement concernées, l'appréciation de S. Amin sur la perspective démocratique dans le contexte actuel de certains pays du Tiers-Monde. Il s'agit, selon lui, d'un dilemme : le système démocratique est soit une complicité avec les exigences de l'«ajustement» mondial, sans perspective de réforme sociale importante et c'est alors la déconfiture du système, soit une volonté d'imposer.

les réformes nécessaires, et c'est alors le conflit avec le capitalisme mondial dominant et la nécessité de glisser à un projet national populaire («l'avenir du socialisme», *Al Asas*, n°97, 1990, pp. 10-11).

Malgré ces réserves, les événements évoqués au départ, les mouvements des sociétés qu'ils ont révélés, les réactions et le positionnement des pouvoirs qu'ils ont provoqués, ne manquent pas d'interpeler, dans le cadre délimité de cette étude, sur ce que peut être le potentiel des sociétés africaines et celui des constitutions qui les régissent en principe. Ce passage du brut au vital, pour reprendre un savant biologiste, reste l'un des postulats quasi nécessaires de la biologie. On pourrait admettre l'existence d'une «biologie sociale», et même celle, moins évidente, d'une «biologie constitutionnelle», et admettre, en même temps, le postulat de leur potentiel. Même s'il peut être indémontrable, le postulat reste légitime.

Que peut-on entendre *par potentiel de la société* dans les situations actuelles des pays africains ? Ces sociétés sont bien entendu en mouvement, ne sont pas statiques. Ceci a été déjà souligné. L'insuffisance du changement, la nature et la portée des crises qui les touchent, comme il vient d'être souligné, permettent de préciser la nature et la qualité de ce mouvement. La dynamique des sociétés africaines n'est pas portée et ne prédit pas, dans l'avenir prévisible, d'être portée par de véritables *mouvements sociaux*. Le constat donc, est qu'il s'agit de *sociétés en mouvement* et non de sociétés à mouvements sociaux. L'analyse sociologique aboutit d'abord à définir le mouvement social par son aspect organique lié à son aspect finaliste.

Il est ainsi l'organisation structurée qui conduit les membres solidaires qu'elle encadre vers des objectifs à connotation sociale (Guy Rocher : le changement social, 1968, p.147). Il y a là le souci de la définition «technique» mais qui ne met qu'en latence la véritable dimension du mouvement social, celle qui consiste à emporter, à changer. Dans ce cas là, l'organisation n'est que le moyen, le mouvement c'est le changement lui-même de la société. C'est dans ce sens qu'A. Touraine envisage le mouvement social comme le lieu stratégique où se créent et s'expliquent les valeurs nouvelles. Il est alors au coeur du changement social (Rocher, p.151). Des organisations comme les partis politiques et les syndicats dans les sociétés africaines ne répondent pas aux véritables exigences du mouvement social. On les a déjà décrits dans la situation encore peu évoluée des Etats africains en dehors du parti unique et/ou du pouvoir militaire, comme se situant dans une zone incertaine et ambiguë entre l'exclusion et la participation à la décision politique, entre l'inertie et le mouvement. N'ont le plus souvent du mouvement social que l'aspect formaliste. Le mouvement social s'étend nécessairement au-delà des organisations qui se voient attribuer formellement cette appellation, mais cela ne signifie pas ipso facto la réalisation spontanée de ce qui est exigence d'un mouvement social. Dans certaines sociétés africaines en développement, peut être avancé l'exemple des grèves et de leur action basée sur l'absence de l'effort de réflexion et d'élaboration, particulièrement à l'idéologie dominante et même à l'ignorance de la véritable nature du socialisme au Sénégal et au pays de l'ouest africain, où le droit est devenu un usage sous forme

d'initiatives pouvant être qualifiées d'«initiatives populaires de base» et même, parfois de contre-culture.

S'agit-il pour autant d'un véritable mouvement social ? Dans une étude qui n'est pas longue mais qui porte le regard critique du sociologue (*Sénégal : l'Etat abdou Diouf ou le temps des incertitudes*, l'Harmattan, 1986), M. Fall soutient un point de vue qui peut être partagé au regard de l'état du rapport objectif entre la dynamique du mouvement islamique et le processus politique sénégalais. Il y a, certes, la résurrection au Sénégal d'une «identité musulmane», mais cela ne se traduit pas par l'éclosion, autour de l'Islam, d'un véritable mouvement social, car «le fait de détenir (...) une identité musulmane est certes nécessaire à la formation d'un mouvement social islamique, mais elle ne peut lui donner valeur de mouvement social (...) que si elle s'associe à la recherche d'un champ d'action social avec ses enjeux et ses adversaires». (p.61)

La conclusion à tirer est qu'à défaut de véritables mouvements sociaux, les sociétés africaines n'ont pas encore le statut d'initiateur, en bonne et due forme, du changement social et politique. Cependant, par la description faite de leur mouvement, c'est à dire des différents aspects latents ou manifestes de leur dynamisme, elles apparaissent comme des «sociétés à motifs» assez déterminants pour recréer le processus politique et susciter les actions qu'il faut en conséquence. La proposition renvoie au rapport Etat-société et elle signifie que la distance qui sépare de plus en plus les deux est plus préjudiciable au premier qu'à la seconde. Dans le contexte des sociétés africaines, l'absence de mouvements sociaux en leur sein n'est pas une négation absolue de ces sociétés, elle ont à la limite leur propre mouvement qui se mue en définitive en a étatisme. Elle est plutôt une négation progressive du pouvoir, une déconsistance de sa substance qui est, avant tout, celle de gouverner. Le potentiel des sociétés africaines nous semble être la symbolique qui s'en dégage et qui s'incarne dans les différentes manifestations latentes et actives, visibles et moins visibles, déjà présentées et analysées. Elle a pour effet de susciter la conscience plus ou moins claire de la non consistance de l'Etat et la nécessité d'y remédier. Les réactions des pouvoirs africains aux derniers événements ayant secoué leurs propres sociétés, relèvent objectivement de ce schéma.

Pour circonscrire cette proposition au domaine constitutionnel, il est facile de relever l'inexistence d'une demande sociale constitutionnelle en raison de l'absence évidente d'une culture sociale constitutionnelle dans les sociétés africaines. Certains secteurs étroits de la société (partis politiques notamment) et le pouvoir lui-même ramènent le mouvement de la société et le débat qui s'en suit au domaine de la constitution. Ceci relève de la conscience du vulnérable à protéger — la constitution c'est le pouvoir — de l'absence d'une capacité politique autre que symbolique — la capacité économique est tout à fait dépendante — mais il relève aussi de la conscience des exigences minimales de la légitimité qui renvoient à la participation politique constamment ajournée. La symbolique sociale finit par être «interprétée» en termes «actuels» : *la quête démocratique*.

L'intérêt de cette interprétation, c'est de fournir un repère permettant d'explicitier l'idée de potentiel des sociétés africaines. C'est en même temps, un positionnement plus direct des pouvoirs africains vis à vis du fait social et donc une reconnaissance plus claire de celui-ci. Par ce thème de la démocratie, il y a en effet, objectivement, une relativisation des autres thèmes de l'unité nationale, de l'intégration nationale et de la construction de l'Etat-Nation qui ont longtemps supporté, systématiquement, le sens trop unilatéral et absolu qui leur a été infligé par ces pouvoirs.

Quels signes peuvent être extraits de la société et signifier l'existence d'un *potentiel démocratique* ? L'allure de la question ne signifie ni sous-estimer, ni surestimer idéalement les éléments à dégager dans ce sens. Mais une référence implicite ou explicite à la démocratie pluraliste est inévitable car ce sont les termes du débat actuel qui ne constituent pas, pour autant, la preuve d'un modèle démocratique irréversible pour les sociétés africaines.

Il faut revenir aux différentes images données de la société par les constitutions africaines. Parmi ces images, celle de l'unanimité, confectionnée par référence à la société traditionnelle, produit contradiction par rapport à la démocratie. *Les sociétés traditionnelles africaines et, partant, les sociétés actuelles, sont-elles unanimes ?* La question n'a de sens que parce qu'elle renvoie à l'acte idéologique délibéré des pouvoirs africains qui a pu décréter illogique l'existence simultanée du pouvoir et du conflit. La société est estimée a-conflictuelle de par la seule vertu de la présence du pouvoir. L'incompatibilité essentielle du pouvoir et du conflit a été vite mue en négation du second. L'anthropologie dynamique et critique (celle de G. Balandier par exemple: *Anthropologiques*, P.U.F., 1974 ; *Anthropologie politique*, P.U.F., 1978 etc...) a pu démontrer facilement le caractère illusoire de l'unanimité traditionnelle africain. Le conflit en est plutôt un élément constitutif, et il renvoie d'abord à ce qu'il est à la base : une contradiction entre centripète et centrifuge. Dans les sociétés traditionnelles africaines, il y a aussi bien les «personnalités contestantes» que les situations propices à la contestation. Parmi les premières, les novateurs religieux sont parmi les plus redoutables car, en inventeurs de rituels, ils touchent à l'un des piliers de la société traditionnelle. Ce qui alimente des situations de compétition et de rivalité et même des situations de crise. Mais les conflits s'expriment plus clairement en rapport avec le pouvoir et investissent facilement le domaine socio-économique. L'opposition «Aînés» (sociaux), ayant pour eux l'accumulation des richesses, et «Cadets» (sociaux) acculés à la privation et à la dépendance, en est une manifestation extraite par l'anthropologie de l'«unanimité» de la société traditionnelle. C'est donc la construction d'une hypothèse unanime traditionnelle qui a permis et stabilisé chez les pouvoirs africains, l'idée de l'aptitude de la société postcoloniale à l'unanimité. D'où les deux conséquences majeures qui ont été tirées et institutionnalisées : la légitimation culturelle du pouvoir fort et autocratique ; la proclamation de la nécessité du monopartisme. La contradiction n'est donc que trop flagrante par rapport à ces deux éléments, quant tout à coup les pouvoirs africains revèlent plus clairement

les signes de leur épuisement, et quand la charge dont pèsent les sociétés a de plus en plus des retombées évidentes sur le champ clos de la politique. Le face à face pouvoir-société désacralise le pouvoir et provoque l'«intrusion» de la société réelle dans la constitution. Comme signes évidents et tangibles, la difficulté de continuer à justifier la «coexistence» du parti unique et la proclamation du multipartisme par la constitution (Côte d'Ivoire, Cameroun par exemple) et même, lorsque celle-ci institutionnalise le parti unique, la difficulté de concilier cette règle avec la liberté d'association reconnue et garantie constitutionnellement (Gabon, Mali et surtout Zaïre et Rwanda où tout citoyen est d'office membre du parti unique). Le parti unique, dans sa version africaine, a consommé la phase de son âge d'or. Son maintien ou son adaptation frauduleuse constituent, dès lors, objectivement, un élément dans le «processus démocratique» qui se dessine dans les sociétés africaines actuelles. C'est, cependant, une contribution au processus qui paraît malsaine et inadaptée, car ce qui est mené, actuellement, par la plupart des pouvoirs africains, ce n'est pas une politique dans l'art de la transition, mais une politique de l'ajournement. Ajournement des élections, de la constitution à adopter ou à réformer, ajournement du retour au gouvernement civil ou ajournement du Congrès de la démocratisation selon les cas envisagés. Le retour à la liberté pourrait devenir, de plus en plus, celui où «chaque citoyen est comme un esclave échappé de la maison de son maître». (Montesquieu, *De l'esprit des Lois*). Les différents groupes qui animent le mouvement de la société expriment une quête de la démocratie, une propension à la participation et non une *culture démocratique*. Celle-ci nécessite une accumulation qui est en retard de départ dans la plupart des sociétés africaines. Le problème est celui de l'articulation des groupes potentiellement démocratiques à une élite contre l'hégémonie de l'Etat bureaucratique et/ou du parti unique ; mais il est aussi, celui de la capacité de ces groupes à côtoyer et à contenir la dite élite. Ni le groupe des jeunes marginalisés, ni les femmes, ni la paysannerie, ni la classe ouvrière, bien que chacun d'eux dispose d'un potentiel et d'une aptitude donnée, n'a de capacité claire dans ce sens. Le «suicide» par lequel une fraction de la petite bourgeoisie est censée, d'après Amilcar Cabral, s'identifier «par le bas» aux groupes dominés, reste difficile à admettre.

Le mouvement des sociétés africaines comporte, cependant, une autre donnée : l'absence de culture démocratique n'est pas nécessairement l'absence d'*aptitude démocratique*. Dans ce mouvement peut être relevé, comme un fait, une prise de conscience qui est celle des limites des situations autoritaires. A ce fait subjectif et dynamique, peut être ajouté un autre fait objectif et dynamique aussi : par référence à l'expérience européenne, la démocratie n'est pas liée à des pré-conditions «indispensables de développement» et son émergence s'est faite dans des contextes culturels très divers. Elle est bien sûr «liée à l'état économique et social de chaque milieu, mais dans une perspective dynamique plutôt que... réglementaire («conditionnalité» démocratique, mesurée dans le détail par différents taux économiques : revenu annuel par habitant, population employée dans le secteur industriel etc...) (V. Guy Herment : «Démocratie et

développement» in *Tiers-Mondes*, controverses et réalités, Economica, 1987, p.406).

C'est dans ce cadre que peut s'insérer l'idée de *potentiel des constitutions africaines*. Ceci relève d'une première signification fortement implicite dans le potentiel des sociétés elles-mêmes tel qu'il a été décrit. Sans véritables mouvements sociaux, sans conditions pour avoir ou sans aptitude à saisir et à gérer une crise fondatrice, la dynamique des sociétés africaines ne s'inscrit pas dans un processus révolutionnaire. L'absence d'une perspective révolutionnaire fait que les sociétés africaines relèvent de la règle qui fait que l'évolution des sociétés se fait généralement sans révolution. Elles en relèvent, cependant, avec leurs propres caractéristiques, c'est à dire sans pouvoir réaliser ces changements de structure qui résultent de la lutte des classes (voir G. Rocher précité, commentaire des critiques formulées par certains sociologues à l'encontre de la thèse des conflits de K. Marx, pp. 108-109).

Circonsrite à la préoccupation démocratique et à l'action constitutionnelle qui s'en suit nécessairement, cette appréciation pourrait facilement signifier un destin de «petite démocratie» pour les sociétés africaines (S. Amin précité à propos de l'évolution politique dans les pays du Tiers-Monde). La «grande démocratie» — déduction oblige — allant au-delà de la reconnaissance du principe de l'élection, du multipartisme et d'un certain degré de liberté d'expression, suppose confrontation avec les problèmes sociaux fondamentaux et/ou mise en cause des rapports de dépendance et de soumission au système mondial de domination. La «petite démocratie» apparaît, cependant, dans le contexte objectif des sociétés africaines, comme une suite logique, mais aussi possible, de ce qui est actuellement le potentiel politique des différents groupes sociaux : la conscience de ce qui est le seuil du tolérable dans les situations dictatoriales. Les pouvoirs africains peuvent difficilement continuer-ils le font artificiellement aujourd'hui — à évoquer la non préparation des sociétés pour un droit et des structures démocratiques. Le prétexte a pu produire, au delà de la date limite de sa «validité» et à travers ses différentes adaptations, les institutions et les formules politiques les plus avariées. C'est dans une situation de rapport entre un Etat volontariste et une société trop virée à ses traditions que se produisent des phénomènes anomiques touchant les structures et les groupes. Actuellement, c'est l'inverse qui se dessine objectivement dans les rapports Etats-sociétés africains.

Dans ces conditions, les constitutions prennent figure de passage obligé au changement organisé. Le nouvel ordre social et politique qu'elles peuvent initier ou accompagner, peut être «réceptionné», dans les sociétés africaines par un «nouveau système de légitimations collectives et de motivations personnelles» (F. Bourricaud, «Changement social» cité par Y. Ben Achour «Droit et changement social» en Tunisie, R.D.P., Janvier-Février 1989, p.139).

Pour le moment, les constitutions sont prises, dans les Etats africains, entre deux logiques. Elles continuent à être ramenées par les pouvoirs à de simples procédures, au respect des hiérarchies et à la prudence dans l'usage des droits

et libertés. Pour les groupes, surtout ceux exclus du jeu politique, la constitution c'est avant tout la réalisation des idéaux annoncés, l'accès simple aux libertés et droits, mais aussi la possibilité de manier de façon adéquate les contrôles nécessaires à l'encontre des pouvoirs fautifs.

Cette seconde logique présente actuellement sur l'autre, l'avantage de pouvoir être solennelle, inscrite qu'elle est aussi bien dans la revendication politique, celle des partis politiques notamment, que dans la revendication sociale qui va jusqu'à prendre la forme de l'émeute. C'est une situation assez propice, dans le contexte des sociétés africaines, à l'activation du rôle des constitutions et du droit d'une façon générale. Dans la mesure où s'épuise nettement le rôle instrumental des constitutions africaines, celui qui fait jouer aux textes fondamentaux le rôle d'une technique d'autorité, et même d'un rite dans une société «équilibrée» parce que «silencieuse», leur passage à une autre fonction, justifiée par l'existence d'un autre type d'équilibre politique et social, devient une nécessité évidente. Emeute sur émeute, coup d'Etat sur coup d'Etat, crise de succession sur crise de succession à la tête de l'Etat, les sociétés africaines se trouvent bien installées dans un équilibre de tension. A ce moment, la constitution comme l'expression du droit la plus symbolique, peut jouer à deux niveaux : fixer la «fourchette» de la tension, et en tant que procédure, fixer les voies et moyens pour régler les conflits et les apaiser (voir J. Ellul : «le rôle du droit comme réducteur de crise au XIV^{ème} siècle» in *Droit, institutions et systèmes politiques*, Mélanges en hommage à M. Duverger, P.U.F., 1987, pp.63 et s.). La proposition ne vaut pas nécessairement substitution ou accompagnement du constituant.

Les ouvertures constitutionnelles les plus diverses peuvent se présenter à son esprit et constituer incitation à sa volonté politique. Il peut les inventorier facilement et rationnellement entre deux catégories : Celle qui renvoie aux normes et aux procédures qui créent blocage, impasse et autoritarisme dans le texte constitutionnel : l'adhésion automatique de tous les «citoyens» au parti unique, l'inapplication de certaines limitations au «président-fondateur», les candidatures uniques aux élections, par exemple, en font partie. Ensuite, celle, très évidente, qui concerne les différentes dispositions inappliquées qui constituent la preuve tangible que, dans les Etats africains, le droit public en particulier est le domaine de la législation morte. Ni les propositions de révision constitutionnelle et de loi, ni le référendum, ni les dispositions sur la pluralité des partis, ni celles relatives au cas de haute trahison — et les exemples d'inapplication ou d'inapplicabilité peuvent être multipliés — ne trouvent à être concrétisées. Le constituant africain peut globalement constater la sur-application de la «constitution politique» et le sous-application de la «constitution sociale». Dans cette voie, il peut avancer des idées constitutionnelles précises et même certaines indications expresses relatives à certaines institutions ou techniques données (voir Paul Biya — président du Cameroun, *pour le libéralisme démocratique*, ouvrage cité par J.M. Bipoum Woum : «les origines constitutionnelles du Cameroun», R.J.P.E.M., n°22, 1989, p.106). Il peut ainsi annoncer une «charte nationale des libertés» issue «d'un large débat national...», un parlement qui verra «son autonomie renforcée vis à vis

de l'exécutif (et) ses prérogatives législatives, financières et de contrôle (précisées) ; il peut prévoir «le renforcement du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé des citoyens», notamment par l'élargissement du domaine référendaire et surtout, par l'instauration de «l'initiative populaire, tant à l'échelon national qu'à celui des affaires locales».

Par potentiel des constitutions, il n'est pas entendu ici, une «expertise» des textes constitutionnels, des réformes qu'il leur faut ou des aménagements qu'elles doivent subir mais une réflexion sur le devenir du rapport entre Etat et société et sur le rôle que peut y tenir la constitution. L'analyse fournie plus haut montre que le potentiel des constitutions africaines n'est pas tel quel en lui-même, mais parcequ'il est, dans le contexte actuel des sociétés africaines, une réponse postulée par la dynamique de ces sociétés, dans un sens et dans une logique qui ne peuvent pas être ceux du constituant-pouvoir. La plupart des constitutions africaines fournies jusqu'à présent par celui-ci peuvent être objectivement considérées comme un ordre constitutionnel en sursis.

Juillet 90

REFERENCES

En dehors des références citées directement dans le corps du texte, les références ci-dessous citées ont été consultées au fur et à mesure de la rédaction du présent article, pour vérification des données qui nécessitent précision et exactitude. Ces références et les autres sont, en outre, utiles pour compléter et approfondir certains aspects discutés.

BAYART (J.F.)

- Le politique par le bas en Afrique noire, *Politique Africaine*, Janvier 1981, pp.53 et s.
- Les sociétés africaines face à l'Etat, *Pouvoirs*, n°25, pp.5 et s.

CONAC (G.)

- les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République malgache, *Economica*, 1979.
- Dynamique et finalité des droits africains, *Economica*, 1980.
- Constitutions et lois fondamentales en Afrique (Colloque sur), *R.J.P.E.M.*, n°22 (spécial), 1989.

COULON (C.)

- Pouvoir politique et pouvoir maraboutique au Sénégal, *Année Africaine*, 1971-72, pp. 134 et s.

DOGAN (M.) et PELASSY (D.)

- Sociologie politique comparative, *Economica*, 1982.

Encyclopédie Juridique de l'Afrique, Tome 1 : l'Etat et le Droit, N.E.A. 1982.

FAURE (Y.A.)

- Les constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique Noire, pour une lecture différente des textes, *politique Africaine*, n°1, 1980, pp.34 et s.

KAMTO (M.)

- Pouvoir et droit en Afrique Noire, *L.G.D.J.*, Tome XLIII (Biblioth. Af. et Malgache), 1987.

LAVROFF (D.G.)

- Les systèmes constitutionnels en Afrique Noire, les Etats francophones, A. Pédone, 1976.

Textes constitutionnels (Bénin, Gabon, Sénégal, Zaïre etc...)



L'ENVIRONNEMENT : NOUVEAU DEFI AU DROIT AFRICAIN

*Silvia TELLENBACH**

L'environnement n'est pas seulement un nouveau défi au droit africain, c'est un nouveau défi au droit du monde entier. Il y a 30 ans que personne n'en parlait, mais aujourd'hui la protection de l'environnement est considérée comme une des tâches et des devoirs les plus importants de notre temps. Il y a donc eu un changement très rapide dans la pensée des hommes et aussi dans la réalité à laquelle le droit doit réagir et la Convention pour la Conservation de la Nature et des Ressources naturelles d'Alger de 1968 qui comprend un programme complet de la conservation de la flore, de la faune et de toutes les autres ressources naturelles renouvelables était une des premières initiatives très remarquables concernant le droit africain de l'environnement.

Ainsi pour le droit il s'est ouvert un domaine d'action qui exige des réglementations quelquefois très compliquées : et comme la protection de l'environnement comprend des matières fort diverses — p.e. l'eau, le sol, l'air, l'urbanisation, les déchets et, très important en Afrique, la lutte contre la désertification, la déforestation et le mésusage des terres ces réglementations sont diverses et doivent l'être. La protection de l'environnement touche tous les secteurs du droit le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit civil, le droit pénal.

Il est difficile de formuler des défis spécifiques pour le droit africain. En premier lieu parce que la protection de l'environnement est une tâche pour tous les pays et tous les droits du monde et il y a un grand nombre de problèmes qui s'y retrouvent d'une manière similaire. Secundo, parce qu'il est impossible de regarder le droit africain comme un droit monolithique — il y a beaucoup de différences entre les pays africains soit à cause de la situation culturelle et sociale d'un pays, soit à cause des données géographiques et le droit doit en tenir compte — le droit de l'environnement d'un pays presque totalement désertique doit prendre en vue d'autres facteurs qu'un pays qui est riche d'eau. Proprement dit, il faudrait examiner le droit de l'environnement et ses exigences pays par pays, mais comme le temps pour cette communication est très limité je ne peux que faire quelques remarques générales qui naturellement ne peuvent prétendre ni à la profondeur ni à l'eshaustivité.

L'article 24 de la Charte Africaine de Droits de l'Homme et des Peuples stipule que tous les peuples ont le droit à un environnement satisfaisant et global

* Professeur à l'université Max-Planck Freiburg - Allemagne

et propice à leur développement. Cet article montre que les états africains reconnaissent l'importance de l'environnement mais qu'il est impossible de garantir un environnement parfait. Dans la formulation du texte de l'article il s'exprime que la protection de l'environnement est dans la réalité une tâche dont l'accomplissement doit s'effectuer en relation et dans le cadre de tous les devoirs d'un état. Pour cela on pourrait dire que la protection de l'environnement a été déclarée but des états membres de la convention mais ceux-ci ont la conscience du fait que, vue la situation réelle il est impossible d'accorder un droit absolu à un environnement sain à un certain peuple ou une certaine personne. — Pour la même raison on peut observer une réserve commune en ce qui concerne l'adoption d'un droit à l'environnement dans les constitutions africaines (et d'ailleurs de beaucoup d'autres états également).

Un des traits saillants de la législation sur l'environnement en vigueur dans beaucoup d'états africains est son éparpillement dans un grand nombre de différentes lois spéciales. Et souvent une loi vise à régler la situation juridique dans un domaine limité sans se rendre compte des influences que les réglementations pourraient exercer sur les autres secteurs de l'environnement, surtout quand il s'agit d'une loi qui a été adoptée en conséquence d'un accident ou un autre événement qui a attiré sur soi l'attention du public. Parfois on trouve des lois qui avaient été adoptées pour atteindre un autre but mais qui contiennent quelques normes qui aujourd'hui peuvent être interprétées comme réglementations concernant la protection de l'environnement. — Dans ces cas très rares il y a des lois générales relatives à la protection de l'environnement, p.e. la loi algérienne n° 83-03 du 5 février 1983. Mais une telle loi quoiqu'elle comprenne 140 articles reste toujours une loi-cadre qui a besoin d'un grand nombre d'autres normes juridiques qui doivent régler la matière d'une manière détaillée.

Tout cela veut dire que la réglementation juridique de la protection de l'environnement est souvent fragmentaire. Mettons ce fait à la lumière par un exemple. Pendant que l'on trouve souvent des normes relatives au déchet ménager, les normes relatives au déchet industriel normalement ne sont que lacunaires jusqu'à présent quoique ces déchets soient dangereux dans beaucoup de cas. Il faudrait avoir p.e. des règles suffisantes pour faire obligatoire à tout détenteur de déchets de les éliminer convenablement en assurant les opérations de collecte, transport, stockage etc. dans des conditions propres à éviter de nuire à la santé humaine et aux milieux récepteurs.

De l'autre côté, on peut remarquer que le droit pénal joue un rôle considérable dans le droit de l'environnement des états africains, pendant que le rôle du droit administratif qui est dominant dans le droit de l'environnement européen est relativement faible.

Tout cela mène à un droit de l'environnement qui donne l'impression qu'il y manque encore quelque fois la coordination inter-sectorielle et l'harmonie dans la réglementation d'une matière même. On peut dire qu'il est un défi pour le droit africain de combler les lacunes et de créer une harmonisation inter-sectorielle.

Et pour remplir cette tâche il serait utile d'examiner de près le droit coutumier des pays africains aussi comme celui est quelque fois très développé et détaillé — et avant tout adapté à la situation géographique et sociale d'une certaine région — pensons au droit de l'eau coutumier que l'on trouve au Maroc. Ce droit coutumier pourrait aider en certains cas à trouver des solutions convenables pour le droit moderne de l'environnement aussi.

Un autre défi très actuel pour le droit africain résulte du fait que les états en voie de développement sont en danger de devenir victime d'entrepreneurs étrangers qui cherchent à installer des usines, à vendre des produits, ou à exporter des déchets dangereux industriels en Afrique sans observer les dispositions légales qu'ils devraient respecter dans leur propre pays en profitant ainsi des lacunes du droit de l'environnement dans les pays du Tierce Monde. On pourrait probablement éviter cela seulement par l'adoption rapide de lois contrôlant ou interdisant strictement toutes les méthodes de ce genre.

Mais pour le moment il y a encore d'autres problèmes qui sont un défi pour les juristes africains. En ce qui concerne les juristes, le droit de l'environnement n'est enseigné que très peu aux facultés de droit et les informations des praticiens sont de règles plutôt limitées. Il semble être presque impossible de rendre effectif un droit de l'environnement sans former une conscience générale de responsabilité pour l'environnement et une conscience pour les risques courus par les atteints à l'environnement.

BIBLIOGRAPHIE

- Bouraoui** Soukeina, Faut-il un droit pénal de l'environnement ? Revue Tunisienne de Droit 1988, 58-72.
- Chedal**, la Conservation de la Nature en Afrique et le Droit International de l'Environnement (la Convention d'Alger 1968 et la Conférence de Stockholm 1972), Verfassung und Recht in Ubersee 6 (1973), 153-171.
- Gabbour** Samir, Evaluation of Measures for the Protection of the Environment in Egypt, The National Review of Criminal Sciences 30 (1987), 117-136.
- Mekouar** Mohamed Ali, Etudes en Droit de l'Environnement, Rabat 1988.
«Recueil d'Etudes en Droit Ecologique — Environnement, Société et Développement, Rabat 1988.
- Miligui** Ahmed Essam, The Legislative Protection of Environment in Egypt, The National Review of Criminal Sciences 30 (1987), 103-115.
- Ola**, C.S. Town and Country Planning and Environmental Laws in Nigeria, Ibadan 2. éd. 1984.
- Schuhmann** Ralph, Environnemental Protection Through Criminal Law in Black African countries with Special Reference to Kenya, Annuaire de Droit African, Vol. 6 (1985/86), 247-250.

«SOCIÉTÉ ET DROIT EN AFRIQUE : ÉBAUCHE D'INTERPRÉTATION HISTORICO-SYSTÉMIQUE»

Mohamed BERDOUZI

INTRODUCTION

Un des aspects essentiels du thème général de ce colloque, «Droit et société en Afrique», nous semble impliquer l'interrogation sur le ou les processus de «juridisation» des sociétés africaines.

Cette interrogation consiste à se demander dans quelle mesure, comment et pourquoi les rapports sociaux de tous ordres, économiques, sociaux et politiques, revêtent ou ne revêtent pas, dans les sociétés africaines, les formes identifiables et analysables en termes juridiques ?

Dans cette communication, nous nous proposons d'apporter une contribution à la réflexion commune sur cette interrogation, dans sa dimension explicative et prospective, ou encore causale et finalisée, sur deux plans conceptuels corrélatifs :

— Le premier consiste en une tentative de placer le processus de formation du Droit dans le cadre de la dynamique de structuration des systèmes sociaux ;

— Le second consiste en une hypothèse d'interprétation générale de la problématique de l'Etat de Droit dans les sociétés africaines.

1. Portée systémique du processus de juridisation

Dans cette partie fort abstraite et certainement très contestable, nous souhaiterions tenter de situer le rapport du Droit aux structures sociales et plus précisément sa consistance en tant que formalisation de ces structures et en tant que processus d'autorégulation du système qu'elles composent, étant précisé à l'avance, que nous nous situons d'emblée dans le contexte de systèmes humains, vivants, relativement souples et, en tout cas, adaptables et transformables, du moins en principe.

1.1 Le droit comme formalisation des structures sociales

Si l'on veut bien admettre que les deux volets essentiels de ce processus, ici désigné globalement par le néologisme «juridisation», sont la légalisation et/ou la contractualisation desdits rapports sociaux, ladite interrogation revient donc

Professeur à la Faculté de Droit de Rabat

à se demander dans quelle mesure, comment et pourquoi la loi et/ou le contrat interviennent ou non, dans les rapports sociaux africains, à titre de cadres de référence et de formes d'organisation des rapports.

Cette formulation pourrait suggérer qu'il s'agit, en fin de compte, du débat sur les limites et les rapports entre les secteurs formels et les secteurs informels de l'organisation sociale. Mais une telle interprétation ne serait valable que dans une optique positiviste par trop restrictive, dans laquelle ou réduirait les notions de loi et de contrat essentiellement à leur forme écrite.

Or, à notre point de vue, une telle réduction porterait préjudice à la compréhension de la portée du procès de formalisation des rapports sociaux, en confinant la problématique des formes juridiques dans les limites étroites du Droit écrit.

Du point de vue de l'organisation sociale générale, la forme écrite du droit n'est qu'un support particulier des formes juridiques ; support certes de grande importance et qui tend d'ailleurs à s'imposer partout, bien que les mémoires électroniques commencent à soulever des problèmes nouveaux à cet égard. Cependant, la multiplication des textes et des codes écrits ne nous semble pas devoir être confondue avec une juridisation et une formalisation proportionnelle de l'ordre social. Pas plus d'ailleurs que la rareté des textes écrits n'autorise l'inférence d'une sous-juridisation ou d'une sous-formalisation.

Si on nous permet de nous arrêter un instant sur cette question, nous suggérons que les problèmes de formes, en Droit, revêtent quatre aspects complémentaires à savoir :

— L'existence et la preuve d'existence⁽⁹⁾ de certaines normes pré-établies, régissant tel ou tel rapport social, ces normes ont trait aux droits, aux obligations et aux pouvoirs des individus, des collectivités et des institutions organiques composant la société ;

— L'existence et la possibilité d'invoquer certaines procédures reconnues, c'est-à-dire des séries de conditions et d'actes ordonnés et explicites, normalement requis pour l'exercice socialement valide desdits droits, obligations et pouvoirs ;

— L'existence d'instances ou organes compétents pour intervenir dans telle ou telle matière et tout spécialement pour élaborer, interpréter et juger de l'application desdites normes et procédures ;

— L'existence et la possibilité d'application de sanctions socialement légitime, rattachées à tous les aspects précédents (par exemple : nullité d'un acte, punition d'un individu, démission d'un responsable ou dissolution d'un organe).

Ces aspects normatifs, procéduraux et organiques, socialement sanctionnés, se développent normalement au fur et à mesure de la complexification des sociétés et concourent à une fonction essentielle de tout système social, à savoir sa fonction d'auto-régulation.

Dans la mesure où cette autorégulation se structure nécessairement, dans la conscience et la pratique collective, sous formes de discours explicites, de pratiques rituelles et/ou cérémoniales et de sanctions socialement légitimes, elle correspond aussi nécessairement à un procès de formalisation de l'organisation sociale.

Que ces aspects soient fixés ou non par écrit, leur développement constitue une juridisation, voire une formalisation accrue des rapports sociaux. Car, pour autant qu'on rapproche le concept d'organisation de celui de structure et celui-ci du concept de forme, il est épistémologiquement légitime de parler d'une formalisation en quelque sorte spontanée de l'organisation sociale, à mesure que celle-ci se structure et s'organise, avec ou sans recours systématique à l'écriture de ses formes juridiques.

Une telle formalisation qui se traduit par des normes et des contrats impératifs, qu'ils soient écrits ou non, n'est certes ni aussi systématisée, ni aussi cristallisée que celle du juriste. Mais elle n'en existe pas moins, de la même manière que chaque personne adolescente possède les structures de l'intelligence formelle, d'ordre logique et mathématique, même si de telles formes demeurent dénuées de toute formulation systématique à la façon d'un Russel, Whitehead ou Goedels.

Comme chacun sait, cette juridisation, ou encore la formalisation sociale peut être plus ou moins coutumière ou écrite, dogmatique ou pragmatique, selon l'étendue de la place et du rôle qu'y jouent les textes (lois, règlements et contrats écrits) et selon la plus ou moins grande souplesse avec laquelle les normes, les procédures et les organes institutionnels peuvent être modifiés ou adaptés.

Ainsi, l'exemple classique de la Grande Bretagne est celui d'un système hautement juridisé et même très formalisé, malgré la place relativement réduite qu'y occupent les lois écrites.

Mais si la formalisation juridique est ainsi comprise, de manière extensive, en tant qu'existence, dans la conscience et la pratique collectives, de normes, de procédures et d'organes institutionnels socialement sanctionnés, que reste-il du fond du Droit ? Evidemment le contenu même et la matérialité desdites normes, procédures, institutions et sanctions.

Aussi n'insistera-t-on jamais assez sur deux nécessités méthodologiques essentielles, quoique apparemment contradictoires :

— D'une part, on ne peut établir de frontière absolue entre la forme et le fond du Droit, puisque notamment les deux dimensions concernent tous les aspects du Droit (à savoir les normes de droits, d'obligations et de pouvoirs, ainsi que les procédures et les organes d'action juridiques) ;

— Mais d'autre part, le Droit est dans le fond et la forme une formalisation des structures sociales et par conséquent, la forme, ainsi entendue comme type de conscience et de pratique collective, sous tous les aspects précités, n'est pas un simple habillage ; elle est un enjeu essentiel du développement social.

A titre d'exemple, le problème de la preuve est-il un problème de fond ou de forme ? La réponse est qu'il est toujours les deux à la fois. La preuve sociale d'un droit, d'un pouvoir, d'une procédure ou de l'attribution d'un organe institutionnel est usuellement un problème de forme. Alors que la preuve spécifique d'un acte ou d'un fait matériel est un problème de fond. La forme se confond donc ici précisément avec la consistance sociale générale du Droit, c'est à dire avec son essence et sa raison d'être.

Mais ne nous croyons pas, nous juristes, ainsi relégués dans un monde de formalités et d'apparences. Si l'essentiel du Droit est la forme, cette forme est socialement essentielle. En voici, à notre sens et en deux mots, l'explication systémique :

1.2. Particularité de l'autoregulation sociale

Comme on l'a dit plus haut, la juridisation de l'ordre social est un volet essentiel de son autorégulation. Or, dans le contexte des sociétés humaines, cette autorégulation nous semble relever d'un ordre supérieur, essentiellement irréductible aux mécanismes d'autorégulation relativement plus simples des systèmes à boucles ordinaires, mécaniques ou même cybernétiques.

La différence essentielle est que le système social évolue par différenciation et intégration multi-variées de ses composantes.

Ce processus à deux faces, différenciation et intégration, s'entend en outre dans les deux directions :

— Horizontale : spécialisation occupationnelle, politique et idéologique de sphères sociales différentes mais interdépendantes, avec comme mécanismes principaux d'intégration la communication et les échanges,

— et verticale : séparation et hiérarchisation des positions et des statuts sociaux, avec comme mécanismes principaux d'intégration, la subordination politique, la récupération et la mobilité socio-économique etc...

Dans ce fait même, l'autorégulation du système social se trouve constamment aux prises avec des conflits d'intérêts, de valeurs et de pouvoirs qui ne sont pas rarement de nature antagonistes et qui, en tout cas, posent des problèmes d'un type absolument étranger à ceux rencontrés par les systèmes biologiques ou cybernétiques. C'est pourquoi deux institutions spécifiquement humaines caractérisent chaque société, à savoir la violence interne collective, prolongée dans la spécialisation repressive de l'Etat et la formalisation juridique des rapports individuels et collectifs, prolongée dans le jeu de participation et d'alternance politiques.

L'objet du Droit et sa fonction se trouvent dès lors incrustés au cœur même de l'auto-régulation et donc de la survie du système social. Dans un tel contexte, le juriste demeure évidemment libre de considérer cette autorégulation sous l'angle de la conservation du système ou de sa transformation adaptative, sauf que dans les systèmes vivants, la simple conservation exige tôt ou tard des transformations.

Si ces considérations générales ont quelque intérêt, ce serait, nous semble-t-il de signifier que la problématique du Droit en Afrique ne se rattache pas simplement à des considérations d'ignorance ou d'analphabétisme, ni même aux simples tentations dictatoriales de certains individus. Cette problématique implique en fait le processus de structuration des sociétés africaines, dans toutes ses dimensions de différenciation, d'intégration et d'autorégulation. Nous allons illustrer cette assertion très brièvement.

2. L'Etat de droit en Afrique : une genèse compliquée

L'Afrique d'aujourd'hui se présente, est-il besoin de le rappeler, comme une mosaïque de sociétés très variées et très inégalement structurées et développées. Mais, par contraste avec les sociétés industrielles, tout le monde admet que, dans leur variété, ces sociétés africaines ont quelque chose de commun, qu'il s'agisse de la dépendance technologique et financière, du sous-développement économique ou de certains seuils d'analphabétisme etc...

Mais qu'en est-il du point de vue juridique ?

Deux éléments-clefs, figurent généralement comme l'antipode du Droit et qui semblent néanmoins demeurer son revers obligé, même lorsqu'il triomphe et devient le référent social absolu, peuvent être amplement illustrés dans la dynamique sociale et politique de l'Afrique contemporaine. Nous voulons évoquer bien entendu la violence et la dépendance personnelle.

2.1 Inflation de la violence

Il semble tout d'abord que, dans les sociétés africaines nouvellement indépendantes, la violence officielle et civile, déclarée ou larvée ait été et demeure jusqu'à un certain point si fréquente qu'on peut en parler comme d'un complément systémique et historique des velléités de légalité et de juridisation de ces mêmes sociétés.

Une quantité pratiquement illimitée de faits historiques et de modes d'organisations et de fonctionnement social général et, plus particulièrement politique, faits et modes sur lesquels on ne reviendra pas ici, montrent en effet que les sociétés africaines faisaient et font encore de la violence.

- a- Une pratique courante de la part :
des pouvoirs établis,
et des contre-pouvoirs ;
- b- une menace réelle :
d'ingérence ou d'invasion extérieure
de subversion et de destabilisation ;
- c- une idéologie dominante marquée par :
la mise en exergue des spécificités ethniques, nationales et tribales et des

«mérites» de «justice» correspondants, y compris par le sacrifice et le martyre ;

l'invocation de grandes finalités idéales justifiant les moyens extra-légaux ;

d- un prétexte politique commode

pour fausser le jeu légal, quand il existe, et contraindre les adversaires à se mettre formellement hors-la-loi ;

ou pour provoquer littéralement la violence et justifier la mise en veilleuse, sinon la suppression pure et simple de toute garantie de droit

2.2 Tenacité de la dépendance personnelle

Cette forme des rapports sociaux, dont on sait qu'elle fait référence à des valeurs de solidarité, de fidélité et de légitimité spécifiques, personnalisées, non formelles, non mobiles et non juridiques, était et demeure dans une certaine mesure la forme générale des rapports sociaux :

Quel que soit son type-féodal, patriarcal, esclavagiste, caïdal bureaucratique patrimonial, marital, capitaliste, ou autres — et quel soit son objet — mise au travail, garantie des transactions civiles, assurance de soutien politique, ou autres — la dépendance personnelle peut compléter, atténuer ou aggraver, le recours à la violence comme mode d'autorégulation sociale.

Mais elle partage avec la violence cette même caractéristique négative : elle ne génère pas et fait plutôt obstruction à la cristallisation de formes normatives régulant la différenciation et l'intégration sociale. Elle réalise, supprime ou «corrige» l'un et l'autre de ces processus fondamentaux de manière spécifique, par voie de fait et, en somme, par voie d'exception généralisée.

Mais pourquoi précisément cette hypertrophie des phénomènes de violence et/ou de dépendance personnelle, dont le corollaire est une certaine atrophie, ou une certaine perversion de l'organisation juridiques ?

2.3 Interprétation historique des obstacles à la juridisation

L'idée essentielle à cet égard nous semble être la suivante :

Quelles que soient leurs formes : républicaine ou monarchique, présidentielle, parlementaire, «Zaimique» mono-partiste, pluraliste ou non-partiste, les nouveaux Etats africains étaient gros de deux jumeaux dont la naissance simultanée était et demeure impossible : à savoir l'Etat national central omni-souverain et l'Etat démocratique, libéral au pouvoir alternatif.

Qui plus est, ce n'est pas seulement que la naissance simultanée desdits jumeaux est impossible : la dépouille de l'Etat centralisé, effectif et souverain, dûment né, grandi, bien bâti et en voie de dépassement, est indispensable pour compléter l'embryogénèse de l'Etat libéral, contractuel, voir décentralisé.

La démocratie moderne ne peut guère être assise que sur l'Etat-national, centralisé, souverain et effectif et sur une classe dirigeante riche, compétitive, cultivée et socialement enracinée, bref assez solide, assez souple et assez élégante pour pouvoir orchestrer et bien jouer le jeu de la démocratie libérale.

L'Etat-national et l'élite bourgeoise ne peuvent se développer qu'au prix d'une certaine accumulation primitive du capital et d'une étatisation des tribus et des ethnies en présence, ou même des nations en phase de naissance ou de renaissance sous le contrôle effectif et indiscutable de certains réseaux d'autorité et de certains dispositifs d'infrastructures matérielles et de réseaux bureaucratiques suffisamment ramifiés et rodés.

La monarchie absolue et effective, avait été, on le sait, la forme politique adéquate dans l'Europe classique, à ce double processus d'accumulation du pouvoir économique et politique.

Dans l'Afrique contemporaine, cette forme politique ne pouvait se présenter ni seule, ni dans sa pureté. Les nouveaux Etats africains ne pouvaient guère se doter purement et simplement de monarchies absolues, que ce soit en raison de l'idéologie bien comprise des mouvements nationaux, ou en raison de la pression populaire, ou encore en raison des pressions idéologiques et politiques de l'environnement international, y compris d'ailleurs les anciennes puissances colonisatrices qui ne supportaient pas que leurs bons élèves africains en reviennent franchement à l'Ancien Régime.

On assista donc à la confection rapide de régimes politiques, tantôt monarchiques, tantôt impériaux, le plus souvent républicains et «populaires», mais généralement composés d'ingrédients disparates et répulsifs, tels que le libéralisme, le bonapartisme, le socialisme, le totalitarisme, sans parler des héritages tirés de différents pouvoirs de souche autochtone.

En termes de logique analytique simple, on ne pouvait voir dans ces mixtures politiques, d'ailleurs versatiles, bruyantes et très peu encombrées de formes juridiques consistantes, que des monstruosité.

Elles n'en avaient pas moins une certaine fonctionnalité : elles géraient, certes assez «mal», l'accélération des processus de différenciation sociale, alors même que les pressions d'intégration et de mobilité s'emballent (modernité oblige) et que les modes d'autorégulation dominantes étaient de plus en plus contestés ou inopérants.

La juridisation des rapports civils et politiques devait faire beaucoup plus de chemin sur le papier que dans la conscience et la pratique sociale et ce, paradoxalement, dans le contexte de sociétés encore largement marquées par l'analphabétisme.

Mais, comme il n'y a pas de place à de gros hazards en histoire, et surtout pas à l'échelle d'un continent entier et à la même époque, il ne serait pas interdit de s'interroger s'il n'y a pas dans lesdites mixtures socio-politiques africaines une

répétition accélérée, et forcément déformée, de l'histoire des pays industrialisés et juridisés :

La Grande Bretagne a pris de l'avance et avait donc le temps de se formaliser sans formalisme excessif et sans trop de douleur.

Par rapport à elle, la France a pris quelque retard, a donc voulu aller plus vite et plus loin. Résultats :

a) Elle est passée par toute une série de régimes disparates mais successifs (depuis les jacobins, jusqu'aux socialistes actuels, en passant par plusieurs bonapartes, plusieurs républiques et deux restaurations) ;

b) Elle s'est formalisée à l'excès, surtout du point de vue du Droit et des procédures administratives.

Les Etats africains ont dû, en somme, vivre de manière incroyablement dramatique l'accélération de l'histoire, en combinant des ingrédients de différents types, de différentes époques et dont les effets sont tantôt explosifs, tantôt inhibiteurs de la dynamique sociale qui a ses lois générales et a besoin de prendre son temps.

Peut-être dira-t-on plus tard, qu'il leur était historiquement difficile de faire mieux. Mais si cette approche a quelque intérêt ce serait d'appeler à une réflexion collective sur les conditions historico-systémiques de stimuler le développement juridico-politique de l'Afrique, en profondeur, et non pas en surface ou seulement dans les écrits.

Mais il semble clair qu'il n'y a pas de recette et que les actions en feu de paille n'y peuvent rien. La réflexion et l'action en ce domaine, peut-être plus qu'ailleurs, demandent à être mutidisciplinaires, durables et spécifiques à chaque contexte.

LA MISE EN OEUVRE DE LA PRIVATISATION AU MAROC

Mohamed Larbi BEN OTHMANE*

La loi n° 39-89 qui a autorisé le transfert d'entreprises publiques au secteur privé a fixé un délai de six mois au Gouvernement pour prendre les décrets susceptibles de mettre en oeuvre les opérations de transfert. Ce faisant, le Gouvernement devait agir dans les conditions prévues par l'article 44 de la Constitution et devait, par conséquent, soumettre ces décrets à la ratification de la Chambre des représentants dans un délai d'une année à compter de la publication du dernier d'entre eux.

C'est ainsi qu'avec un léger dépassement sur la date limite, quatre décrets ont été rendus publics. Ils portent sur la détermination du domaine de l'habilitation prévue par la loi n° 39-89, les pouvoirs du ministre chargé de la mise en oeuvre des transferts et enfin, les conditions de participation des salariés à ses opérations.

La mise en place de ce type d'instruments de la politique de privatisation n'est pas propre au Maroc. Elle trouve son inspiration et son origine dans un courant presque universel qui trouve écho dans les différents types d'économie qu'elles soient développées ou en voie de développement, de type libéral ou planifié. La vogue de privatisation, à l'inverse de ce que fut le cas durant les années soixante, marquées par le renforcement du secteur public, est une caractéristique majeure des années quatre-vingt.

Comme concept, la notion de privatisation est certainement polysémique; elle est chargée de plusieurs significations, souvent variables d'ailleurs d'un pays à un autre. Il peut s'agir d'une entreprise du secteur public qui sans être transférée au secteur privé modifie ses méthodes de gestion publique pour adopter celles du secteur privé. La privatisation peut se limiter aussi au transfert de certaines activités seulement de l'entreprise publique au secteur privé. Elle peut être perçue également comme la cession partielle ou totale des entreprises publiques au secteur privé.

Au Maroc, bien que le terme privatisation ne ressorte pas dans les textes légaux — il y est question plutôt des opérations de transfert d'entreprises publiques au secteur privé — c'est cette dernière approche qui a été retenue. Dans le discours

* Professeur à la Faculté de Droit de Rabat

de fixer des règles destinées à éviter ultérieurement que les biens cédés tombent entre des mains étrangères, dans les décrets d'application ces règles n'ont pas été suivies de mesures d'application sauf, le cas échéant, la mise en œuvre des sanctions d'ordre général prévues pour tout acquéreur qui n'aurait pas respecté ses obligations. En tout cas, il demeure pour cette hypothèse de cession au capital étranger au-delà des limites fixées, qu'aucune mesure de contrôle ou de redressement ultérieurs n'a été prévue.

Dans la perspective de réalisation du programme de privatisation, le ministre propose de même au Premier Ministre, les opérations successives de transferts qui sont prises par décret. L'avis conforme de la commission des transferts est requis, toutefois, pour les cas d'attribution directe qui donne lieu à l'établissement d'un contrat de cession signé avec l'attributaire.

Ces larges attributions du Ministre sont, enfin, complétées par son pouvoir de prononcer les sanctions précédemment citées en cas de non respect de leurs obligations par les acquéreurs, par la fixation conjointement avec le ministre des finances, des listes des organismes financiers chargés de placer les actions et surtout par son intervention pour tout décret relatif désormais, à l'exception de ce qui relève du domaine de la loi, à toute création d'entreprise publique, de filiale ou sous filiale ou même de prise de participation d'une entreprise publique.

Ces sanctions qu'il serait appelé à prendre méritent une attention particulière. Ainsi, après avis de la commission des transferts, il peut prononcer la déchéance du droit aux exonérations fiscales si l'acquéreur ne respecte pas ses obligations. L'acquéreur considéré comme contrevenant, à moins de se prévaloir de circonstances exceptionnelles devra rembourser les droits d'enregistrement et de timbre (normalement exigibles) et une pénalité égale à 100 % de ces droits avec un minimum de perception de 100.000 DH majorées des frais de recouvrement. Plusieurs questions se posent à ce sujet, d'abord quant à la définition acceptable de ces obligations et de ces circonstances exceptionnelles ? Comment et sur la base de quels critères les délimiter ? Ensuite, quant au caractère adapté ou non de cette sanction qui s'analyse comme amende plutôt que comme loi, la jurisprudence et la doctrine. Cette amende est soit trop forte pour les petits porteurs que le discours étatique veut encourager, soit faible pour les grosses fortunes qui peuvent toujours la faire supporter par les frais généraux ou autres. En contre l'accaparement. Une autre sanction aboutissant à une véritable déchéance des droits résultant de l'opération de transfert ou sur l'annulation de l'acte d'acquisition aurait été sans doute plus adaptée si sanction il fallait y avoir.

2. La commission des transferts a pour rôle d'assister le ministre qui en est le président. Ses membres au nombre de cinq, sont nommés par dahir et choisis en raison de leur compétence en matière économique, financière et sociale. Elle peut s'adjoindre tout expert dont le concours lui apparaît utile. Elle délibère à la majorité des voix des membres présents dont le président et au moins trois de ses membres. Ses modalités de fonctionnement ayant trait au remplacement des membres, au rapporteur et à son secrétariat sont fixées par décret qui en fait

une sorte d'autorité morale ou une commission de sages qui donne ses avis à propos de toutes les étapes importantes de l'opération de transferts.

3. L'organisme d'évaluation est composé, de son côté, de sept membres, dont un président et un vice-président, également nommés par dahir. De même, il peut s'adjoindre, à titre consultatif, toute personne dont le concours lui paraît utile. Le remplacement des membres et les modalités de fonctionnement relatives à la désignation d'un ou plusieurs rapporteurs, à la majorité et au quorum fixé à cinq voix présentes, sont aussi fixés par décret.

Cet organisme ne procède pas cependant lui-même à l'évaluation proprement dite des participations et établissements à céder. Celle-ci, préalablement à chaque opération de transfert, est effectuée par des experts qui procèdent selon les méthodes généralement retenues en matière de cession totale ou partielle d'entreprise en tenant compte de la nature spécifique du type de bien à céder.

L'organisme d'évaluation intervient sur la base de ce rapport d'évaluation, éventuellement complété par une expertise ou un supplément d'information, pour fixer et communiquer le prix d'offre au ministre dans un délai maximum de deux mois. Ce prix doit être retenu lorsque la cession est réalisée par offre publique de vente selon les mécanismes du marché boursier. Pour les autres cas de cession par appel d'offres ou attribution directe, bien qu'aucune précision en ce sens n'a été prévue, ce qui consacre une différence importante entre les différents modes de cession, ce prix sera certainement aussi le prix d'offre minimum de cession.

Une autre différence remarquable mais celle-ci entre les obligations incombant aux membres de la commission des transferts et ceux de l'organisme d'évaluation réside dans le fait que si ces derniers sont astreints à des interdictions et au secret professionnel, les premiers ne le sont pas. Pourquoi ? Toujours est-il que les membres de l'organisme d'évaluation sans les autres sont d'abord tenus au secret professionnel pour toutes les affaires dont ils ont à connaître et que ensuite durant leurs fonctions et pendant une durée de cinq ans à compter de la cessation de leurs fonctions, il ne peuvent eux mêmes ainsi que leurs conjoints et descendants à charge, acquérir des actions, parts ou éléments d'actifs d'une entreprise concernée directement ou indirectement par une opération de transfert.

Sur un autre point, il semble par ailleurs que cet organisme d'évaluation s'est substitué dans l'esprit des rédacteurs, à la commission des transferts. Ainsi, la loi 39-89 précise que cet organisme intervient dès lors qu'il s'agit d'assurer un avantage ou une priorité à certains acquéreurs aux fins de réaliser les objectifs assignés à la politique de privatisation. Les objectifs proclamés étant l'accès de nouvelles catégories sociales à la propriété des entreprises, la lutte contre l'accapement, le développement des économies régionales et la sauvegarde de l'emploi, il est évident que la mission de veiller à leur réalisation devait relever d'une « commission de sages » présidée par un membre du Gouvernement plutôt que d'une entité chargées d'une approche technique. Certes, la commission des

transferts peut intervenir aussi dans ce sens ; mais contrairement à celui de l'organisme d'évaluation, son avis n'est pas légalement requis.

Ce sont ces organes qui ont donc la charge de mettre en œuvre et de réaliser le programme de privatisation pendant la période n'excédant pas décembre 1995. De leurs décisions dépend aussi le choix des modalités des transferts.

II. Les mécanismes de cession

Les opérations des transferts sont toutes décidées par décret pris sur propositions du ministre chargé de la privatisation. Elles s'effectueront selon les mécanismes du marché financier, sur appel d'offre ou en combinant ces deux procédures soit enfin, par attribution directe à un ou plusieurs acquéreurs. Ainsi, en vue de la réalisation de ce programme, il y aura autant de décrets que d'opérations décidées.

1. La cession par recours au marché financier peut intervenir par la cession d'actions à la Bourse des Valeurs ou par offre publique de vente à prix fixe.

La première hypothèse implique l'introduction en bourse de l'entreprise concernée. Cependant, par dérogation aux règles en vigueur en la matière qui sont définies par le décret-royal du 14 novembre 1967 et les arrêtés pris pour son application, cette introduction, l'inscription et la première cotation conformément au prix fixé par l'organisme d'évaluation sont réalisées selon les dispositions du décret ayant décidé le transfert.

L'offre publique de vente à prix fixé par l'organisme d'évaluation a lieu auprès des guichets des organismes financiers et bancaires dont la liste est fixée par arrêté.

2. La cession par appel d'offres peut être ouverte ou restreinte. Elle donne lieu à la publication d'un avis destiné au public. Cet avis informe sur la nature des valeurs ou du patrimoine à céder, son objet et son activité, le prix de cession et le délai imparti aux intéressés pour faire connaître leurs offres. L'organe chargé du transfert met aussi à la disposition de ces derniers des informations complémentaires d'ordre financier et comptable.

L'ouverture des plis incombe à la commission des transferts qui retient le candidat le plus offrant. Ce qui présuppose, par conséquent, que le prix de cession prévu dans l'avis est un prix minimum indicatif.

Dans cette hypothèse de cession par appel d'offres également, un décret est requis pour réaliser le transfert au profit du soumissionnaire retenu.

La défaillance de ce soumissionnaire entraîne cependant l'obligation de reprendre à nouveau la procédure de transfert. Cette disposition alourdit sensiblement l'opération en cours puisqu'en principe, il faut revenir au point de départ. Il semble qu'il aurait été plus souple de retenir le soumissionnaire placé en seconde position plutôt que «procéder de nouveau... par l'une ou plusieurs des procédures prévues».

3. L'attribution directe s'applique aux participations et établissements qui seront désignés par décret pris sur proposition du ministre chargé de la privatisation. Aucune restriction n'est apportée à l'exercice de ce pouvoir pour limiter le nombre d'entreprises à céder ainsi directement. Cette situation confirme l'omnipotence du ministre dans l'exécution du programme des transferts et des choix retenues pour le réaliser. L'attribution directe est certes précédée aussi comme les autres modalités de transferts par une campagne d'information similaire portant sur la nature du patrimoine à céder, son activité et son objet ainsi que sur la base d'un rapport qui fait ressortir uniquement les propositions du candidat à l'attribution et les raisons pour lesquelles sa demande semble de nature à réaliser un ou plusieurs objectifs de la campagne de privatisation. On peut valablement considérer qu'ainsi conçue et sans autre réserve, cette procédure fondée sur un rapport d'ordre forcément administratif interne n'est pas à l'abri des impondérables humains, pour éviter de dire autre chose.

Cette attribution directe devient effective, après avis de la commission des transferts et publication du décret y afférent, par passation d'un contrat entre le ministre et l'attributaire. Ce contrat assorti d'une clause suspensive jusqu'à l'intervention de ce décret, énonce les droits et obligations de celui-ci ainsi que les sanctions dont il peut faire l'objet en cas de manquement à ses engagements.

4. Dans le but proclamé de réaliser les objectifs du programme de privatisation rappelés précédemment, les décrets d'application énoncent par ailleurs certaines dispositions qui relèvent souvent de la simple déclaration d'intention.

Ainsi, contre l'éventualité sans doute d'éviter des situations qui rappellent les souvenirs de la marocanisation du début des années soixante-dix, le ministre peut écarter les demandes d'acquisition qui pourraient avoir pour conséquence de créer une situation d'accaparement. L'intention est louable ; encore faut-il savoir ce qu'est une situation d'accaparement et lui donner un contour sinon une définition juridique. La notion est en effet, passablement fuyante.

Il y est aussi énoncé la faculté de décider du nombre d'actions ou de parts qu'un acquéreur ne peut dépasser. De même, pour certaines sociétés désignées par décret, la priorité d'acquisition peut être réservée, dans un but de régionalisation, aux personnes ayant un lien avec le lieu (préfecture ou province) où se trouve l'entreprise concernée. Il peut s'agir soit de personnes nées (dont les travailleurs émigrés à l'étranger), de personnes résidentes ou exerçant une activité dans ce lieu ou encore de personnes morales dont l'objectif est le développement régional et dont le capital social est détenu à moitié au moins par les personnes physiques précitées. Cette mesure peut bénéficier enfin, aux coopératives situées au même lieu.

Ces personnes physiques et morales seront appelées à soumissionner à un appel d'offre restreint et si, celui-ci demeure au bout de deux mois infructueux, l'opération comme dans le cas de la cession par appel d'offre ouvert, devra être

recommencée à nouveau. Bien que ici plus d'ailleurs l'on ne peut non plus préjuger des résultats de cet appel d'offre restreint, il apparaît bien difficile, lourd et hasardeux de la mener à bonne fin compte tenu de toutes les complications dont elle a été entourée.

L'appel d'offre restreint est destiné aussi à certaines coopératives agricoles dès lors que les participations publiques à céder sont détenues dans des sociétés de transformation et de commercialisation de coton, d'oléagineux, de semences, de plantes sucrières ou de fruits et légumes. L'offre restreinte s'adresse cependant uniquement aux coopératives qui regroupent des agriculteurs qui leur livrent leur récolte. Pour cette catégorie également les lignes de démarcation risquent d'être difficiles à tracer de façon nette.

5. Les salariés de l'entreprise peuvent, de leur côté, se porter acquéreurs d'une part du patrimoine à céder s'il justifie d'une année d'ancienneté. Leur participation dépend cependant de la décision du ministre qui peut soit l'écarter soit la consacrer sous certaines conditions. Ainsi, la part réservée aux salariés ne peut dépasser 20% dans la limite du dixième du capital social lorsqu'il s'agit de cession de participations soit 2% du total du capital ou de 10% lorsqu'il s'agit de la cession d'un établissement. Dans ces limites, les salariés bénéficient d'un rabais de 15% ; la décision du ministre fixant simultanément le nombre d'actions ou de parts qu'aucun salarié ne peut dépasser. De plus, et contrairement aux autres acquéreurs, les salariés ne peuvent céder leurs actions et parts acquis dans ces conditions, avant un délai de trois ans à compter de la date d'acquisition. Le cas échéant, ils seront tenus de rembourser le montant du rabais consenti. La participation des salariés ne s'exprime pas comme celles des autres acquéreurs. De plus, leurs demandes doivent être recueillies par l'employeur saisi par le ministre chargé de la privatisation.

Dans cet aspect de la question, l'omnipotence du ministre ressort donc aussi assez nettement. De sorte que si la privatisation se voulait une démarche idéologique consacrant la prééminence du capital privé et pratique visant le désengagement de l'Etat de certains secteurs productifs, par sa formalisation, elle tend à devenir imperceptiblement un dossier où domine la fonction de commandement administratif et autoritaire. Par là, elle risque de s'écarter de ses chances de succès car elle évacue les exigences de l'équilibre du marché, pour jeter déjà les jalons d'un ordre public de direction à rebours.

Certes, dans l'état actuel de la mise en place des textes régissant la privatisation, beaucoup de décrets restent à prendre pour déterminer les orientations pratiques que comptent imprimer les responsables au programme de privatisation. Ces orientations seront de même mieux précisées à la lumière de l'exécution de ce programme, des priorités retenues et des mécanismes choisis pour le réaliser. Le choix de l'entreprise, de l'introduction en bourse ou de l'attribution directe, n'est pas indifférent. D'autant plus que l'opération de transfert s'effectue une fois pour toutes, le prix de cession est consommé sans rémission dans un système qui n'a pas prévu la réutilisation des produits de cession

dans le financement de nouveaux projets mais leur versement pur et simple au budget comme n'importe qu'elle recette fiscale ou autre.

Or, les contraintes de la conjoncture et la volonté déclarée de faire aboutir le programme oblige à céder en premier lieu les entreprises les plus performantes. L'Etat gardera-t-il uniquement les invendables ? En tout état de cause, il est certain que le capital privé national préférant la spéculation, est trop familial, trop précautionneux pour s'engager dans des opérations qui présentent un certain risque. Le capital étranger sollicité tant les mesures prises s'adressent à tout acquéreur potentiel, évitera de même les opérations où il ne trouve d'abord son intérêt. Avec l'abrogation des décrets d'application du dahir relatif à la marocanisation, le risque de renouer avec la période antérieure à 1973, du moins partiellement et pour certains secteurs vitaux, n'est-il pas de ce fait à reprendre en considération ?

Les textes de mise en œuvre soulèvent, on le voit, beaucoup de questions. Des questions où s'entrecroisent des zones d'ombres qui couvrent des enjeux et thèmes fondamentaux. On s'y réfère par exemple à la protection des intérêts nationaux par opposition aux acquisitions par les entreprises étrangères ou sous contrôle étranger. C'est tout le problème de la nationalité des sociétés au Maroc qui est ainsi posé mais qui reste sans solution. On n'y trouve pas trace d'un mécanisme qui aurait été efficace s'il avait été retenu. Il s'agit de la privatisation par augmentation du capital car l'approche budgétaire a été privilégiée. Il en est de même du quota réservé au capital étranger. Dans plusieurs pays, il a été fixé par voie légale.

Ces questions sans réponses encore et ces zones d'ombres annoncent-elles un utile débat ?

Encore une interrogation ?

Indications bibliographiques :

Bulletins officiels n° 4.042 du 18 avril 1990 concernant la loi n° 39-89 et n° 4068 du 17 octobre 1990 concernant les quatres décrets pris pour son application.

BEN OTHMANE M. Larbi : La privatisation au Maroc, revue marocaine de finances publiques et d'économie, n° 6, 1990.

BOUACHIK Mohamed : Privatisation : les décrets d'application, Journal le Libéral, décembre 1990.

RHOMARI Mostafa : le financement de la privatisation au Maroc, R.M.F.P.E. n° 6, 1990.

GUYON Yves : Actionnariat des salariés et privatisations des entreprises, Droit social, 1987 ; l'évaluation des valeurs mobilières à l'occasion des opérations de privatisations, R.F.D.A., 1987.

Les privatisations à l'étranger : Notes et Etudes documentaires, 1986.

BENSALAH ZEMRANI-Rhomari : La privatisation des entreprises publiques, R.M.F.P.E. n° 6, 1990.

Droit, Etat et Coopération au Maroc

Ahmed GHAZALI *

L'insertion des coopératives dans les économies des pays en développement est souvent envisagée dans le cadre de la mise en œuvre des plans de transformation et de modernisation des activités économiques traditionnelles.

L'agent modernisateur principal de ces activités étant l'Etat, c'est en fonction de ses objectifs que les organismes coopératifs sont appelés à jouer un rôle complémentaire. Il en est précisément ainsi lorsqu'il existe un rapport direct entre les activités que l'Etat cherche à moderniser et celles que certains auteurs (producteurs, utilisateurs de produits, utilisateurs de crédits...) doivent prendre en charge pour que les objectifs de l'Etat puissent se concrétiser. Dans ce cas un appareil d'encadrement va être mis au service des groupements coopératifs qui assurent la liaison des fonctions de commercialisation, d'approvisionnement, des services techniques et des crédits, assumées par l'Etat. Le rôle de ces groupements est assez réduit au début puisqu'il se limite à servir de courroie de transmission entre l'agent d'encadrement qui assure ces fonctions et les coopérateurs. Selon une hypothèse très optimiste, ces groupements coopératifs peuvent devenir de véritables coopératives à la condition qu'ils arrivent à fonctionner sous la forme d'entreprise et à prendre en charge leurs propres activités, leur gestion administrative et financière, de façon autonome. Cette hypothèse correspond au point de vue suivant lequel de véritables coopératives peuvent être mises en œuvre dans les P.V.D. grâce à l'initiation progressive des populations à la coopération. Certains auteurs préconisent de recourir dans ce but à des groupements pré-coopératifs appelés à se transformer plus tard en vraies coopératives. Ce processus doit s'accompagner d'un désengagement de l'Etat au fur et à mesure que les membres des coopératives maîtrisent leurs institutions et les prennent en charge sur le plan technique, financier et administratif.

Un certain assouplissement de l'intervention de l'Etat d'octroi d'une grande autonomie aux coopératives se dessinent dans l'évolution du droit coopératif marocain ⁽¹⁾.

* Maître de conférence à l'Université Mohammed V, Faculté des Sciences Juridiques et Sociales.

(1) Arrête C.S. n° 119 du 23 février 1961. in R.A.C.S. 1962 p.36 ; également, arrêt de la C.S. n° 149 du 29 juin 1961 *ibid* p.79.

Mais ce droit est encore en gestation. Les tendances générales devant déboucher sur l'uniformisation de son contenu et l'assouplissement de l'intervention de l'Etat, risquent d'autant plus de ne pas trouver matière à concrétisation dans un proche avenir, que la place et le rôle des coopératives sur le plan économique et social ne laissent pas clairement entrevoir la formation d'un véritable secteur, et encore moins d'un mouvement coopératif dans notre pays⁽²⁾. Il y a donc à craindre qu'un artifice juridique ne continue à se nourrir d'un artifice économique et social des coopératives marocaines.

I — L'aménagement de l'intervention de l'Etat : **Approche évolutive du cadre formel.**

Les législations particulières font jouer aux administrations et organismes publics un rôle important dans la création et le fonctionnement des différentes coopératives marocaines. La pesanteur de l'Etat dans les coopératives jadis réservées aux seuls marocains n'est pas étonnante, puisqu'elles sont conçues légalement comme de simples instruments d'encadrement technique des populations. Les textes datant du protectorat et visant les anciennes coopératives européennes, ceux qui ont institué d'autres formes de coopératives après l'indépendance, réservent également un rôle important à l'administration publique dans la vie juridique des coopératives qu'ils regissent, dans tous les cas, l'intervention de l'Etat est considérée comme un corollaire, sommes toutes logiques, des avantages que les pouvoirs publics accordent aux institutions coopératives. C'est pourquoi cette intervention prend la forme de contrôles plus ou moins poussés, que différentes administrations et organismes publics exercent sur la coopération, tout au long de sa vie juridique. Elle se caractérise par la grande diversité de ses auteurs et de ses modalités tels qu'ils sont déterminés par les législations particulières. Mais l'évolution du droit coopératif marocain révèle très nettement une tendance vers l'uniformisation des règles relatives à cette intervention et assouplissement de ses modalités. Il suffit d'en étudier ses manifestations fonctionnement (Paragraphe 2) pour s'en convaincre.

Paragraphe 1 : Formation des coopératives et intervention de l'Etat :

Avant 1975, chaque coopérative qui se constitue au Maroc doit obtenir une autorisation, suivant la procédure et auprès de l'autorité administrative prévues par son texte institutif. Dans les pays de tradition coopérative, cette obligation s'expliquerait certainement à la lumière de l'origine associationniste des institutions coopératives qui étaient, à leurs débuts du moins, en conflit plus ou moins ouvert avec l'ordre établi.

Au Maroc, l'autorisation constitue uniquement la contre partie des avantages que l'Etat consent au profit des institutions coopératives. Seules en effet celles qui obtiennent l'agrément des pouvoirs publics peuvent se prévaloir de la qualité coopérative et profiter des avantages qui sont attachés à cette qualité.

Les règles relatives à l'agrément des pouvoirs publics n'ont pas subi de changements notables dans le droit coopératif marocain. L'essentiel de ces règles a été posé sous le protectorat. Seule l'autorité compétente en matière d'octroi et de retrait de l'autorisation gouvernementale a posé quelques problèmes après l'indépendance. Un dahir de 1975 a d'ailleurs définitivement réglé la question dans le sens d'une centralisation des pouvoirs administratifs relatifs à l'autorisation gouvernementale.

A - Les autorisations administratives dans les législations particulières :

Les divers textes qui composent la législation coopérative agricole obligent les coopératives à obtenir l'autorisation des autorités administratives. Les coopératives soumises au régime du dahir de 1938, devaient, sous le protectorat, obtenir l'autorisation sous forme d'arrêté du secrétaire général du protectorat. Après l'indépendance, l'autorisation est donnée par le Ministre de l'Agriculture jusqu'en 1975, puis le Ministre du plan depuis cette date. Les coopératives céréalières devaient, sous le protectorat, obtenir l'autorisation du délégué de la résidence générale, secrétaire général du protectorat, sur avis du directeur des affaires économiques. L'article 6 du dahir de 1937 qui prévoit cette obligation a servi de fondement légal au Ministre de l'agriculture pour l'octroi de telles autorisations aux coopératives céréalières qui se sont constituées après l'indépendance. Le dahir de 1935 prévoit quant à lui un ensemble de règles précises, relatives non seulement à l'octroi de l'autorisation mais également à son retrait et aux effets que celui-ci produit sur la coopérative. D'après ce texte les coopératives agricoles et leurs unions ne sont valablement constituées qu'après publication de l'arrêté d'autorisation les concernant au Bulletin Officiel. Cette autorisation est donnée par arrêté du directeur général de l'agriculture, du commerce et de la colonisation, après avis conforme du directeur général des finances. Après l'indépendance et jusqu'en 1975, c'est au Ministère de l'Agriculture et de la Réforme Agraire qu'échoit le droit d'autoriser la constitution de telles coopératives.

L'article 74 du dahir de 1935 prévoit la possibilité de retirer l'autorisation administrative. mais ce retrait doit être décidé par arrêté viziriel, sur proposition du directeur général de l'agriculture et après avis conforme du directeur des finances. Après l'indépendance l'autorisation gouvernementale peut être retirée sur décision prise par décret du premier Ministre, sur proposition du Ministre des finances et après un préavis de trois mois. C'est dans ce sens que se sont prononcés les seules décisions judiciaires auxquelles l'application du droit coopératif agricole marocain a donné lieu à notre connaissance⁽²⁾. Les effets du retrait sont prévus par l'article 73 du dahir de 1935. Il peut s'agir d'une dissolution prononcée par l'assemblée générale dans un délai de deux mois. Passé ce délai, la dissolution peut être décidée par ordonnance du président du tribunal de première instance sur requête du Ministre de l'Agriculture.

(2) Circulaire du premier Ministre du 20 juillet 1977.

Notons, enfin que la constitution des coopératives de la réforme agraire fonctionnant sous le régime juridique du dahir de 1972 est constaté par arrêté conjoint du Ministre des Finances, du Ministre de l'Agriculture et du Ministre de l'Intérieur.

Dans le secteur non agricole également, la constitution des coopératives est soumise à l'aval préalable d'une variété d'administrations publiques. Les législations particulières datant du protectorat ou de l'indépendance soumettent les coopératives qu'elles concernent à l'agrément. C'est ainsi par exemple que les coopératives de pêche doivent obtenir l'autorisation du Ministre des pêches conformément à l'article 5 de leur texte institutif. Les conditions de l'octroi de cette autorisation, le retrait dont elle peut faire l'objet et ses effets, sont respectivement prévus par les articles 6 et 7 du décret royal portant loi du 5 août 1968. Une commission d'agrément des coopératives de pêcheurs est instituée par le décret royal du 26 août 1968 qui en fixe la composition et le fonctionnement. C'est au vu de l'avis de cette commission que le Ministre des pêches se prononce sur la demande d'agrément. Les coopératives d'habitation sont également soumises à l'agrément des pouvoirs publics-conformément à l'article 44 du décret royal portant loi du 17-12-1968. Le retrait de l'autorisation et ses conséquences sont prévues par les articles 53 et 54 de ce décret royal.

L'obligation d'obtenir l'agrément des pouvoirs publics pour toute institution constituée sous la forme coopérative est générale. Une très grande hétérogénéité caractérise le contenu des lois particulières concernant les modalités d'octroi et de retrait d'un tel agrément, ses effets et même ses auteurs.

B - la tendance à l'uniformisation de la procédure de l'agrément depuis 1975.

Cependant un mouvement d'uniformisation de l'intervention de l'Etat dans la constitution des coopératives s'est amorcé dans notre droit coopératif depuis 1975. Cette tendance se précise d'ailleurs à la lumière des révélations du statut général de la coopération en la matière.

Rappelons en effet qu'en vertu des dispositions du dahir du 23 avril 1975 relatif à l'office de développement de la coopération, c'est cet établissement public qui est désormais exclusivement chargé de «centraliser et instruire les demandes de constitution des coopératives...». Par cette disposition, le législateur réalise l'unification de l'autorité étatique chargée de la vérification de la conformité de la constitution de la coopérative à la réglementation en vigueur et à la politique générale de l'Etat en matière de coopération. C'est aussi, nous semble-t-il, l'annonce d'un tournant dans la conception de la coopérative que les pouvoirs publics comptent promouvoir, ne serait-ce que sur le plan formel. L'Office de Développement de la Coopération est en effet invité à veiller au respect de l'originalité de la coopération que les pouvoirs publics comptent mettre en œuvre, par les institutions que sollicitent l'agrément des pouvoirs publics. On peut voir également dans cette centralisation du pouvoir d'instruction des demandes d'agrément, un assouplissement de l'intervention de l'Etat dans les coopératives.

En chargeant un Office spécialisé dans la coopération de cette tâche, suivant une procédure précisée et uniformisée, le législateur soustrait les demandes d'agrément à l'appréciation souvent conjoncturelle, sinon arbitraire de diverses administrations publiques. Ces dernières ont en effet l'habitude de concevoir et d'utiliser les coopératives, comme de simples instruments au service de leurs objectifs propres.

Sur le plan de l'autorité chargée de l'octroi de l'agrément elle-même, le droit coopératif marocain s'est résolument engagé dans un processus d'homogénéisation et d'assouplissement de l'intervention de l'Etat. Nous avons déjà relevé qu'avant 1975 divers Ministres avaient le pouvoir d'octroyer, sous forme d'arrêté ministériel, l'autorisation administrative aux coopératives qui relevaient de leur contrôle technique. Le dahir de 1975 ne reconnaît plus qu'à l'autorité gouvernementale chargée du plan le pouvoir de donner un tel agrément. Ce dahir a d'ailleurs fait l'objet d'une circulaire explicative du premier Ministre qui conforte l'autorité gouvernementale chargée du plan dans son pouvoir⁽²⁾. Aussi, toutes les catégories de coopératives dépendent désormais du Ministre du Plan en la matière. En conséquence, précise la circulaire du premier Ministre, toutes les dispositions des législations particulières relatives aux conditions d'octroi et de retrait d'agrément s'en trouvent implicitement abrogées. Seules les coopératives de la réforme agraire échappent à la règle et leur constitution continue à être constatée par arrêté conjoint des Ministres de l'Agriculture, des Finances et de l'Intérieur.

L'intervention interprétative du Premier Ministre confirme l'idée d'un changement dans l'attitude des pouvoirs publics à l'égard des coopératives. L'état semble en effet vouloir favoriser une notion de coopérative au service de la participation volontaire des populations au développement planifié de l'économie marocaine. C'est pourquoi le législateur centralise entre les mains du Ministre du Plan le pouvoir de contrôle de la constitution des coopératives.

Mais la centralisation du pouvoir d'instruction est surtout d'octroi et de retrait d'agrément, ne doit pas empêcher les autres administrations intéressées par le secteur coopératif de continuer à participer à la décision. C'est dans ce but que la circulaire du Premier Ministre déjà évoquée a institué une commission consultative, appelée à émettre son avis sur toute demande d'agrément reçue par l'office de Développement de la Coopération. Cette commission est composée des représentants des Ministres du plan, de l'Intérieur et des Finances. Les représentants du Ministre exerçant le contrôle technique sur les coopératives concernées doivent également être convoqués aux réunions de cette commission. L'avis de cette dernière est transmis en même temps que celui de l'Office de Développement de la Coopération au Ministre du Plan, qui dispose de la sorte de tous les éléments d'appréciation de l'opportunité d'agréer les coopératives demanderessees.

Cette tendance à l'uniformisation de l'intervention de l'Etat dans la constitution des coopératives sera achevée avec l'application des prescriptions

générales, consacrées par la charte coopérative. En effet, les dispositions de cette dernière établissent les règles devant fixer dans l'avenir une procédure uniforme de l'agrément des pouvoirs publics. Comme on l'a déjà noté pour les principes coopératifs et pour la nature juridique des coopératives, au fur et à mesure de la publication des statuts-types des différentes catégories de coopératives, celles-ci se verront soumises aux dispositions de la charte coopérative. Au terme de ces publications, seules les coopératives de la réforme agraire continueront à échapper à l'application de la charte alors que toutes les autres seront obligées par les règles du statut général et plus particulièrement de celle d'entre elles relatives à l'agrément des pouvoirs publics.

Selon ces prescriptions, les fondateurs d'une coopérative devront adresser à l'administration concernée et à l'Office de Développement de la Coopération une déclaration d'intention de création de cette institution.

Les représentants de l'administration peuvent assister aux délibérations de l'assemblée générale constitutive de la coopérative, à titre d'observateurs. Pour leur permettre d'exercer ce droit, les fondateurs devront adresser une convocation aux autorités gouvernementales compétentes, à l'autorité locale intéressée et à l'Office de Développement de la Coopération. A défaut de cette convocation, les délibérations de l'assemblée constitutive pourront être déclarées nulles. Par la suite, le conseil d'administration doit adresser ou déposer à l'Office de Développement de la Coopération une demande d'agrément. Un certain nombre de pièces doivent être jointes à cette demande. Un récépissé de dépôt ou de réception du dossier de demande est délivré par cette Office aux responsables de la coopérative. La demande doit être faite dans un délai de trente jours, qui suivent celui de la tenue de l'assemblée générale constitutive. Elle est transmise par l'Office avec son avis au Ministre du Plan. Ce dernier doit se prononcer sur la demande dans les quatre vingt-dix JOURS de la transmission du dossier par l'O.D.C.O.. Passé ce délai, la demande est réputée acceptée. D'après l'article 9, dernier alinéa de la charte coopérative, la constitution de la coopérative ne devient définitive qu'après la publication au Bulletin Officiel de la décision d'agrément. Le Ministre du Plan peut rejeter la demande d'agrément par une décision motivée et notifiée au conseil d'administration de la coopérative. Il peut également décider le retrait de l'autorisation sans préavis dans les conditions suivantes :

- L'agrément a été obtenu par fraude.
- La coopérative a été dissoute par jugement ou délibération de l'assemblée générale extraordinaire.
- Il est constaté la cessation de toute activité durant une période de deux exercices consécutifs.
- En application, le cas échéant, du dernier alinéa de l'article 80 de la charte coopérative⁽³⁾.

(3) voir infra (le contrôle étatique selon le statut général).

Le retrait de l'agrément est prononcé après un préavis de trois mois resté sans effet, lorsque les administrateurs n'ont pas respecté les formalités de dépôts obligatoires, prévues par l'article 10 de la charte coopérative. Il en va de même dans le cas où la coopérative a perdu le caractère d'institution régie par le statut général, par suite des modifications apportées à ses statuts, ou bien lorsque le capital est réduit au dessous de son minimum irréductible.

Paragraphe 2 : Fonctionnement des coopératives et intervention de l'Etat

L'analyse du cadre légale du fonctionnement des coopératives marocains révèle également une très forte intervention de l'Etat dans les coopératives. Cette intervention est perceptible aussi bien lorsqu'on observe les législations particulières, que certains dispositions du statut général qui obligent dès à présent les coopératives respectivement prévues par les statuts particuliers et par la charte coopérative pour s'en convaincre.

A - Le contrôle étatique selon les législations particulières.

Sur le plan légal des textes institutifs des coopératives mettent généralement l'accent sur le commissaire du gouvernement qui assure le contrôle permanent de la coopérative en tant que représentant du département ministériel dont celle-ci dépend. Le dahir de 1935 a le premier institué un tel organe de contrôle. Mais sa nomination n'est pas obligatoire. Elle reste à la discrétion du Ministre de l'Agriculture qui peut s'il le juge utile, le nommer auprès des sociétés coopératives et de leurs unions. Le rôle de cet organe consiste à assurer de façon permanente la surveillance du fonctionnement général de l'institution. Le Ministre des finances peut aussi nommer un commissaire de gouvernement auprès des unions de coopératives agricoles ou des coopératives agricoles dites centrales.

Le commissaire du gouvernement autorise l'emploi et le placement des fonds disponibles des coopératives agricoles ou des unions qu'il contrôle. Il est tenu d'établir un rapport annuel sur ces opérations. Son intervention ne libère pas les coopératives agricoles et leur union du contrôle des inspecteurs des finances.

Le rôle du commissaire du gouvernement a été renforcé et précisé par les textes particuliers à certaines coopératives instituées depuis l'indépendance. Les coopératives de pêcheurs sont soumises depuis 1968 au contrôle général des départements ministériels des pêches et des finances. Les coopératives de la réforme agraire organisées par les textes de 1972 dépendent quant à elles du contrôle du Ministre de l'Agriculture et des Finances.

Conformément aux textes de 1968 et de 1972, ces Ministères doivent désigner un commissaire du gouvernement auprès de chaque coopérative qui relève de leur ressort. Ce commissaire dispose d'un pouvoir de contrôle plus important que celui reconnu au commissaire de gouvernement prévu par le dahir de 1935. En vertu du décret royal portant loi de 1968, l'exécution de certaines décisions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration reste subordonnée à

l'accord de cet organe de contrôle gouvernemental. Ce dernier a en effet un droit de veto visant à empêcher l'exécution des décisions prises dans les matières suivantes :

- La fusion de la société avec d'autres coopératives
- Les achats ou ventes d'immeubles ou de biens d'équipement quel qu'en soit le montant
- La répartition des excédents d'exploitation entre adhérents
- La nomination éventuelle du directeur du personnel de la coopérative
- La fixation de la rémunération du personnel de la coopérative.

D'après le décret royal portant loi de 1972 les décisions de même nature sont soumises à l'appréciation du commissaire du gouvernement auprès des coopératives de la réforme agraire. Cependant la répartition des excédents de l'exploitation n'est pas soumise à son accord. Par contre tout engagement de dépense excédant 5.000 DH doit obtenir son consentement.

Le commissaire du gouvernement peut faire usage de son droit de veto, séance tenante, ou dans les huit jours qui suivent la date de la décision. Le veto a pour conséquence de soumettre la décision concernée à un nouvel examen par l'organe d'administration qui l'a initialement prise. Si le commissaire du gouvernement maintient son veto après ce deuxième examen, c'est au Ministre des pêches maritimes que revient le pouvoir de décider. La décision est considérée comme approuvée si le Ministre saisi de la contestation ne se prononce pas dans le délai fixé par la loi. Dans les coopératives de la réforme agraire qui connaissent des règles identiques en la matière, c'est au gouvernement de la province qu'échoit le pouvoir de trancher pareille contestation.

Sur le plan légal, aucune coopérative n'échappe à l'intervention de l'Etat dans la gestion. Lorsque la fonction de commissaire du gouvernement n'est pas prévue par les législations particulières, l'administration intervient par le biais de ses agents d'encadrement administratif et technique. C'est ainsi par exemple que les coopératives céréalières sont soumises au contrôle de l'Office interprofessionnel des Céréales et Legumineuses. Le décret royal portant loi de 1968 relatif au crédit immobilier et hôtelier soumet certaines décisions de l'assemblée générale des coopératives d'habitation au contrôle du Ministre des Finances. C'est ainsi que les décisions portant sur la modification des statuts et la dissolution anticipée, ou la fusion, sont soumises à l'accord de ce Ministère. Ce n'est là, bien évidemment, que quelques exemples qui nous ont semblé, significatifs sur le plan de l'intervention de l'Etat, dans le fonctionnement des coopératives marocaines.

B - Le nouveau système de contrôle instauré par la charte coopérative

Le statut général de la coopération se démarque, essentiellement des législations particulières, en ce qu'il ne prévoit pas d'organe de contrôle, mais, tout en exprimant, l'interdiction de l'Etat d'intervenir dans la gestion des coopératives, de rationaliser et de promouvoir leur développement, il prévoit, dans son article 10, que les décisions

de la charte coopérative déjà en vigueur, ainsi que celles appelées à le devenir, relèvent la volonté manifeste du législateur d'orienter les coopératives marocaines vers une plus grande autonomie par rapport à l'Etat. Il espère les amener progressivement appliquer des règles fixées dans le strict respect des principes coopératifs et tenant compte de la spécificité coopérative.

Pour se faire le législateur distingue entre les coopératives qui bénéficient de crédits assortis de la garantie de l'Etat de celles qui ne profitent pas d'un tel avantage.

L'article 79 de la charte coopérative pose la règle générale selon laquelle les coopératives et leurs unions sont soumises au contrôle de l'Etat. Suivant ses dispositions, les coopératives sont également soumises au contrôle financier de l'Etat. La charte coopérative admet la désignation d'un commissaire du gouvernement pour assurer de façon permanente ce contrôle. Mais elle incite à n'avoir recours à cet organe traditionnel qu'au niveau de l'activité financière des seules unions coopératives. Cette règle illustre bien la volonté de désengagement des pouvoirs publics en matière de gestion des coopératives. Le contrôle administratif portant sur l'application de la réglementation coopérative en vigueur est à la charge de l'Office de Développement de la Coopération. C'est à cet établissement que revient l'attribution, en l'absence de structures régionales et nationales spécifiquement coopératives, de veiller au respect de l'esprit et des principes coopératifs tels qu'ils sont cristallisés dans la charte coopérative. En soustrayant les coopératives à une variété de contrôles exercés à tous les niveaux des différents départements ministériels et même par des établissements publics qui se sont constitués des fiefs coopératifs propres, le législateur non seulement uniformise mais également assouplit l'intervention de l'Etat dans le secteur coopératif. Cette règle illustre bien la volonté de désengagement des pouvoirs publics en matière de gestion des coopératives. Le contrôle administratif portant sur l'application de la réglementation coopérative en vigueur est à la charge de l'Office de Développement de la Coopération. C'est à cet établissement que revient l'attribution, en l'absence de structures régionales et nationales spécifiquement coopératives, de veiller au respect de l'esprit et des principes coopératifs tels qu'ils sont cristallisés dans la charte coopérative. En soustrayant les coopératives à une variété de contrôles exercés à tous les niveaux des différents départements ministériels et même par des établissements publics qui se sont constitués des fiefs coopératifs propres, le législateur non seulement uniformise mais également assouplit l'intervention de l'Etat dans le secteur coopératif.

Mais les moyens humains et matériels très réduits de l'Office de Développement de la Coopération, ne permettent pas que cette centralisation et cette assouplissement du contrôle administratif se réalisent dans l'immédiat. Durant longtemps encore, il est probable que des administrations aux attributions variées, centrales et locales, continueront à intervenir de fait, dans les coopératives rurales principalement. Ces administrations agiront de la sorte, non seulement pour assurer le contrôle périodique de la régularité des activités des coopératives,

comme le préconise la charte, mais pour en assurer, faute de réaction des principaux intéressés que sont les membres-coopérateurs, la gestion directe. Cette éventualité est d'autant envisageable que la charte coopérative utilise des termes généraux pour établir les modalités du contrôle de l'Etat. Le statut général laisse de la sorte aux diverses administrations la possibilité d'exercer leur contrôle sur les coopératives relevant de leur champ d'intervention sans violer les termes de la Loi. Il dispose en effet, dans son article 79 que «les coopératives et leurs unions sont tenues de communiquer à toutes réquisitions des représentants dûment habilités par l'administration intéressée, ou par l'Office de Développement de la Coopération, tous documents et renseignements tendant à prouver qu'elles fonctionnent légalement».

Mais même dans ces conditions, en attendant que les textes d'application de la charte à diverses catégories de coopératives soient élaborés, l'Office de Développement de la Coopération joue un rôle central dans ce nouveau système de contrôle. Cet établissement centralise en effet les enquêtes réalisées par différentes administrations sur les coopératives relevant traditionnellement de leur domaine d'action. C'est également à cet office que revient le pouvoir de provoquer une assemblée générale de la coopérative, en vue de prendre les mesures nécessaires pour faire face aux défaillances relevées par l'enquête administrative. Les motifs qui peuvent justifier l'intervention de cet établissement sont l'inaptitude des administrateurs, la violation des statuts, des dispositions législatives ou réglementaires en matière de coopération, ou bien une méconnaissance grave des intérêts de la coopérative. Lorsque les décisions prises par l'assemblée générale exceptionnelle n'ont pas donné de résultats probants dans les six mois qui suivent leur adoption, l'Office de Développement de la Coopération doit proposer, à son initiative, ou bien sur la demande de l'administration concernée, retrait de l'agrément.

Le contrôle exercé sur les coopératives qui ont obtenu un crédit assorti de la garantie de l'Etat est plus rigoureux. Il se traduit, à ce stade de la procédure, non pas par une proposition de retrait d'agrément, mais par une prise en charge presque directe de la gestion de la coopérative par l'administration. En effet lorsque l'Office de Développement de la Coopération constate que le fonctionnement de la coopérative en difficulté ne s'est pas amélioré, à la suite des mesures prises conformément à l'article 79 de la charte, il doit convoquer une assemblée générale ordinaire. Cette assemblée prononce la dissolution du conseil d'administration et met en place une commission administrative provisoire qui se substitue dans les droits et les obligations au dit conseil. Dans ce cas l'Office de Développement de la Coopération est appelé à participer directement à la gestion de la coopérative est appelé à participer directement à la gestion de la commission administrative provisoire par un délégué aux côtés de deux représentants de la coopérative désignés obligatoirement par l'assemblée générale. La commission ainsi composée gère pendant deux ans au plus la coopérative. Si le fonctionnement de la coopérative s'améliore durant cette période l'Office de Développement de la Coopération peut, à la demande de la commission administrative provisoire proposer la

dissolution de celle-ci et l'élection d'un nouveau conseil d'administration. Dans le cas contraire, il doit proposer, toujours à la demande de la commission d'administration provisoire, le retrait de l'agrément. Cette procédure particulière s'explique à notre sens, par le désir de repousser au maximum l'intervention de l'Etat dans le paiement du crédit accordé à la coopérative avec sa garantie.

Mise à part les dispositions des articles 79 et 80 ainsi présentées qui obligent d'ailleurs les coopératives marocaines depuis la publication de la charte coopérative, l'intervention de l'Etat dans le fonctionnement des coopératives est considérablement allégée par le statut général. Le recours au commissaire du gouvernement y est exceptionnel et la fonction du directeur y est réglée de telle sorte qu'il dépende directement et exclusivement du conseil d'administration. Le directeur est élevé au niveau d'un véritable organe de direction par les articles 63 et suivants, qui lui attribuent d'importants pouvoirs en matière administrative et financière. C'est le conseil d'administration qui le choisit parmi les membres de la coopérative ou en dehors de celle-ci. Il le nomme et le révoque en application d'un contrat d'engagement qui doit prévoir entre autres conditions, sa rémunération et l'interdiction d'exercer une activité incompatible avec ses fonctions. Suivant l'article 64, le directeur assiste à titre consultatif aux délibérations du conseil et aux réunions des assemblées générales. L'article 65 fait état quant à lui des incompatibilités qui peuvent faire obstacle à l'exercice de la fonction de directeur d'une coopérative.

L'assouplissement de l'intervention de l'Etat par la charte coopérative se manifeste également, par le fait qu'elle ne prévoit qu'une présence consultative des représentants des administrations dans les réunions du conseil d'administration et de l'assemblée générale de la coopérative. En effet les administrateurs doivent obligatoirement convoquer «à titre consultatif, dans les conditions fixées par voie réglementaire, des représentants de l'administration et l'Office de Développement de la Coopération», conformément aux articles 46 et 58 du statut général.

Mais à l'heure actuelle, la place et le rôle des coopératives dans l'économie et la société marocaine demeurent fortement conditionnés par la vision instrumentale dont elles font l'objet de la part des administrations et organismes publics.

II — Place et rôle des coopératives dans l'Economie et la Société marocaines

En matière de développement coopératif, une très forte disparité peut être observée entre les pays développés et les pays en développement.

Sur le plan quantitatif tout d'abord, l'analyse des données statistiques disponibles sur le mouvement coopératif dans le monde montre à quel point le retard du tiers monde est grand, par rapport aux pays développés. La démographie coopérative fournit des illustrations significatives à ce point de vue. C'est ainsi que plus de la moitié de la population coopérative agricole mondiale est

européenne et nord américaine⁽⁴⁾. La grande majorité des consommateurs-associés se trouve en Europe. Sur les huit millions de coopérateurs en matière d'habitation, les trois quart sont des européens et 2 sur 5 millions d'ouvriers et d'artisans sont regroupés dans des coopératives européennes. Sur la base des statistiques dressées par l'Alliance Coopérative Internationale⁽⁵⁾, deux aires des démographies coopératives peuvent être distinguées. Elles correspondent approximativement au partage géographique du monde en pays développés et pays en voie de développement.

C'est ainsi que plus de 2/3 de la population coopérative mondiale sont localisés dans les pays économiquement avancés et moins du 1/3 appartient aux pays du tiers monde. Pour donner plus de signification à ces chiffres, ils sont rapportés à la population globale des pays concernés. Suivant la classification que propose ce rapport, rares sont les pays du tiers monde qui se situent au dessus du seuil de décollage coopératif. Ce seuil étant fixé à 10%, seul Chypre, accrédité d'un indice de pénétration coopératif de 37,65%, compte parmi les pays à développement coopératif exceptionnel. Par contre, mis à part l'Italie (7,37%), l'Islande (4,92%) et les Pays Bas (2,76%), tous les pays en deca du seuil de décollage sont des pays en développement.

Certes, les chiffres de l'Alliance Coopérative International devraient être maniés avec précaution. Ils ne concernent que les organisations coopératives nationales affiliées à cette institution. Aucune place n'est faite par exemple à la Tunisie. L'Algérie est le seul pays d'Afrique du Nord à être accrédité d'un taux de pénétration démographique de 0,03% ce qui place ce pays en toute dernière position des pays de sous développement coopératif.

Le mouvement coopératif marocain n'apparaît pas dans les statistiques de l'Alliance Coopérative Internationale ni dans le répertoire des organisations coopératives des pays d'Afrique établi par l'Organisation Internationale du Travail. Les coopératives existent pourtant depuis longtemps au Maroc. Elles ont même connu un certain développement quantitatif depuis la fin des années 1970. En 1978 on a en effet dénombré 2040 coopératives constituées dont 1675 en activité.

Selon les statistiques disponibles pour 1989, le nombre total des coopératives et de 3853 unités dont 32 unions sectorielles. Les coopératives actives sont de 3479.

Il en va de même de la population coopérative qui a augmenté de 32.887 personnes entre 1978 et 1980 et de 25.054 coopérateurs seulement entre 1980 et 1983. De 82.757 personnes en 1978, elle atteint 115.644 personnes en 1980 et 140.698 en 1983 et 180.000 personnes en 1989.

Malgré cette relative croissance, la coopération demeure très peu développée dans notre pays. Ainsi, même sur la base des chiffres, les plus optimistes qui

(4) cf DESROCHE le projet coopératif. éd. ouvrières. coll. économie et humnisme, Paris 1976 p.113.

(5) cf Démographie coopérative par pays et par continents. DESROCHE op cit p.114.

estiment la population coopérative à 300.000 personnes, le taux de pénétration démographique situerait le Maroc très loin derrière le dernier des pays de sous développement coopératif.

En effet, par rapport à la population générale estimée à 22 millions, les 300.000 coopérateurs nous donnent un taux de pénétration démographique de 0,0125%. Le chiffre de 180.000 coopérateurs plus proche de la réalité n'est attribué au Maroc qu'un taux de 0,0075% de pénétration démographique.

Sur le plan qualitatif, il est à remarquer que la coopération tend à perdre sa spécificité originelle au contact des réalités du Tiers monde. La plupart des analyses consacrées au phénomène coopératif dans les pays en développement mettent en cause l'intervention de l'Etat dans les coopératives et les effets généralement négatifs pour la promotion d'une coopération «authentique» qui en découlent. La dépendance des organismes coopératifs à l'égard de l'Etat qu'engendre invariablement cette intervention, la désaffection ou le développement d'une mentalité d'assisté chez les membres, la déviation socio-économique des coopératives par rapport non seulement à l'esprit et aux principes coopératifs, mais aussi, aux objectifs des pouvoirs publics eux-mêmes, sont des problèmes communs à tous les PVD.

Face à ces problèmes les auteurs préconisent souvent que l'Etat aide les coopératives sans se substituer aux coopérateurs dans la maîtrise de l'institution.

Concrètement cependant, plus l'aide de l'Etat aux coopératives est importante et durable, plus ces dernières en deviennent dépendantes et moins elles ont de chance d'acquiescer et de sauvegarder leur spécificité. En effet comme le montre l'exemple du Maroc, ce goût de l'équilibre, encore une fois manifesté par la coopération, qui consiste à servir les objectifs de l'Etat sans aliéner la liberté et l'autonomie des coopérateurs, semble un pari difficile à tenir. Le développement préconisé d'une coopération retrouvant progressivement son autonomie, assimilant et vocation universelle au fur et à mesure du désengagement de l'Etat, se traduit dans la réalité par un processus totalement inverse. En contradiction avec les perspectives énoncées dans le discours politique et juridique des pouvoirs publics, la coopération évolue en fait dans le sens d'une plus forte dépendance, qui engendre et entretient des coopératives d'autant plus fragiles et artificielles, que les coopérateurs sont en général indifférents sinon réticents face à l'idée coopérative, telle qu'elle est pratiquée à l'heure actuelle dans notre pays.

Paragraphe 1 : Les coopératives au service des politiques sectorielles de développement

La nomenclature générale d'implantation coopérative dans les secteurs d'activités économique et particulièrement significative à ce point de vue, aussi bien lorsqu'il s'agit de dégager le degré que la nature de cette implantation.

A - Le degré d'implantation

Il est clair, en effet, que les coopératives ne se créent et ne se développent éventuellement que dans les secteurs économiques où l'Etat trouve intérêt à les promouvoir. En d'autres termes, les coopératives marocaines sont en général des institutions artificiellement provoquées au gré des besoins des administrations publiques. C'est ce qui explique que dans notre pays les coopératives soient pratiquement inexistantes, dans des secteurs qui constituent ailleurs un terrain d'implantation coopérative traditionnel. La genèse et la croissance des coopératives marocaines n'ont d'ailleurs jamais été des phénomènes liés à des mouvements sociaux associatifs comme ce fut le cas en Europe Occidentale. Si le phénomène coopératif est très souvent étranger à l'action collective, volontaire et délibérée des populations marocaines, son sort est au contraire intimement lié aux motivations des administrations publiques.

Si les coopératives ne sont que très faiblement implantées dans le secteur de la consommation, c'est parce que les pouvoirs publics n'ont pas ressenti dans le passé le besoin d'utiliser l'institution coopérative pour organiser ce secteur. Et pourtant, c'est en rapport avec les problèmes de la consommation que la coopération a développé en premier lieu son action et qu'elle a élaboré l'essentiel de ses valeurs éthiques et de ses principes originels.

Au Maroc cependant, le recours aux coopératives de consommation comme cadre institutionnel pouvant aider à l'atténuation des problèmes relatifs à l'approvisionnement des ménages est de date très récente. Abstraction faite des économats, la première coopérative de consommation véritable, constituée depuis l'indépendance ne remonte qu'à 1979. Il s'agit de la coopérative «innakhil» regroupant 232 membres, tous salariés de l'Office Régional de Mise en Valeur Agricole de Ourzazate. Entre 1979 et 1990 les coopératives de consommation ont connu une certaine croissance. Inexistante en 1979, la coopération de consommation compte en effet 26 institutions en 1985 et 38 unités en 1990. Elles regroupent 3826 adhérents et disposent de 1.616.250 dh de capital social.

C'est également aux années soixante-dix seulement que remonte la création de la plupart des coopératives d'achat en commun de commerçants détaillants. A l'heure actuelle il existe 13 coopératives de ce type regroupant 776 membres pour un capital social global de 1.304.000 dh. Ces coopératives ont pour objet d'approvisionner l'ensemble de leurs membres ou une partie d'entre eux en marchandises et produits finis susceptibles d'être vendus aux clients. Elles visent également à la constitution et à la conservation de stocks de marchandises et de produits divers. Elles peuvent posséder en toute propriété les dépôts nécessaires aux opérations de stockage. Leurs activités se limitent cependant à approvisionner leurs membres en produits précisés et dans les circonscriptions territoriales indiquées par un décret du Premier Ministre pris sur proposition du Ministre du Commerce.

De même, avant 1979, la forme coopérative était pratiquement inconnue

dans le secteur de l'habitat, qui est aussi un secteur de tradition coopérative dans le contexte originel de la coopération. Comme les coopératives de consommation, les coopératives d'habitation se sont fortement développées en nombre entre 1978 et 1985. Elles sont passées en effet de 2 coopératives en 1978 à 62 en 1982. Elles sont réparties sur 13 provinces et regroupent 8.689 personnes pour un total de capital social libéré de 80 millions de dirhams. En 1985 le nombre de coopératives agréées est de 148, réparties sur 18 provinces et regroupant 8.635 membres ayant libéré 102.194.250 dh de capital social. Aujourd'hui, leur nombre a plus que doublé puisqu'il est de 374 unités. Elles ont connu le plus fort taux de croissance, parmi les autres formes de coopératives.

Il est à noter enfin qu'aucune véritable coopérative ouvrière de production n'existait dans notre pays avant 1984. Il est en effet erroné de considérer, comme semble le faire l'Office de Développement de la Coopération, que les coopératives artisanales sont des sociétés coopératives ouvrières de production. Les coopératives artisanales sont classées par les auteurs parmi les coopératives d'entrepreneurs individuels, dont elles réunissent les principales caractéristiques. C'est d'ailleurs en tant que telles qu'elles sont appréhendées par le droit positif marocain. Récemment, le recours à la coopérative de travailleurs est préconisé par l'Office de Développement de la Coopération pour servir de cadre institutionnel d'insertion aux immigrés de retour au pays. Une coopérative regroupant un certain nombre d'ouvriers marocains, ayant pendant longtemps travaillé dans la ville de Salé. A l'heure actuelle, on pense de plus en plus aux coopératives de production pour organiser les activités des lauréats des établissements de formation professionnelle et des instituts de technologie. Dès à présent, une coopérative regroupant des membres ayant subi une formation professionnelle en matière de plomberie fonctionne de façon satisfaisante à Rabat. Un guide pour la création de cette forme de coopérative vient d'être publié par l'O.D.CO., avec le concours de la fondation allemande FRIEDRICH EBERT. En dehors de ces deux expériences, le secteur industriel marocain est particulièrement pauvre en matière d'implantation de coopératives.

D'ailleurs, dans les autres secteurs aussi, la place qu'occupent les coopératives est particulièrement dérisoire. C'est le cas par exemple des coopératives forestières dont le nombre n'a partiquement pas varié entre 1970 et 1990. Sur les 29 coopératives existantes à l'heure actuelle, 7 seulement ont été créées en 1981 et 1990. L'activité de ces coopératives est d'ailleurs épisodique et très dépendante de l'Administration des Eaux et Forêts avec laquelle elles passent des marchés de gré à gré d'exploitation forestière. Les raisons qui ont incité l'administration aussi bien sous le protectorat qu'après l'indépendance à la création de ce genre de coopératives sont totalement étrangères à l'esprit coopératif.

B - L'implantation des coopératives dans les secteurs prioritaires.

Suivant les directives générales du plan de développement 1985/88, l'agriculture et l'artisanat doivent continuer à profiter de l'intérêt tout particulier

et désormais traditionnel des pouvoirs publics. la nouveauté en la matière consiste dans la reconnaissance du caractère prioritaire du secteur dans la reconnaissance du caractère prioritaire du secteur des pêches maritimes. Le planificateur explique la stagnation constatée dans les activités de pêches par les insuffisances en matière d'infrastructure, la déficience de l'organisation de la gestion du secteur. Parmi les moyens préconisés, pour relancer la pêche maritime, le planificateur fait état des coopératives de pêches qui doivent être, mises à contribution pour «la modernisation de la flotte traditionnelle»⁽⁶⁾. La volonté de l'Etat de développer prioritairement la pêche maritime s'est traduite au niveau coopératif par la création entre 1982 et 1983 de la moitié des coopératives de marin-pêcheurs existantes dans notre pays actuellement.

L'expérience de la coopérative des pêcheurs entreprise entre 1934 et 1948 mie à part, il faut d'ailleurs attendre 1970 pour voir se constituer, sans beaucoup de succès pratique, quelques dizaines d'institutions de ce type. Ces coopératives n'ont cependant jamais convenablement fonctionné. En effet sur les 22 coopératives recensées à l'heure présente, seules 2 ont une activité plus ou moins régulière, sous le contrôle de l'Office National des Pêches et du Ministère des Pêches Maritimes.

Dans le secteur de l'artisanat, l'importance quantitative des coopératives est aussi fonction de l'intérêt plus ou moins important que l'Etat porte à ces institutions, en tant qu'instruments d'encadrement des artisans dans le but de moderniser l'artisanat marocain et d'en augmenter la productivité. Avec 439 cooperatives, le secteur artisanal occupe la deuxième place derrière le secteur agricole, en ce qui concerne le nombre d'institutions coopératives qui y sont implantées. En 1957 il existe 32 coopératives seulement dont le chiffre d'affaires global était de 1.250 mille dh, en 1964 elles étaient 83 institutions avec un chiffre d'affaires global de 10 millions de dirhams. parmi les 316 coopératives constituées entre 1970 et 1983, plus de 100 l'on été durant les premières années d'exécution du plan quinquennal 1981-1985.

L'agriculture, qui a depuis toujours constituée la priorité des priorités de l'intervention de l'Etat en matière économique, regroupe l'écrasante majorité des coopératives marocaines. Dans son ensemble le secteur coopératif agricole a connu un développement quantitatif très important, surtout engendré par la politique de promotion rural planifiée. En effet, avant l'établissement et la mise en pratique du programme de réforme agraire, le secteur agricole ne comptait que quelques dizaines de coopératives. Avant 1967, le monde agricole comptait moins d'une centaine de coopératives⁽⁷⁾. A la veille du lancement du plan quinquennal 1973-1977 il n'existait que 64 coopératives de la Réforme Agraire. Depuis 1973 les coopératives agricoles ont connu un développement très important. Sur les 3853 organismes coopératifs recensés au Maroc en 1990, 2900 sont localisés dans le secteur agricole. Les coopératives agricoles représentent en nombre la part

(6) Plan quinquennal 1985-88, vol. 1, p.156.

(7) M.A.R.A. 4ème rapport sur le mouvement coopératif marocain. Juillet 1967. p.66.

principale du mouvement coopératif marocain. En effet, à elles seules les coopératives de la réforme agraire et les coopératives agricoles diverses représentent plus de 75% de l'ensemble des organismes coopératifs.

Le développement des coopératives dans le secteur agricole est principalement déterminé par le recours de l'Etat à ces institutions, dans le but d'encadrer les agriculteurs pour réaliser le développement et la modernisation de type technocratique du monde agricole. Cet état de chose implique que les activités des coopératives agricoles soient fixées et entreprises en égard aux objectifs des pouvoirs publics, principalement. Il n'y pas lieu d'insister sur le fait que les coopératives de la réforme agraire sont institutionnalisées et se sont multipliées pour répondre aux besoins de l'administration d'organiser les agriculteurs, tributaires des lots de la réforme agraire, dans des organismes maîtrisés par l'Etat. Ces derniers sont conçus pour servir de courroie de transmission et d'instrument d'encadrement administratif et technique plus ou moins contraignants, dans les rapports entre les agriculteurs et le Ministère de l'agriculture et de la réforme agraire. Ces coopératives servent de cadre pour la réalisation de la politique des pouvoirs publics, en matière de réforme agraire. C'est d'ailleurs dans le sillage de l'intervention des Offices Régionaux de Mise en Valeur Agricole (ORMVA) et sous leur contrôle administratif et technique qu'elles se sont créées et continuent à fonctionner.

L'Etat a aussi recours aux coopératives agricoles dans le cadre de ses interventions touchant des aspects particuliers de l'économie agricole, ou bien plus généralement l'organisation et la promotion du monde rural.

PARAGRAPHE 2 — L'artifice coopératif

Cette attitude des pouvoirs publics à l'égard des coopératives va se traduire concrètement par une forte dépendance financière, administrative et technique des coopératives à l'égard de l'administration. Par rapport au modèle «universalisable» de l'institution coopérative, cette dépendance fait des coopératives marocaines des entreprises économiques particulièrement fragiles.

A cet égard, les mesures généralement qualifiées de promotionnelles, prises et exécutées par les pouvoirs publics au profit des coopératives, prennent une autre dimension et produisent des effets inverses à ceux escomptés de leur application. Les aides matérielles, techniques et administratives fournies par l'Etat aux organismes coopératifs conduisent à l'émergence et à la consolidation d'une coopération principalement au service des administrations et organismes publics. Ainsi, au lieu de permettre à des coopératives provisoirement assistées d'acquies progressivement leur autonomie, les aides publiques approfondissent en fait le caractère définitivement dépendant d'organismes qui n'ont plus de coopératives que le nom. Dans aucune forme d'activité, les mesures en question ne se sont traduites par l'existence d'un ensemble et encore moins d'un mouvement coopératif ne dépendant pas structurellement de l'Etat. C'est pourquoi l'implication de ce dernier dans le financement et l'encadrement des coopératives nous semble participer à maintenir

dans notre pays une nébuleuse d'organismes, dont l'existence est artificiellement entretenue. Rares sont les coopératives marocaines qui peuvent à l'heure présente soutenir la comparaison avec le résidu institutionnel du coopératisme à vocation universelle.

La traditionnelle prise en charge des organismes coopératifs par l'Etat, au plan du financement et de la gestion n'est pas étrangère à cette situation.

A - La dépendance matérielle

L'aide matérielle de l'Etat aux coopératives se manifeste à un triple niveau : les conditions généralement avantageuses de crédit, les subventions et enfin les exonérations.

a) - Le crédit

La plupart des textes institutifs des coopératives marocaines traitent des modalités d'octroi de crédits à ces coopératives. Certaines lois ne traitent d'ailleurs qu'incidemment des coopératives, à l'occasion de la fixation des modalités d'octroi de crédit dans tel ou tel secteur économique. Cette caractéristique du droit coopératif marocain, centré sur le crédit plus que sur les coopérations en elles même, ne doit pas nous étonner. A ce propos, nous avons déjà soulevé que les premières coopératives instituées au Maroc l'avaient été pour servir de cadre de distribution des crédits attribués par l'Etat à leurs membres.

A l'heure actuelle les textes organisant les principales formes de coopératives prévoient également les conditions de financement des activités de ces institutions par le crédit. Ces conditions consacrent généralement trois avantages au profit de la coopérative. Les délais d'amortissement des emprunts sont plus longs que ceux fixés à d'autres agents économiques. Les taux d'intérêt sont plus réduits et l'abattement permettant cette réduction est supporté par l'Etat, sous forme de ristournes versées aux établissements prêteurs. Le troisième avantage consiste dans la garantie de l'Etat dont les crédits accordés aux coopératives peuvent être assortis.

b) - Les subventions

Selon les chiffres disponibles en la matière, la totalité des subventions pécuniaires distribuées par diverses administrations et organismes publics est attribuée aux deux sortes de coopératives dont on a relevé l'importance au niveau de la planification de l'économie générale, de l'implantation et des activités sectorielles coopératives.

En effet c'est sur les coopératives agricoles que l'aide financière de l'Etat se concentre. En 1983 les coopératives de la réforme agraire recueillent l'essentiel des subventions réservées par l'administration au secteur coopératif agricole. Sur plus 93 millions de dh distribués, ces institutions reçoivent à elles seules plus de 70 millions soit 66% environ du total. Les autres coopératives d'agriculteurs

profitent des 31 millions de dh restants. Parmi ces dernières les coopératives laitières absorbent une grande partie de ces subventions. En 1983, les centres de collecte et de commercialisation du lait et les coopératives de transformation ont en effet recueilli 17 millions de dh qui représentent 56% environ de l'aide publique au secteur coopératif agricole hors réforme agraire. Les coopératives d'emballage des légumes et des primeurs ont reçu durant la même année 13 millions de l'aide de l'Etat aux coopératives hors réforme agraire.

Les coopératives artisanales qui constituent aux yeux des pouvoirs publics un instrument intéressant de leur politique économique, recueillent donc tout naturellement le reste des subventions de l'Etat. En 1983, elles ont en effet reçu 4.950.000 dh, soit 5% de l'ensemble des subventions de l'Etat aux institutions coopératives.

L'aide matérielle de l'Etat aux autres formes de coopératives est, certes, sans commune mesure avec les subventions précuniaires accordées aux secteurs coopératifs privilégiés. Elles n'en gardent pas moins une certaine importance du point de vue qui nous occupe. Que cette aide soit directe ou indirecte, elle permet en fin de compte aux administrations et organismes publics concernés de garder un certain contrôle sur la coopérative qui la reçoit. C'est ainsi que la pratique consistant à fournir aux coopératives de consommation des fonds prélevés sur les œuvres sociales de l'administration ou de l'organisme public auxquelles leurs membres appartiennent, développent chez ces derniers une mentalité d'assistés et empêchent le jeu normal de l'esprit d'entreprise. Il en est d'autant plus ainsi que l'administration fournit généralement les locaux commerciaux à ces organismes coopératifs et payant même leurs facteurs d'eau, d'électricité et de téléphone. C'est d'ailleurs ce qui explique le caractère fermé des coopératives de consommation existantes, qui ne peuvent de ce fait pas prétendre accroître substantiellement et régulièrement leurs activités pour renforcer leur dimension d'entreprise économique.

c) - Les exonérations fiscales

Dans aucune forme d'activité coopérative, l'intervention généralement qualifiée de promotionnelle des pouvoirs publics ne s'est traduite par la formation de structures coopératives véritables, ni par le développement d'institutions relativement conformes aux résidus institutionnels du coopératisme et plus ou moins respectueuse des résidus normatifs de ce dernier. L'aide matérielle des pouvoirs publics, n'est bien évidemment pas le seul obstacle à l'émergence d'une coopération authentique dans notre pays. Mais dans les conditions actuelles elle entretient assurément la dépendance des coopératives à l'égard de l'Etat, ce qui est un facteur déterminant du blocage de la situation. C'est pourquoi les récentes exonérations fiscales risquent paradoxalement de renforcer cette dépendance, au lieu de donner aux coopératives un certain élan vers la croissance économique. C'est en effet de l'ensemble des structures d'accueil des coopératives, de la représentation dominante que les coopérateurs et les administrations publiques

se font des institutions coopératives, que dépend en définitive l'autonomie de ces dernières.

B. La dépendance administrative et technique

Dans le domaine des administrations et organismes publics, les attributions administratives et techniques sont confiées aux organismes administratifs publics. Il en résulte une dépendance administrative et technique de certains secteurs économiques et sociaux vis-à-vis des administrations et organismes publics. Cette dépendance est d'autant plus grande que les administrations et organismes publics sont plus nombreux et plus puissants. Or, en matière de coopération, le Maroc dispose de très peu d'organismes administratifs publics. Les quelques organismes existants sont créés et contrôlés par les pouvoirs publics.

Il est évident que cette dépendance administrative et technique est une entrave à l'autonomie des institutions coopératives. Elle empêche ces institutions de prendre des décisions indépendantes et de développer une véritable autonomie. Elle empêche également ces institutions de représenter véritablement les intérêts des coopérateurs. En effet, les institutions coopératives qui sont créées et contrôlées par les pouvoirs publics ne peuvent pas être véritablement représentatives des intérêts des coopérateurs. Elles sont donc susceptibles d'être écartées des différentes composantes du mouvement coopératif.

Nous avons par ailleurs noté que malgré quelques incitations à la création d'un conseil national de la coopération, aucune action concrète n'a été entreprise dans ce sens. Ce conseil est censé assister les pouvoirs publics en matière d'élaboration de la politique économique et législative coopérative. Mais jusqu'à présent, comme nous l'avons maintes fois relevé, c'est au niveau des administrations et organismes publics que cette politique est exclusivement conçue. Il reste à noter cependant que la charte coopérative marocaine ouvre la voie à l'institutionnalisation des organes représentatifs de la coopération à l'échelle nationale. Mais on ne peut véritablement présager de rien tant que les dispositions législatives relatives à ces institutions ne sont pas encore rentrées en vigueur. De plus, même effectivement créés, ces organismes peuvent se révéler n'être que des cadres artificiels maîtrisés par l'administration et non pas par les institutions coopératives. En effet, les structures de ce type ne seraient réellement représentatives du mouvement coopératif et ne refléteraient ses points de vue, ses fins propres et ses difficultés réelles, que si elles émanent librement des différents agents qui composent ce mouvement. En un mot, les unions, fédérations ou conseil national véritables sont le produit de la maturité des mouvements qui les créent et les animent. C'est pourquoi leur existence ne signifierait pas nécessairement l'existence d'un mouvement authentiquement coopératif. Mais de telles organisations peuvent aider à la véritable naissance et à la consolidation d'un vrai mouvement, à la condition qu'une volonté réelle anime dans ce sens aussi bien les pouvoirs publics que les principaux intéressés : les coopératives et

les coopérateurs marocains. L'évolution ne semble pas encore totalement s'amorcer dans ce sens. Car, c'est sur le plan de la gestion administrative et de l'encadrement technique des coopératives elles même qu'il existe une nette différence entre le discours et la réalité.

a) - Les déclarations de bonnes intentions.

Ce n'est en effet pas la conscience du problème de la trop forte dépendance des coopératives à l'égard des administrations qui manque, ni même les idées pouvant aider au désengagement de l'Etat. Mais encore une fois, sur ce plan également la parole est à l'administration alors que les coopératives sont muettes. Les solutions proposées au problème de la dépendance des coopératives émanent dans leur ensemble de l'administration. C'est d'ailleurs, du désengagement de l'Etat qu'il est question dans le discours de cette dernière et non pas de l'autonomie coopérative.

Dans un document dressé par la commission chargée en 1972 d'étudier la question, des observations générales sur le nouveau type de relation que l'Etat doit entretenir avec la coopération sont formulées. Leurs auteurs montrent tout d'abord l'effritement, dans les pays à économie libérale, de l'autorité d'arbitre impartial de l'intérêt général des gouvernements sous la pression des groupements d'intérêt de plus fortifiés par la concentration des puissances d'argent. Ils notent, par ailleurs, en ce qui concerne l'économie étatique, «le désintéressement de la part des citoyens moyens, la perte de dynamisme de la part des citoyens moyens, la perte de dynamisme de l'ensemble du pays et le risque de voir le mécontentement général se retourner contre l'Etat gestionnaire»⁽⁸⁾. Dans les pays à économie mixte, les systèmes libéral et étatique «cohabitent, mais l'autorité de gouvernement en souffre sans apporter aux conflits une solution heureuse».

En mettant l'accent sur les vertus de la coopération qui font des coopérateurs des associés responsables, ces auteurs souhaitent que dans un système d'économie mixte comme celui du Maroc, le secteur coopératif soit assez développé afin de «permettre au gouvernement de jouer un rôle d'arbitre entre les coopérateurs à leurs coopératives et les entreprises privées». En conséquence, il y a lieu de favoriser la participation responsable des coopérateurs à leurs coopératives qui doivent être autonomes et adaptées au contexte particulier des usages locaux. Mais cela ne doit pas conduire à «diffuser des conceptions personnelles, donc différentes mais de répondre une structure commune...»⁽⁸⁾.

Un autre document fait écho à ces idées générales en invitant à conserver à l'institution coopérative son caractère spécifique et à l'aider sans aliéner sa liberté⁽⁹⁾. Dans ce but, ce document propose :

(8) Secrétariat d'Etat au Plan. Quelques idées générales et orientations sur la nécessité d'une structure coopérative adaptée aux besoins du pays. op cit p.1.

(9) Secrétariat d'Etat au Plan. Quelques décisions à prendre concernant le rôle de l'administration publique dans la coopération. op cit p.1.

- la création de services actifs de coopération, la désignation de conseillers auprès des ministères et de fonctionnaires itinérants.
- une aide financière aux coopératives qui doit diminuer au fur et à mesure de leur croissance.
- de reconnaître au secteur coopératif sa place dans l'organisation de l'économie générale.

Il insiste sur la notion de responsabilité en notant que «quelque soit le degré d'instruction des coopérateurs, la notion de responsabilité doit toujours être présente et n'être altérée par aucune influence étrangère».

Le rapport général sur la réforme du mouvement coopératif conclut donc à «la nécessité d'une prise de position claire de l'Etat qui rejeterait toute idée d'intervention directe... la faute passe de l'Etat gestionnaire responsable doit disparaître»⁽¹⁰⁾.

b) - des distorsions de fait

Il reste que ces bonnes intentions pouvoirs publics ne se sont guère concrétisées au niveau de la gestion quotidienne des coopératives. Il est même probable que c'est faute de moyens matériels et humains seulement que différentes administrations n'ont pas pris en charge la gestion et l'encadrement technique d'un plus grand nombre d'organismes coopératifs, surtout de ceux qui sont implantées dans les secteurs économiques prioritaires. Dans beaucoup d'institutions qui font la décision. Dans le milieu rural particulièrement, ce ne sont pas les assemblées générales, les conseils ou leurs présidents qui administrent effectivement les coopératives, mais les directeurs et les agents techniques chargés de l'encadrement par l'administration. Il en est ainsi pour la quasi totalité des coopératives de la réforme agraire, des coopératives céréalières et des coopératives forestières.

Certes, le fait que les coopératives soient institutionnalisées en général dans le cadre des options de la politique économique de l'Etat et leur dépendance financière à l'égard des pouvoirs publics sont à l'origine de leur dépendance administrative et technique. Mais cette dernière tient aussi assurément au taux élevé d'analphabétisme et à l'ignorance des techniques modernes d'exploitation qui caractérisent les coopérateurs.

Cet état de chose est un obstacle d'autant plus important à la prise en charge de la gestion par les coopérateurs que les moyens et les objectifs fixés à la cooperative sont complexes et trop techniques pour les membres. Les moyens d'ection sont d'ailleurs élaborés par l'administration centrale en fonction d'objectifs également déterminés par les pouvoirs publics.

L'absence dans certains textes de dispositions expresses relatives aux organes et aux modalités de contrôle étatique se traduit dans la réalité par l'administration directe des coopératives par les agents de l'administration.

(10) Bureau du Développement de la Coopération. Rapport sur le mouvement coppératif. 1972 p.7.

C'est généralement le cas du directeur de la coopérative.

Dans la majorité de ces institutions il s'agit d'un agent désigné par l'administration centrale qui le rétribue et à laquelle il continue à rendre compte de ses activités en sa qualité de fonctionnaire. Il s'agit généralement d'un agent qui, sous prétexte d'assurer l'encadrement technique des membres ou bien une assistance administrative et comptable à la coopérative, détient en fait la totalité du pouvoir de direction de cette dernière. N'étant lié par aucun contrat de travail à la coopérative, ses actes échappent par ailleurs au contrôle du conseil d'administration dont les directeurs, l'administration met quelquefois à la disposition des coopératives des comptables dont elle continue à assurer le paiement des traitements.

Cette intervention de l'Etat était peut être conçue à ses débuts comme une assistance passagère, appelée à disparaître progressivement, au fur et à mesure que les membres prendront en charge les tâches provisoirement assurées par les agents en une véritable prise en charge du fonctionnement de la coopérative par l'Etat.

Globalement d'ailleurs, toutes les dispositions de la législation coopérative antérieure au statut général et organisant l'intervention de l'Etat dans les coopératives sont effectivement mises en œuvre. En général elles sont les seules règles juridiques à trouver un écho dans la réalité coopérative. Plus encore, si la maîtrise de la coopérative par l'administration est souvent en de deçà de la norme sur le plan technique, sur le plan de la gestion administrative et financière elle est plus forte que ne le laisse présager les dispositions légales. Il est vrai que les contrôles périodiques prévues par les textes au profit de différents ministères ne sont pas toujours exercés. Mais la coopérative est étroitement contrôlée de l'intérieur et de façon permanente et informelle par les représentants de l'administration. Le rôle joué par le commissaire du gouvernement paraît normal, eu égard de la notion de coopérative mise en œuvre en tant qu'instrument d'encadrement économique et social des populations. Au près de la plupart des coopératives soumises par les textes à cet organe de contrôle, celui-ci exerce effectivement ses fonctions, bien que souvent, un seul commissaire exerce celles-ci dans plusieurs coopératives à la fois. Ce qui procède de l'anomalie est le fait que la gestion de la coopérative soit assurée directement par les agents de coopérative soit assurée directement par les agents de l'Etat et que les organes d'administration classiques ne soient pas capables de délibérer de façon autonome à cause de leur composition. En situation normale, la gestion quotidienne est d'ailleurs fortement déterminée et contrôlée par les organes d'administration.

Dans certaines coopératives marocaines il suffit par contre que le conseil d'administration, généralement composé d'une majorité de membres établi par ce dernier pour que la fonction réelle du conseil se limite à l'entregistrement de décisions prises par des agents de l'administration. Ces décisions sont souvent formulées et leur contenu déterminé dans un langage technique et par trop complexe de l'administration publique. Il en sera d'autant plus ainsi, que dans

certaines coopératives l'administrateur délégué est un fonctionnaire peu intéressé par la vie juridique et économique de la coopérative.

La même remarque peut être formulée face aux assemblées générales de quelques coopératives. Certes, la plupart des textes particuliers prévoient les règles qui régissent ordinairement de tels organes d'administration. Souvent même, le principe démocratique spécifique à l'institution coopérative y est consacré. Mais dans la réalité ces dispositions légales ne se traduisent pas par l'autonomie de la décision des membres.

Les textes particuliers les plus importants et les statuts-type de différentes catégories de coopératives posent les règles classiques en matière de composition, de quorum et de pouvoirs des assemblées de composition, de quorum et de pouvoirs des assemblées générales. Dans leur ensemble, ces règles visent, en principe, à permettre à la majorité des coopérateurs de participer effectivement et démocratiquement à la décision engageant le sort de leur coopérative et par de là celle-ci leurs propres activités individuelles.

Mais encore une fois le pouvoir de décision risque d'échapper aux coopérateurs au profit des agents de l'administration. Dans les coopératives contrôlées par un commissaire de gouvernement et gérées par un directeur, le pouvoir de décision des membres peut être fortement limité par la présence de ces agents, qui assistent aux délibérations des assemblées générales à titre consultatif, mais avec un droit de veto pour le commissaire de gouvernement. Les statuts de certaines formes de coopératives prévoient un rôle consultatif éventuel dans les assemblées générales ou représentants de l'administration. Toute coopérative qui tient une assemblée générale doit en informer différents départements ministériels et l'Office de Développement de la coopération, qui peuvent déléguer à cette assemblée des représentants. Cette obligation joue également envers les coopératives à l'occasion de chaque réunion de leur conseil d'administration. Mais l'impact de cette double obligation sur le contrôle par l'Etat des décisions des organes d'administrations ne peut être important. Les Ministères et l'établissement public concernés, n'ont pas moyens de déléguer des représentants à toutes les réunions des organes d'administrations que tiennent les coopératives sur l'ensemble du territoire national.

En fait, c'est au niveau des établissement public spécialisés des services administratifs régionaux et des autorités locales qu'il y a lieu de mesurer le degré réel de l'intervention de l'Etat dans le fonctionnement des coopératives.

C'est ainsi par exemple que les agents des Offices régionaux de Mise en valeur agricole occupent une place importante dans la gestion effective des coopératives de la réforme agraire. Cette intervention est d'abord facilitée par l'objet même de ces coopératives, conçues comme des courroies de transmission entre l'administration et leurs membres. Ces institutions visent à «faciliter les rapports des coopérateurs avec les organismes de mise en valeur agricole et à veiller à la bonne exécution des obligations de mise en valeur qui incombent à leurs

membres»⁽¹¹⁾. La poursuite de ce but s'est concrètement traduite pour l'ensemble des coopératives de la réforme agraire par le fait que leur administration et leur fonctionnement leur échappent plus ou moins totalement. Les décisions prises par l'assemblée générale sont en général préparées et décidées dans le sens qui convient aux autorités administratives et aux établissements régionaux de contrôle technique. En plus du rôle important du commissaire du gouvernement, organe de contrôle légalement institué, ce sont les agents des offices régionaux de Mise en valeur (ORMVA) et les services provinciaux du Ministère de l'Agriculture, qui font réellement la décision dans ces coopératives.

Le directeur qui prépare l'ordre du jour des assemblées et qui assiste à titre consultatif aux réunions des organes d'administration, oriente les débats vers les décisions préétablies. La position du directeur est d'ailleurs confortée par la présence du commissaire de gouvernement avec son droit de veto, et les agents du ministère chargés de l'examen technique. Sa tâche est également facilitée par le faisceau d'obligations énoncées par un certain nombre des charges à l'adresse des contributeurs-membres.

(11) Article 7 des statuts-type de ces coopératives.



LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS — A PROPOS D'UNE LOI EN GESTATION —

Amine BENABDALLAH*

1 — Depuis plus de trente ans, le Maroc a opté pour un système de justice administrative fondé sur une unité de juridiction et une dualité de droit. Loin d'être le résultat d'un choix délibéré, ce système fut imposé par les circonstances. La voie dans laquelle avait été engagé le Maroc dès 1913, spécialement à partir de la promulgation de dahir sur l'organisation judiciaire, l'avait prédestiné à couvrir en son sein un système tout à fait singulier par comparaison à celui de la dualité de juridiction et la dualité de droit.

2 — Les résultats obtenus par ce système de contrôle juridictionnel depuis son adoption jusqu'à la fin de la décennie 80, ont été si peu satisfaisants au regard de la protection des citoyens, qu'on a considéré qu'il était grand temps que l'on s'appesantisse sur son amélioration. Le 8 mai 1990, dans un discours⁽¹⁾ annonçant la constitution d'un Conseil consultatif pour la protection des Droits de l'Homme, Sa Majesté traite des problèmes de maladministration, dénonce les abus des autorités administratives et donne ses Hautes Directives pour une réforme de la justice administrative dans le but de la rapprocher du citoyen. Le mal dévoilé, il devint impérieux de réfléchir à la question.

3 — La plupart des études entreprises sur le contrôle de l'Administration révèlent que la Cour Suprême ne statue que sur une quarantaine de recours pour excès de pouvoir par an. Ce qui, à vrai dire, est trop peu. Sans doute, dira-t-on, que le faible nombre de recours est dû au fait que l'Administration ne commet que peu d'illégalités. Cela a été avancé⁽²⁾. Mais rien n'est moins sérieux. En vérité, les raisons sont ailleurs.

Le recours pour excès de pouvoir n'étant ouvert que devant la Cour Suprême, l'administré, éloigné de la capitale, méconnaissant la finalité de l'institution, sinon ignorant jusqu'à son existence, ne songera guère à mener une bataille aussi aléatoire qu'onéreuse contre une administration dont les agents bien armés pourraient lui en tenir rigueur chaque fois qu'il aura affaire à eux. Au reste, dans leur majorité, les administrés, craignant l'Administration, préfèrent l'éviter, quant à l'attaquer en justice...!

* Professeur à l'E.N.A.P

(1) Discours Royal du 8 mai 1990, Cf. les quotidiens du 10 mai 1990.

(2) Allocution du Procureur général de la Cour Suprême, prononcée le 22 octobre 1969.

Selon une étude assez récente⁽³⁾, le bureau de recherche et d'orientation aurait reçu à lui seul pour l'année 1982, un total de 21.428 plaintes. En comparant ce chiffre avec les quarante recours annuels devant le Cour Suprême, on se passe de tout commentaire.

4 — Donc, une réforme a semblé nécessaire. Selon un projet de loi⁽⁴⁾, elle consiste en la création de tribunaux administratifs, à l'image de ce qui existe en France. C'est dans ce cadre que s'inscrit notre propos dont le but, ou tout au moins l'intention, est de réfléchir à la lumière des expériences étrangères sous un angle purement technique et scientifique sur l'opportunité de la création de ces tribunaux dans notre pays, pour proposer une esquisse de réforme de remplacement. Au demeurant, pour une bonne intelligence de la démarche, il convient de rappeler dans un point préalable, comment se présente le système actuel et où réside sa véritable insuffisance.

—I—

5 — Bien qu'ayant connu une réforme en 1974, le système institutionnalisé en 1957 avec la création de la Cour Suprême, ne s'est guère écarté des lignes directrices élaborées par la législation du 12 août 1913. L'idée essentielle au coeur du système est demeurée inchangée: Unité de juridiction et dualité de droit.

L'unité se traduit par l'existence d'un ordre unique de juridiction. La dualité de droit s'exprime dans le fait que les tribunaux qui jugent aussi bien les particuliers entre eux, que l'Administration, appliquent, de par même la loi, le droit civil aux premiers, et tantôt le droit civil, tantôt le droit public s'agissant de l'Administration. Dans ce système, à la tête duquel se trouve la Cour Suprême, on peut relever sans hésiter des inconvénients en matière de recours pour excès de pouvoir, mais également des avantages en ce qui concerne le recours en indemnités.

6 — Dès 1913, les tribunaux institués se voient interdire⁽⁵⁾ - et rappeler par le Code de Procédure Civile de 1974⁽⁶⁾ - tout acte tendant à entraver l'action administrative. Point alors de recours pour excès de pouvoir, avec cette exception, en 1928⁽⁷⁾, pour les fonctionnaires du protectorat, relative à l'application de leur statut. C'est alors seulement en 1957 qu'une Cour Suprême est instituée avec pour tâche, entre autres, de statuer en premier et dernier ressort sur les recours pour excès de pouvoir. Le monopole de ce mode de contrôle, nécessaire pour une Administration de l'Etat de droit, par la Cour Suprême a eu pour effet fatal d'éloigner cette dernière du commun des citoyens, voire de la rendre inconnue

(3) I. HOUTI et M. MOKHTARI, *Essai d'évaluation du système de protection des citoyens contre l'arbitraire de l'Administration*. Mémoire ENAP, cycle normal, 1985 p. 65.

(4) *Le matin du Sahara et du Maghreb*, 15 octobre 1990.

(5) Article 8 du dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire.

(6) Article 25 du dahir du 28 septembre 1974 formant code de procédure civile.

(7) Dahir du 1^{er} septembre 1928. A ce sujet, O. RENARD-PAYEN, *l'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux*, LGDJ 1964, p. 127.

par la plupart d'entre eux. Les arrêts se faisant rares et l'institution ignorée, la majeure partie des administrés admettent mal, s'ils n'excluent pas, sans discuter, l'idée même d'un recours contre l'Administration. Avec une moyenne d'une quarantaine d'arrêts par an, la Cour Suprême n'a rendu jusqu'à aujourd'hui que quelques 1500 arrêts. Trop peu dans un pays où l'on sait que, à longueur de journée, et pour diverses raisons, l'Administration commet des illégalités⁽⁸⁾.

7 — En matière de recours en indemnités, le système présente l'immense avantage de la simplification. Grâce en effet à l'unité de juridiction, le justiciable ayant subi un préjudice du fait de l'Administration, s'adressera invariablement au tribunal de première instance qui aura, le cas échéant, à redresser la qualification erronée si le requérant a situé à tort son recours en matière administrative ou en matière ordinaire⁽⁹⁾. Sans doute, cet avantage ne semble pas vraiment important au regard d'une réforme qui bouleverse le système en vigueur et très ambitieuse de par les nobles buts qui sont les siens, mais on notera qu'il s'agit d'un de ces avantages dont on ne mesure l'importance qu'une fois qu'on les a perdus ! De ce fait, le problème du droit applicable ne concerne pas le justiciable. Il concerne seulement le juge auquel il revient à fin d'équité envers les parties et de cohérence dans sa jurisprudence⁽¹⁰⁾ d'appliquer, ou de ne pas appliquer, selon des critères valables, les règles de droit propres, selon l'expression consacrée, à la «matière administrative».

* * * * *

8 — A partir de cette présentation nécessairement très schématique, on remarquera que sur le terrain de la pure efficacité, ou tout au moins de l'accessibilité de la justice, le système de l'unité de juridiction adopté au Maroc recèle un inconvénient majeur relatif au recours en annulation qui n'est ouvert que devant la Cour Suprême, mais également présente un avantage non négligeable, celui de ne pas exposer le justiciable à, parfois, la cruelle épreuve du choix du juge compétent. Peut-on alors réformer l'ensemble du système sans courir le risque de sacrifier les avantages qu'il est seul à garantir ?

—II—

9 — La création de tribunaux administratifs chargés de statuer sur les recours en annulation pour excès de pouvoir et les recours en indemnités, actuellement de la compétence des tribunaux de première instance devenant, par voie de conséquence, déssaisis de la «matière administrative», conduit inéluctablement à un système de dualité de juridiction. Sans préjuger de quoi que ce soit, on

(8) A. BENABDALLAH, *La discordance entre le Droit et la pratique administrative*, Revue Administration et Société, n°2 p. 65.

(9) M. ROUSSET, *Les incidences du critère organique sur le traitement du contentieux administratif*, RJPME n°10, 1981, p. 40.

(10) En matière de responsabilité, le professeur OUAZZANI CHAHDI, relève quelques flottements de la jurisprudence, voir l'article de l'auteur, *Les articles 79 et 80 du DOC et l'évolution de la jurisprudence à ce sujet*. RMDDED, (Casablanca) n°7, p. 175.

voudrait mettre en relief les difficultés qui naîtront, à notre sens, immanquablement de ce système en gestation dans l'hypothèse, tout à fait probante — et, c'est le moins que puisse en attendre un administrativiste — où l'Administration ne doit pas dans toutes les situations se voir appliquer le droit public, et où l'action administrative peut être assurée par une personne autre que l'Administration. En d'autres termes, dans l'hypothèse où le juge fera appel au critère matériel et pas seulement organique⁽¹¹⁾.

10 — En traitant d'un litige intéressant l'Administration, le juge selon les données du problème, peut avoir deux attitudes différentes que l'on s'excuse de rappeler. Soit il adopte le critère organique pour simplifier l'identification de la «matière administrative», mais, ce faisant, il dénature la pensée même du législateur qui a parlé dans le Code de Procédure civile de 1974 d'«affaires administratives» plutôt que d'Administration tout court. Soit, et c'est le cas — et quand, parfois, cela ne l'est pas c'est un tort, car on viderait le droit administratif de toute sa substance — il opte pour le critère matériel. De la sorte, les règles exorbitantes de droit commun ne s'appliqueront pas automatiquement. Elles seront écartées lorsque, par exemple, l'Administration aura délibérément choisi de se situer sur le terrain du droit privé. Inversement, le droit public s'appliquera dans l'hypothèse où le litige opposera les particuliers à des personnes privées agissant dans le cadre d'une mission de service public.

11 — Si alors les tribunaux administratifs s'inscrivent dans l'optique en grande partie logique de la jurisprudence administrative de la Cour Suprême, ils devront, en adoptant le critère matériel, d'une part abandonner aux tribunaux judiciaires toute une frange de l'activité de l'Administration qui ne relève pas matériellement de la «matière administrative», et, d'autre part, se déclarer compétents pour toute affaire concernant une personne privée mais relevant matériellement de la «matière administrative». En clair, les tribunaux administratifs ne seront compétents qu'en matière administrative, tandis que les tribunaux judiciaires demeureront compétents en matière de droit commun intéressant l'Administration. De cette situation juridiquement inévitable, inhérente du reste à la dualité de juridiction vers laquelle on s'achemine, naissent les plus graves difficultés. Elles intéressent, hélas, celui sans lequel, toute procédure juridique n'aurait aucune raison d'être : le justiciable.

12 — En pratique, la situation sera ainsi.

Pour faire annuler un acte administratif illégal, l'administré n'aura aucun problème. Il aura un juge administratif géographiquement bien plus proche de lui que ne l'est la Cour Suprême. En revanche, pour obtenir réparation contre l'Administration, les difficultés se feront jour.

(11) M. ROUSSET, *loc. cit.*, également, M. ROUSSET, D. BASRI, A. BELHAJ et J. GARAGNON, *Droit administratif marocain*, Rabat, 1984, p.8 et s. et p. 521 et s.

En application du critère matériel — dominant en droit administratif — il devra à l'aide de son conseil s'interroger sur le juge compétent. Imaginons alors les différentes scènes du scénario !

Se présentant devant le tribunal administratif, celui-ci s'estimant incompétent devra d'abord statuer sur son incompétence en sursoyant à statuer sur le fond. Ce qui nécessairement exigera du temps. Il aura alors, en cas de jugement d'incompétence, à s'adresser aux tribunaux de droit commun qui pourraient — ce n'est pas à exclure — aussi se déclarer incompétents. Certes, à ce genre de problèmes, il peut exister des solutions, mais la recherche du juge rend la procédure extrêmement lourde⁽¹²⁾. Elle est de nature à décourager bien des plaideurs au cours même de la phase contentieuse. C'est ce qui a fait parler le professeur Liet-Veaux de la justice administrative au ralenti⁽¹³⁾. Quant à De Laubadère, citant la Bruyère, il a préféré résumer la situation dans une citation : «Orante plaide depuis dix ans en règlements de juges ; elle saura dans cinq ans quel est son juge et dans quel tribunal, elle aura à plaider le reste de sa vie»⁽¹⁴⁾. D'où, d'ailleurs, quelques réserves exprimées par les magistrats eux-mêmes. En effet, en 1963, le congrès de l'Union fédérale des magistrats tenu à Pau avait émis le vœu de la reconstitution de l'unité de juridiction en France. «Le justiciable, avait-on soutenu, n'aurait affaire qu'à un seul tribunal, le juge étant entouré de spécialistes»⁽¹⁵⁾.

Sur un tout autre plan — intéressant encore, mais par ricochet le justiciable — surgiront les grandes querelles doctrinales et jurisprudentielles du critère d'application du droit administratif. Certes, cela ne manquera pas de susciter le plaisir de nombre de juristes qui auront sans doute à définir à la lumière de la jurisprudence — tant qu'elle présentera un minimum de cohérence — les notions clés du droit administratif : le service public, la puissance publique ; la gestion publique, la gestion privée ; l'intérêt général, la clause exorbitante... bref, tout un ensemble de notions avec leur apogée, leur crise et leur déclin, qui amèneront à s'interroger, à l'instar du professeur Rivero, s'il existe un critère du droit administratif⁽¹⁶⁾, à réfléchir sur la dualité⁽¹⁷⁾. En un mot, la dualité de juridiction a suscité suffisamment de critiques dans son pays d'origine⁽¹⁸⁾ — critiques qui

(12) Ainsi, en France, pays par excellence de la dualité de juridiction, entre l'introduction du premier recours et la décision du tribunal des conflits déterminant le juge compétent, il peut s'écouler de nombreuses années. Exemple récent : Une procédure de dix ans à la recherche du juge compétent ; TC 19 février 1990, Hervé, AJDA, 1990, p. 556, note J. MOREAU.

(13) G. LIET-VEAUX, *La justice administrative au ralenti*. D. 1948 ch. p. 133.

(14) A. DE LAUBABERE, *Réflexions sur la crise du droit administratif français*, D. 1952. p. 5.

(15) J. C. GROSHENS, *Réflexions sur la dualité de juridiction*, AJDA, 1963, p. 538.

(16) J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du Droit administratif ?* RDP 1953, p. 279.

(17) J.C. GROSHENS, *loc. cit.* p. 536.

(18) Les auteurs à s'être penchés sur la question tant principalement que subsidiairement ne sont pas peu nombreux. On citera, notamment : G. LIET-VEAUX, *Libertés individuelles et séparation des pouvoirs*, R.A. 1952 p. 262 ; *Réflexions sur la séparation des contentieux*, R.A. 1956 p. 369 p. R. GUILLIEN, *Essai sur la réforme générale du contentieux administratif*,

sont demeurées sans effet compte tenu de fondements historiques liés à des principes de la Révolution — pour que l'on s'épargne de s'interroger sur son opportunité au Maroc. Mais, on ne critique, comme enseignait le grand Achille Mestre, que ce que l'on remplace ! Que proposons-nous ?

—III—

13 — Rapprocher la justice administrative du justiciable sans créer des tribunaux administratifs semble au premier abord insensé et relever de l'inconséquence. Seulement, le but devrait être de rapprocher cette justice de la société, mais en préservant les acquis de l'unité de juridiction. Ainsi, on éviterait que les deux ordres de juridiction qui naturellement auront droit de cité avec la création de tribunaux administratifs se renvoient, selon l'expression du professeur MOREAU, «alternativement et réciproquement la connaissance comme dans un Fontenoy juridique»⁽¹⁹⁾ face à la déprime du justiciable. L'idée maîtresse serait alors de sauvegarder l'actif en agissant sur le passif.

Le contentieux administratif nous semble devoir demeurer tel quel en ce qui concerne le recours en indemnités et revu, concernant le recours pour excès de pouvoir. Pourquoi ? Comment ?

14 — Depuis 1913, le recours en indemnités s'est développé sans difficultés notoires. Quelques tatonnements ont eu lieu jusqu'à la fin des années quarante⁽²⁰⁾, mais ils n'ont concerné que l'application des théories de risque et de faute en matière administrative⁽²¹⁾. Quant au problème du juge compétent, jamais il n'a eu lieu, du fait précisément, du système d'unité de juridiction. Il est certain que se posait le critère du droit applicable, mais il demeurerait au niveau du juge sans atteindre celui du justiciable. Mais une fois la requête introduite, elle ne risque pas d'être rejetée pour motif d'incompétence. C'est au juge lui-même qu'il revient de redresser la qualification. Là est l'actif de notre contentieux.

D. 1955, Ch. p. 97 ; J. LE CLERE, *L'improbité du contentieux administratif*, R.A. 1958 p. 157 ; A. LE TARNEC, *Faut-il supprimer les juridictions administratives ?* La vie judiciaire n° 574 (8-13 Avril 1957) ; A. DE LAUBADERE, *Réflexions sur la crise du droit administratif français*, D. 1952 ch. p.5 ; R. PINTO, *La répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire en matière de contentieux administratif*, AJDA 1954 -I-I En outre, on notera aujourd'hui que bien que l'on se soit incliné devant l'Histoire, on ne manque pas de relever dans des études célébrant le bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790, acte de baptême du droit administratif, les difficultés du critère de compétence. Voir, I. FOUGERE, *1790-1990 : deux siècles de dualisme juridictionnel* ; R. DRAGO, *Actualité du principe de séparation en France et dans les Etats de la CEE*, AJDA 1990, respectivement p. 580 et 584.

(19) J. MOREAU, *Police administrative et police judiciaire, recherche d'un critère de distinction*, AJDA 1963, p.68.

(20) Cour de Rabat, 9 décembre 1947, *Lanepaban*, Sirey 1949 -II- 24 note DE LAUBADERE.

(21) Cf. A. DE LAUBADERE, *le fondement de la responsabilité des collectivités publiques au Maroc : la faute ou le risque*, GTM 1943 n°923 p.25 et n°926 p.49.

Il conviendrait alors de laisser le recours en indemnités aux tribunaux de première instance, en veillant à ce que les magistrats aient une formation approfondie en droit administratif, car curieusement, cette matière n'est pas enseignée à l'institut chargée de leur formation.

15 — Relativement au recours en annulation, passif de notre contentieux administratif, une réforme s'impose.⁽²²⁾

Sans bouleverser le système d'unité de juridiction, on pourrait, en modifiant quelques articles du Code de Procédure civile instituer des chambres administratives au niveau des cours d'appel. Ces chambres seraient habilitées à statuer en premier ressort sur les recours pour excès de pouvoir et sur toutes les affaires que l'on entend faire ressortir à la compétence des tribunaux administratifs⁽²³⁾, à l'exception du recours en indemnités qui lui se particularise par des difficultés au niveau du droit applicable, surtout relativement au choix du juge compétent, et, de ce fait, demeurerait confié aux tribunaux de première instance. La Cour Suprême alors n'interviendrait qu'en dernier ressort.⁽²⁴⁾

Ainsi, aurait-on des organes qui rempliraient les fonctions des tribunaux administratifs, mais sans entraîner la création d'un second ordre de juridiction indépendant de celui qui existe déjà.

* * * *

16 — L'un des grands impératifs d'une institution est qu'elle s'adapte aux besoins pour lesquels elle a été créée. Figée, sans tenir compte de ces besoins, elle est condamnée à périr. La justice administrative, tout autant que n'importe quelle autre institution n'est pas une fin en elle-même, c'est un moyen de protection de la Société. Pour servir l'Homme, elle doit être accessible, impartiale, efficace ; et, surtout, dépourvue de toute complexité. Réformons notre justice administrative, c'est une priorité de l'Etat de droit, mais, n'étant nullement obligés d'imiter à la lettre les exemples étrangers, épargnons au justiciable la recherche de son juge. Evitons-lui les malheurs d'Orante !

Octobre 1990

(22) A. BENABDALLAH, *Réflexions sur quelques aspects de la justice administrative*, RMD n°19 p.228.

(23) ... litiges relatifs à l'application de la législation des pensions, de la législation fiscale, de la législation électorale et du droit de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

(24) Bien que cela déborde notre sujet, on tient à préciser que la réussite d'un véritable contrôle juridictionnel de l'administration ne tient pas seulement à l'unité ou la dualité de juridiction qui, en fait, ne peuvent constituer, en tout état de cause, qu'une plate-forme de l'édifice du contrôle ; elle tient surtout aux conditions environnantes dans lesquelles celui-ci s'exerce et principalement aux garanties que lui prévoient les textes. Un contrôle de l'administration, quelque impressionnant fût-il dans les textes, ne réussira jamais sans obligation pour l'administration d'exécuter les décisions de justice, sans souplesse dans l'octroi du sursis à exécution, sans publication systématique et régulière des arrêts de la jurisprudence administrative... sans un ensemble de mesures qui pourraient sembler, en première approximation, des détails mais qui, au fond, sont fondamentalement nécessaires au respect du droit.



Conditions générales requises pour la décentralisation et l'administration communale autonome, compte tenu de la situation en Afrique

Heinrich Scholler

I — GENERALITES :

La décentralisation⁽¹⁾, telle qu'elle est également discutée et expérimentée depuis quelques années dans le Tiers Monde, fait partie de la réforme du pouvoir exécutif, faisant elle-même partie d'une réforme complète de l'Etat.

En d'autres termes, la décentralisation n'est pas seulement une réforme de l'administration, mais une réforme complète du pouvoir exécutif de l'Etat, du fait que des corps administratifs autonomes, que ce soit des Länder, des régions ou des communes naissent du démembrement de l'administration étatique centralisée. Il en résulte pour la décentralisation des questions ne se posant pas pour une simple réforme administrative sur le plan de la technicité, de la rationalité : globalement, sur le plan de la modernisation de l'administration. Bien entendu, la décentralisation, en tant que réforme de l'Etat, soulève également des questions de modernisation et de technicisation de l'administration : mais, au-delà de celles-ci se pose une question beaucoup plus importante et d'un plus grand poids : celle des principes généraux et des conditions générales de cadre de décentralisation pour que celle-ci soit une réussite. Il est notoire qu'à la différence d'une simple réforme administrative, la décentralisation pose davantage

* Professeur à la faculté de droit, université de Munich Allemagne.

- 1) Peter Schäfer, Zentralisation und Dezentralisation, dans Schriftenreihe zur Verwaltungswissenschaft, Darmstadt 1982 ; Fritz Ossenbühl, Föderalismus und Regeneralismus in Europa - Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1988, p.120 pp. ; Otto Kimminich, Historische Grundlagen und Entwicklung des Föderalismus in Deutschland, dans : Probleme des Föderalismus, 1985, p. 1 pp. ; Oberreuter, Föderalismus, dans : Staatslexikon, Bd. II, 7. Aufl., Freiburg 1956, p. 632 ; Wolf-Rüdiger Schenke, Föderalismus als Form der Gewaltenteilung, dans : Juristische Schulung 1989, 698 ; Franz-Ludwig Knemeyer, Subsidiarität — Föderalismus, Dezentralisation, dans Deutsches Verwaltungsblatt 1990, p. 149.
- Heinrich Scholler, Groupements communaux Supérieurs, Collectivités Territoriales Communales Supérieures — Institut international des Sciences administratives, XXI^e Congrès international des sciences administratives, dans : une Administration plus proche Des Citoyens. Marakech 1989 (pas encore publié).

des problèmes socio-psychologiques et socio-culturels qui déterminent le cadre général et les conditions d'une réforme réussie. Alors qu'au regard de la déconcentration la réforme administrative est centrée sur la transparence, la simplification, la modernisation et de nouvelles façons de faire, sur le plan technique, la décentralisation doit également s'attacher particulièrement à l'éducation et au changement de mentalité des personnes travaillant dans le domaine administratif. Par comparaison à la réforme administrative, la question des conditions générales requises pour une réforme de l'Etat, précisément en matière de décentralisation, se trouve davantage au premier plan.

Par rapport à la déconcentration, la décentralisation a ceci de particulier de transférer à de nouvelles entités juridiques indépendantes situées à l'échelon intermédiaire et à l'échelon inférieur, telles que les régions et les communes, la fonction administrative jusque là exercée de façon centralisée par l'Etat.⁽²⁾

Ce problème n'apparaît pas seulement lorsque la décentralisation fait suite à la déconcentration, mais également lorsqu'il se crée des Etats nouveaux, comme c'est le cas, par exemple, avec la Namibie.

C'est la raison pour laquelle, nous examinerons deux cas : celui de la Tunisie, comme expérimentation d'une décentralisation, faisant suite à un Etat initialement centralisé, avec la création de communes et de régions et celui de la Namibie, où la décentralisation est allée de pair avec la création de l'Etat, au moment de la formation d'un nouvel Etat Sud Africain indépendant. Cette mise en parallèle de la Tunisie et de la Namibie permettra en même temps de comparer un pays africain francophone à un pays anglophone, un pays d'Afrique du Nord à un pays d'Afrique du Sud.

Pour avoir une meilleure connaissance des conditions générales requises, il convient de voir de plus près les caractéristiques de l'administration exercée dans les régions ou les communes. Elles sont en particulier, celles indiquées ci-après :

- la pluralité des centres de décisions et d'administration,
- la participation de la population aux organes de l'administration décentralisée, par l'intermédiaire de partis et de groupe sociaux (régions et/ou communes),
- l'institution et la garantie d'un domaine d'action propre pour toutes les affaires locales, sous la seule surveillance de la loi et non sous celle de la compétence de la part de l'Etat.
- l'institution d'une législation électorale propre pour l'élection des organes administratifs décentralisés, tels que les régions et les communes.⁽³⁾

Les Etats africains du XXème siècle sont nés soit en vertu d'une entente contractuelle avec les anciennes puissances coloniales, soit par suite d'une décision unilatérale de leur part ; donc, contre le pouvoir colonial.

2) Schäfer, ibid, not. 1

3) Ossenbühl ibid, not. 2

C'est ainsi qu'à pris fin, par la convention du 6 novembre 1955, de la Celle-Saint Cloud, le protectorat sur le Maroc : la même chose est également vraie pour la Tunisie qui s'est donnée l'indépendance par le traité du 2 mai 1956.

Il est tout à fait compréhensible que le système fédératif qui servait autrefois d'exemple d'organisation de l'Etat traditionnel africain, ait bénéficié d'une forte sympathie auprès des nouveaux Etats indépendants. Un exemple de cette nouvelle forme de relations fédérales de l'Etat est celui de la Lybie qui n'est devenu un Etat unitaire qu'en 1963, après 10 ans d'expérience fédéraliste. La même chose peut être dite de l'Ethiopie et de l'Erytrée dont l'union fédérative s'est terminée en 1962, à l'initiative de l'Ethiopie, et qui s'est transformée en Etat unitaire. De même a échoué la tentative de 1974, dans le cadre de la révolution Ethiopienne, de réanimer l'idée d'une fédération africaine du Nord-Est, à laquelle devaient appartenir l'Ethiopie, la Somalie, l'Erytrée et, si possible Djibouti.

Echouée pareillement la fédération de la Rhodésie septentrionale, de la Rhodésie méridionale et du Nyassaland, dissoute le 1^{er} janvier 1964.

Du Nyassaland naquit le Malawi et de la Rhodésie septentrionale, la Zambie, le 24 octobre 1964. La fédération du Mali, conçue comme union entre le Sénégal et le Soudan, est un autre exemple malchanceux du système Fédératif. C'est ainsi que tous les Etats africains se sont plus ou moins retrouvés exposés à une tendance commune d'unitarisation de la puissance de l'Etat.

La disparition du pluralisme politique et l'institution d'un Etat à un seul parti, de même que la suppression de la répartition des pouvoirs, le renoncement au modèle de Westminster et l'apparition du néo-présidentialisme ont constitué des facteurs essentiels de cette évolution. La nouvelle constitution éthiopienne de 1987 est précisément un exemple de néo-présidentialisme, de réunion des pouvoirs et d'un Etat à parti unique.⁽⁴⁾

Les régions qui y sont prévues, dotées d'autonomie suivant le modèle soviétique, ne le sont que de façon nominative. La constitution roumaine, a servi d'exemple pour celle de l'Ethiopie.

II

A l'encontre de ce développement unitariste et centralisateur du monde des Etats africains, s'est précisée de plus en plus dans la voie des réformes de l'état et de l'administration, une tendance à la décentralisation. On ne s'attardera pas ici à l'exemple du Nigéria, où le fédéralisme se combine avec un développement marqué de l'élément communal. Le Nigéria est un problème à part et du fait qu'il est l'Etat africain le mieux couronné de succès avec une expansion

4) Heinrich Scholler, From Pre — Colonialism to the Modern African State, in Law and State — A Biannual Collection to Recent German Contributions to these Fields, Institute for Scientific Co-Operation (édit.), Tübingen 1984, p. 73 pp. ; idem, le régionalisme comme réponse moderne au problème du pluralisme, dans : La société de concordance, Publications de l'Université Libanaise, Baerouth 1986, p. 55 pp.

prodigieuse, il peut à peine servir d'exemple. Vient s'ajouter à cela que l'expérience du fédéralisme, avec une forte autonomie administrative communale, ne peut pas encore être considérée comme réussie, en raison d'interventions fréquentes des pouvoirs militaires.

Nous examinerons ci-après les exemples tunisien et namibien.

1) — La comparaison présentée ici entre la décentralisation ou centralisation en Tunisie et la nouvelle institution de structures fédératives d'Etat et d'administration en Namibie, demande une justification.

Tout d'abord, beaucoup de choses incitent à comparer des systèmes ayant entre eux la plus grande divergence, de manière à être en mesure de mieux voir, comme par grossissement et non par distorsion — certaines problèmes. Il y a là précisément, le pouvoir et l'impuissance du droit comparé qui risque dans la comparaison au comparable, de ne retrouver dans une sur-dimension faisant qu'il est difficile, de ramener ce qui est connu à l'échelle normale. D'un autre côté le haut degré de la possibilité d'abstract dans la comparaison de systèmes et de modèles de droit permet absolument de ne pas tenir compte du Nord et du Sud, de la francophonie et de l'anglophonie, de l'Afrique blanche et de l'Afrique noire, des pays riches en histoire et des pays qui en sont pauvres.

De quel droit sinon, Sedjari pourrait par exemple, comparer la situation au Maroc au cours des années 80 du XXe siècle avec la France du milieu du XIXe, ou pourrions nous sinon, mettre en rapport les systèmes électoraux communaux de la République Fédérale d'Allemagne avec le droit électoral communal dans les Etats du Magreb ? Naturellement à une trop grande distance des systèmes et des cas d'espèces la valeur des jugements rendus peut paraître faible. Néanmoins il nous est possible, par une comparaison de ce genre, de nous pouvons nous rendre compte si, 30 ans après la grande vague de libération en Afrique, le modèle fédéral ou de décentralisation doit être réintroduit avec les mêmes arguments comme, autrefois l'avaient tenté les anciens colonisateurs, ou si de nouvelles connaissances s'imposent à cet égard. Nous pouvons nous demander si la conception d'un modèle Etat fédéral répond à une nécessité namibienne interne ou à des influences extérieures ? Ne pas poser cette question ou ne pas établir de comparaison entre la Namibie et d'autres nouveaux démarrages pour le fédéralisme ou une véritable décentralisation en Afrique, alors je crains qu'on ne parle plus de décentralisation, mais seulement de déconcentration de systèmes centralisés d'administration étatique.

2) — Les conditions générales d'une décentralisation sont relativement bien présentes par l'histoire de la politique tunisienne de décentralisation. Jusque vers le milieu du XIX^e siècle, l'administration tunisienne ne s'était développée que de façon rudimentaire pour trois raisons.

- Province turque, la Tunisie n'a eu, depuis 1574, qu'une fonction d'administration régionale.

- La portion nomade de sa population rendait exceptionnellement difficile une administration systématique.

- Le concept d'administration ne correspondait qu'à un système d'intervention et de fiscalité et non pas de prestations et de gestion sociale au profit du citoyen.

C'est ainsi que la domination étrangère, la partie nomade de la population et la tension entre le citoyen et l'Etat ont marqué de façon négative la relation entre celui-ci et celui-là.

- Des historiens tunisiens désignent Mohammed SADOBKY et L. Mousleh KHEREDDINE comme ayant été les premiers à prendre des mesures de réforme administrative entre 1873 et 1877.¹⁵⁾

Cette réforme s'est concentrée sur l'instruction publique, la justice et l'administration des finances. En 1871, la Tunisie devint un pays de protectorat sous la tutelle de la France. Un contrat fut conclu avec elle, à Marsa, en 1883, d'après lequel devaient être entreprises une réforme de l'administration, une réforme des finances et une réforme de la justice, en vue de simplifier et d'alléger l'exercice du gouvernement français par le Bey de Tunis. Le but de ces réformes correspondait par conséquent à un intérêt colonial et le modèle de ces réformes était celui de l'administration française.

Après la 2^e guerre mondiale, les projets de réforme visaient la libération nationale. Pour l'essentiel, ils étaient basés sur les notions centrales de décolonisation et de tunisification.

Après l'indépendance de 1956, les mesures de réformes administratives avaient pour objet de résoudre les problèmes suivants :

- Affermissement de l'indépendance et de l'unité nationale par l'implantation d'une administration souveraine avec capacité d'action de l'Etat à tous égards.

- Tunisification du personnel administratif. Car, pendant les premières années ayant suivi l'indépendance, l'administration tunisienne devait recourir en grande partie à la collaboration personnelle d'Etat arabes et africains.

- Institution d'une nouvelle relation entre les citoyens et l'administration. Cette nouvelle relation a été caractérisée par le fait que le système ayant prévalu jusque là, a dû être démythologisé, c'est-à-dire que le mythe de l'Etat a dû être aboli pour faire place à une relation rationnelle.

- S'y rattachant, il s'ensuivit une institutionnalisation des réformes administratives, car l'importance du service public pour la réforme, rendait manifestement obligatoire l'introduction d'institutions en rapport avec cette réforme. Tout d'abord fut institué un conseil supérieur de la fonction publique et de la réforme administrative. Il est présidé par le premier ministre et il est

5) Michel Durupt, *Les Institutions Administratives et Droit Administratif Tunisien*, Tunis 1973 ; Zyani Brahim, *Administration et Espace ; Regard sur le rôle d'une structure inadaptée : La Province*, dans : *Changement*, ibid. p. 80 pp. ; Tawfik Bouachba, *Le Gouvernement de Tunis*, dans : *Maghreb*, ibid., p. 369 pp.

compétent pour donner son avis sur les mesures législatives concernant les questions suivantes :

- Organisation des prestations de services incombant à l'Etat.
- Modernisation des services publics sur le plan technique et des méthodes.
- Etablissement de prescriptions en rapport avec les projets de réforme.

Depuis 1979, existe un secrétariat d'Etat pour le service public et la réforme administrative, élevé plus tard au rang du Ministère.

• Le 6^e plan annuel s'est fixé les objectifs suivants pour la réforme administrative :⁽⁶⁾

Réforme des structures administratives, des attributions du fonctionnement du service public ainsi que des bases de calcul des appointements. Au titre de ce premier objectif devrait être recherchée une simplification ainsi qu'un allègement de l'administration centrale par des transferts d'attributions à des administrations régionales renforcées et à former.

En même temps devait être instituée une administration locale, constituée de façon représentative.

• Déjà la régionalisation et l'administration représentative communale font reconnaître la nécessité de souligner davantage les conditions générales requises pour la décentralisation. La même chose vaut également pour la réforme des services publics, du fait que le personnel administratif chargé de cette tâche ne devra pas seulement être soumis à une formation particulière orientée vers la spécialisation, mais parce que les motivations des futurs employés auront à être renforcées dans les administrations régionales et locales et qu'il y aura lieu de les orienter vers le sens de l'Etat.

III

Tournons nous à présent vers la Namibie

A la différence de la Tunisie, l'histoire coloniale de la Namibie est encore plus variée. Les Hollandais et les Anglais ont annexé Le Cap à une époque où les seuls habitants étaient des tribus sud-africains : Boschismans, Namas, Orlans, Heréros, Himbas et Owombos, Kavankos, Capitaners, Damaras et Réhobrothers. Le protectorat allemand fut suivi de tentatives d'annexion de l'Afrique du Sud, du système de mandat de la société des Nations et de tutelle des Nations Unies.

L'alliance dite des salles de gymnastique déposa un projet de contribution, également désigné sous le nom de modèle des 3 niveaux.

Ce projet, soumis à la conférence des salles de gymnastique de 1977, voulait transformer la Namibie en un Etat démocratique républicain dans lequel seraient reconnus les principes de base d'une libre structure économique et l'intangibilité

6) Michel Rousset/Achmer Belhaj, Droit Administratif Marocain, Rabat 1984, p. 96 und p. 136 pp. ; Organisation de l'Administration Tunisienne — Centre de Recherche et d'études Administratives, Tunis 1981 ; Michael Durupt (not. 5).

du droit de propriété de la fortune mobilière et immobilière. La structure de l'Etat, comme dit plus haut, était prévue à 3 niveaux.

Au 1^{er} niveau, le gouvernement central avec le président comme chef de l'Etat ; un conseil des ministres comme autorité exécutive, composé d'après les groupes ethniques, ainsi qu'une assemblée nationale élue, composée de la même façon, comme organe législatif et une autorité judiciaire sous la surveillance du juge suprême de la république. Au 2^e niveau, d'après le projet se trouvaient les autorités dites détentrices des pleins pouvoirs, les parlements des tribus et les gouvernements des tribus pour chaque groupe particulier de population.⁽⁷⁾

Leurs pouvoirs essentiels se limitaient en fait aux affaires qui leurs étaient transférées par l'Assemblée Nationale ; comme par exemple, l'agriculture, la sylviculture, la propriété foncière, les écoles, les affaires sociales, le développement social, les arts, la culture, la justice traditionnelle, les questions d'emprunt et l'état civil. Mais le projet prévoyait que des conversations avec l'assemblée nationale devaient précéder la prise en charge des affaires transférées.

Le 3^e et dernier niveau, devait être constitué par les autorités communales et l'existence des localités blanches, noires et brunes devaient être reconnue. Le projet se basait sur le fait qu'une majorité noire se s'opposait pas à une minorité blanche, mais plutôt que la population était formée de groupes ethnico-linguistiquement et racialement différents. On aperçoit ici les débuts de la démocratie dite de concordance, telle qu'elle est également représentée par Heribert WEILAND. On a souvent discuté du danger de la démocratie de concordance apparente. Le mythe de l'intolérance des cultures donnait à soupçonner que l'idéologie de l'apartheid se trouvait à l'œuvre.

Le 20 décembre 1989, l'assemblée constituante s'est mise fondamentalement d'accord sur le projet d'une constitution d'après le modèle démocratique occidental, suivant largement ainsi le projet du SWAPO. En ce qui concerne l'organisation de l'Etat, le nouveau projet part d'un système fédératif culturel. Le pays doit être divisé en régions, circonscriptions et cercles. Pour ces portions de territoire sont prévus des parlements de régions, de circonscriptions et de cercles (local gouvernement), (Article 79 alinéa 1). A côté d'une répartition horizontale des pouvoirs, il a été créé par là une division verticale. La division doit s'effectuer uniquement d'un point de vue géographique, et l'Article 73 alinéa 2 interdit toute référence de race, de couleur, de sexe ou d'origine ethnique concernant l'habitation de ces superficies.

Suivant l'Article 78, alinéa 3, l'administration locale doit comprendre un conseil élu qui exerce fondamentalement la tâche d'administrer. Il est prévu un vote libre, universel et égalitaire. Les autorités locales ont en charge la gestion de leurs régions (art 80) et les différentes compétences doivent être fixées par la loi. Elles peuvent lever les impôts (art 80) et réglementer les questions relatives

7) Axel J. Halbach in : Internationales Afrikatorum 1990 Fascicule 2, p. 3.

aux installations de colons.(7) Elle doivent être habilitées à cet effet par le pouvoir central, suivant son appréciation.

Dans son ouvrage sur les structures de l'administration territoriale et du développement local au Maroc, SEDJARI Ali⁽⁸⁾ a consacré un chapitre au remodelage des institutions et de la participation. Il y distingue deux tâches à accomplir ; d'une part, la nécessité d'une transformation des structures administratives et, d'autre part, la création de conditions préalables, pour l'instauration d'une véritable démocratie locale et communale. Nous n'avons pas à discuter ici des raisons pour lesquelles il a choisi cet ordre successif pour son sujet. Le second point cité se recoupe avec nos réflexions sur les conditions préalables d'une réforme régionale et locale de l'administration. Il envisage 3 choix sous les «conditions préalables» : réviser le système électoral communal, assurer la participation des citoyens à l'accomplissement des tâches de l'administration locale et renforcer le contrôle de l'administration.

Les deux premiers points relèvent des conditions préalables, alors que le renforcement des contrôles appartient davantage, à notre avis, à la nouvelle structuration de l'administration. C'est pourquoi il convient d'examiner les deux premiers points en essayant, au passage, d'établir une analyse comparative de l'administration marocaine et de l'administration allemande.

D) Au sujet de législation électorale communale, Ali SEDJARI⁽⁹⁾ expose une alternative devant laquelle le Maroc, de même que la plupart des États décolonisés de l'Afrique se sont trouvés placés, au début des années 60 ou à la fin des années 50 : ou bien admettre un droit de vote personnalisé : ce qui eut avantagé les élites locales, ou bien arriver à un droit de vote favorisant l'entrée des partis sur le plan local et les autres plans, par le truchement de listes non modifiables. A ce sujet, Ali SEDJARI écrit expressément qu'il en allait de l'indépendance, de se détacher des élites traditionnelles locales.

En outre, il insiste sur le fait que le droit de vote orienté, qu'il s'agisse des élections en général, mais aussi du droit électoral communal, conduit, avec le scrutin nominal, à comprimer les poussées révolutionnaires, à l'exemple de ce qui s'est passé en Europe, notamment en France. Pour justifier sa thèse, il se base sur une citation, de Ben BACKER⁽¹⁰⁾ et une autre de GOUSSAULT⁽¹¹⁾

8) Ali Sedjari, Les Structures Administratives Territoriales et le Développement Local au Maroc, Rabat 1981 (en suivant cité comme «structures») ; voir aussi idem., La Décentralisation entre le pouvoir et le changement, dans : L'Administration Publique et le Changement (en suivant cité comme «Changement»), Casablanca 1989, p. 65 pp. ; idem., Le Système d'Administration Territoriale au Maroc, dans : Maghreb, ibid., p. 39 pp.

9) Ben Barka, Les conditions d'une véritable réforme agraire au Maroc, réforme agraire du maghreb, p. 123 ; Ali Sedjari, Structure, p. 299.

10) Hachemi Kherfi, Un Exemple de Résistance au Changement : Les conditions de mise en œuvre de la Politique de Déconcentration en Algérie, dans : Changement, p. 121 pp. ; El Baze Mustapha, Changement et Résistances au Changement dans une Bureaucratie Administrative, dans : Changement, p. 254 pp.

11) A. Laubadere, Traité de droit administratif, ouvrage précité, 101 ; Ali Sedjari, Structures, p. 307.

(page 299) soulignant comme le fait COLSON, la nécessité de briser le monopole des élites locales, en se référant à l'effet conservateur des élections générales, de 1848, en France. D'autres soi-disantes anomalies du droit électoral communal sont mises en cause, comme étant à l'encontre d'une véritable démocratie locale. Ainsi le fait de laisser aux élites traditionnelles, aux caïds, le soin d'assurer le déroulement et le contrôle des élections locales. Une autre mise en cause concerne la clientèle occulte des élections organisées suivant le droit électoral personnalisé, particulièrement étendue et non décelable dans des sociétés non alphabétisées. Finalement, on en vient à la conclusion que le système de vote communal, accumulation de mécanisme et de combinaisons d'origine étrangère, ne convient pas au système social marocain. C'est la raison pour laquelle il réclame, comme condition préalable, une révision fondamentale du droit électoral communal, à la fois sur la réglementation légale, le déroulement et le contrôle des différents modes de scrutin. Ce nouveau système électoral aurait à être rendu compréhensible par le citoyen. Il irait à l'encontre de toute constitution démocratique que le vote communal soit centré dans l'administration locale. Les partis politiques auraient à être présents à tous les degrés de la préparation, de l'organisation et du contrôle. A cet égard, il se réfère à Duverger⁽¹²⁾ qui voit l'éternisation d'une élite dirigeante fondée sur la naissance, l'argent en la fonction, en l'absence de partis politiques. Mais on peut tout aussi bien citer des cas d'un point de vue opposé, notamment ceux, dans lesquels les partis politiques, ont tenu sous leur entière domination le contrôle du développement communal, depuis un point central de décision à l'intérieur de l'Etat, empêchant toute initiative propre concernant le progrès et la démocratie sur une base locale. Cela n'est pas seulement vrai de la République Démocratique d'Allemagne, mais également de maints Etats Africains qui, suivant le modèle socialiste, introduisirent un centralisme soi-disant démocratique ayant conduit à l'extinction de l'administration locale.

Ainsi, les deux points de vue s'opposent : celui qui préconise le droit électoral personnalisé sur le plan local, en vue d'aider à l'éclosion de la volonté du citoyen, même s'il doit en résulter un retard de développement et celui de la domination des partis politiques sur le plan local, avec élimination aussi rapide que possible des formes de domination traditionnelles.

Cette situation, dans ses lignes essentielles, est comparable à celle du droit communal allemand, après la 2^e guerre mondiale. L'Allemagne se souvenait de l'expérience de Weimar, au cours de laquelle le droit électoral, avec représentation proportionnelle sur le plan parlementaire, considéré comme étant le plus moderne démocratiquement, était devenu entre les mains des partis politiques, un instrument de destruction de la démocratie.⁽¹³⁾ Ce sont ces partis et le vote à la proportionnelle, avec d'autres fautes liées à l'époque, qui ont détruit la démocratie parlementaire. Aussi comprend-on que pour la nouvelle construction de l'Etat

12) M. Duverger, Les parties politiques, Paris 1966, p. 466 ; Ali Sedjari, Structures, p. 303.

13) I. Frowein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, dans : Archiv für öffentlichen Rechts 99 (1974), p. 721 ; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17ième éd.

en Allemagne, les constitutions des Länder aient voulu s'écarter de ce droit de vote à la proportionnelle pour tendre vers un système de même nature, mais amélioré. Cela devait valoir également pour la démocratie locale ; c'est-à-dire que l'administration locale. C'est ainsi que l'article 14 alinéa 1 de la constitution bavaroise prévoit l'introduction d'un droit de vote à la proportionnelle amélioré et ce principe vaut également pour les élections communales, suivant l'article 12, alinéa 1 de cette constitution.

Après la 2^e guerre mondiale, 3 systèmes différents de droit électoral se sont institués sur le plan du Land.⁽¹⁴⁾ Le 1^{er} s'applique en Sarre et dans le Hesse, il est basé sur la prédominance des partis politiques avec des listes bloquées. Le principe opposé est appliqué en Bavière, dans le pays de Bade, Le Wurtemberg, la Basse Saxe et la Rhénanie-Palatinat, avec un mélange de vote à la proportionnelle et de vote personnalisé. Avant d'entrer dans son examen, disons un mot du système intermédiaire concernant les élections communales dans le Nord du Rhin/Westphalie et le Schleswig, Holstein : il n'est en fait qu'une modification insignifiante du système rigide des listes bloquées et favorise également les partis politiques.

En quoi consiste le modèle de l'Allemagne du Sud, dont le système bavarois peut être présenté à titre d'exemple :

L'élection du bourgmestre, et celle du Landrat (pour les cercles) est distincte de celle du conseil municipal. Selon le système bavarois, le bourgmestre ou le bourgmestre supérieur, ainsi que le Landrat ne sont pas élus par le conseil communal ou municipal, ni par la diète du cercle ; là nous avons plutôt une élection directe de cet organe communal par la population de la commune ou du cercle. Nous avons donc des composantes beaucoup plus fortes sur le plan des élections communales ; ce qui est d'un poids d'autant plus grand, que partout ailleurs dans la république fédérale, où sont écartés tous les éléments de démocratie directe. En plus, pour l'élection du bourgmestre ou du bourgmestre supérieur, du Landrat, le vote ne s'effectue pas à la proportionnelle, mais au scrutin majoritaire, avec un 2^e tour, lorsqu'il y a ballottage ; c'est-à-dire lorsqu'aucun des 2 candidats de tête, n'a pu réunir sur son nom une majorité absolue.

En plus, le droit électoral bavarois⁽¹⁵⁾ qui est récapitulé dans la loi électorale communale et dans l'ordonnance électorale communale, est caractérisé par le fait qu'en dehors des partis politiques, il peut y avoir des associations d'électeurs. D'après la loi, les partis politiques ne bénéficient pas de préférence ; les

(14) Pour le droit de vote communal en RFA voir : Nohlen, Wahlsysteme und Wahlen in den Gemeinden, dans : Rausch/Stammen (édit.), Aspekte und Probleme der Kommunalwahl, 3^{ème} éd. 1977, p. 149 pp. ; Michael Deubert, Kommunalwahlsysteme in den Flächenländern der Bundesrepublik Deutschland, dans : APF 1990, p. 29 pp. ; Hans Meyer, Kommunalwahlrecht, dans : Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis II, p. 37 pp. ; Heinrich Scholler, Grundzüge des Kommunalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 4^{ème} éd., Heidelberg 1990, p. 145 pp.

(15) Voir à cela : Bayerische Gemeindevahlgesetz vom 17. September 1989 et Bayerische Gemeindevahlordnung vom 12. September 1989.

associations locales d'électeurs possèdent les mêmes droits. Il n'y a désavantage toutefois qu'en ce qui concerne les nouvelles associations d'électeurs, en ce sens qu'un nombre plus élevé de signatures est exigé pour leur première déclaration, par rapport à celles ayant déjà présenté des candidats.

Bien entendu, les partis politiques bénéficient d'une avance tactique, du fait qu'au sein du parlement du Land, ils peuvent créer les bases du droit électoral communal par des lois électorales communales.

Une autre amélioration du vote à la proportionnelle consiste dans le fait que dans les lois communales électorales de la Bavière, comme dans la pratique communale, l'électeur n'est pas seulement en mesure d'indiquer sa préférence en biffant des noms dans les listes présentées par les partis et les associations d'électeurs, mais il peut, dans ces listes, avantager des candidats par cumul, en donnant jusqu'à 3 voix à un seul d'entre eux ; ce qui a pour effet de porter en tête de liste ceux qui s'y trouvent mal placés. On a objecté, à ce sujet, que le cumul des voix entre les mains des électeurs avait pour effet d'accentuer des façon non désirable, la lutte concurrentielle au sein des partis et des groupements d'électeurs qui trouve déjà son expression dans l'ordre donné par les listes. Effectivement, dans le cadre des élections communales, des candidats s'adressent individuellement et directement aux électeurs pour les appeler à voter sur leurs noms par cumul. Mais, si l'on voit une possibilité d'inégalité dans les chances électorales, il faut bien se dire que cette inégalité est voulue. Le parti centralisé, éloigné de l'endroit, est souvent moins bien placé pour connaître les circonstances locales et décider souverainement et en dernier ressort de la qualité des candidats. Dans la pratique, on signale des cas où des candidats placés en dernière position, sans espoir d'être élus, ont été poussés au 1^{er} rang. L'examen des votes communaux constate que le citoyen bavarois qui participe aux scrutins, fait de plus en plus usage du vote cumulatif. C'est ainsi que de 30% la proportion de ceux qui cumulent (ou de ceux qui panachent) est passée à 52% pour les élections communales de 1989. On ne dispose pas encore des chiffres de 1990.

On a objecté, non sans quelques raisons, que le cumul ne peut être utilisé que lorsqu'il s'agit de proportions plus faibles et négligeables, mais que dans les grandes communes et les grandes villes, un cumul de voix ne se produit guère, car l'électeur a trop peu connaissance de la personnalité des candidats. Mais un tel défaut peut être éliminé en ne fixant pas à un chiffre trop élevé le nombre des conseillers municipaux à élire et en insérant éventuellement entre le conseil municipal et les électeurs, des organes démocratiquement élus pour de plus petites portions de la ville.

Le panachage constitue également une possibilité de corriger le scrutin de listes orientées par les partis, suivant la décision des électeurs. Le panachage se distingue du cumul en ce que l'électeur ne donne pas seulement 2 ou 3 voix à des candidats figurant sur la liste du parti qu'il préfère ou celle du groupement d'électeurs, mais en associant plutôt le choix de quelques candidats d'une première liste à celui des candidats d'une 2^e ou d'une 3^e liste et là il lui est loisible, non

seulement de demeurer à l'intérieur des listes des partis politiques, mais il peut encore, par le vote croisé, choisir en même temps, soit des candidats parmi les différentes listes des partis politiques, en les croisant avec des candidats des listes de groupement d'électeurs. Il y a donc 4 possibilités de vote : adoption de la liste au total. Modification au titre du cumul et du vote panaché en choisissant des candidats différents sur des listes différentes et finalement combinaison de cumul et de panachage.

L'effet visé par un droit électoral de cette nature tient particulièrement en ceci que l'électeur communal ait finalement plus d'influence sur la composition des organes collégiaux élus que s'il était livré aux listes des partis politiques. A cela on objecte qu'il est injuste de lui permettre de corriger les listes présentées par un parti démocrate. Pourquoi le citoyen aurait-il plus de pouvoir que la décision démocratique d'un parti politique ? On opposera toujours à cela que le système des listes bloquées des partis politiques conduit souvent, précisément sur le plan communal, à des décisions sans connaissance de cause, parce que le parti politique, à direction centrale connaît trop peu les circonstances locales et ne sait pas grand chose de la façon dont sont acceptés certains de ces membres et de l'influence qu'ils exercent sur le plan local. Lorsqu'on est pas encore très fixé, comme il n'y a pas très longtemps en Italie, sur l'introduction du vote majoritaire sur le plan communal, le mélange de la proportionnelle et du vote majoritaire correspond à la meilleure possibilité de tirer les meilleurs éléments des deux systèmes.

L'introduction du vote majoritaire, tel qu'il existe en Bavière pour l'élection du bourgmestre et du Landrat, signifierait sur le plan communal, qu'un seul parti pourrait entrer au conseil municipal ; éventuellement un seul groupement d'électeurs, à l'exclusion de tous les autres. Ce principe, également démocratique du vote majoritaire ne conduirait pas cependant sur le plan local, à une représentation de toutes les affaires locales. A cela il faut ajouter que la commune n'est pas seulement l'organe législatif au plan local, mais qu'elle doit aussi exercer l'administration et, précisément dans cet exercice, qui signifie également une rupture du principe de la division des pouvoirs, il semble très important que les citoyens puissent participer aux tâches d'une façon aussi largement répandue que possible.

Finalement il a été objecté qu'il n'y avait pas de raison d'avoir sur le plan communal un mélange d'éléments de vote à la proportionnelle et de vote de personnes, alors que ce n'est pas le cas sur le plan fédéral. Le droit électoral fédéral prescrit de toute façon un mélange de vote à la proportionnelle et de vote nominal, même si la loi fondamentale n'impose pas un tel mélange au législateur.

Naturellement, il serait également, possible d'introduire ce système fédéral de mélange sur le plan des communes. Il consiste en ceci que l'électeur possède 2 voix et que l'organe de représentation est élu pour moitié par une voix et pour l'autre moitié par l'autre voix. Dans une commune de 80 délégués, 40 d'entre

eux seraient élus au scrutin majoritaire et les 40 autres proportionnellement à la répartition des voix. Si l'on introduisait un tel système électoral sur le plan communal on pourrait éliminer l'erreur qui consiste dans le fait, que dans les grandes communes et les grandes villes les candidats sont trop inconnus, pour que l'électeur puisse sciemment faire usage de son droit de cumul ou de panachage. On aurait alors 40 sièges devant être pourvus directement dans 40 circonscriptions électorales de la circonscription communale. Il n'en résulterait nullement une meilleure justice électorale que par le vote avec des listes mobiles, avec la possibilité qui lui est liée de cumuler et ou de panacher.

Pour en revenir à la question de départ de savoir si et dans quelle mesure il est possible de trouver dans le droit électoral communal un élément susceptible de créer des conditions fédérales pour une véritable décentralisation, notre réponse est affirmative.

LA PARTICIPATION

L'institution d'un droit électoral communal de caractère civique et nominatif n'a de signification que lorsque la participation des citoyens à l'exercice de l'autonomie administrative est assurée sur le plan local ou régional. On peut dire très justement avec de Laubadère⁽¹⁶⁾ que la décentralisation n'est rien d'autre que de la démocratie appliquée sur le plan administratif. Pour qu'elle soit effective au niveau inférieur de l'administration locale, les conditions suivantes doivent être réalisées.

- 1 — Déploiement de l'administration décentralisée à deux degrés maximum.
- 2 — Renforcement des procédures administratives, accélération et simplification des décisions.
- 3 — Elimination des tensions entre l'administration et les administrés.
- 4 — Politique d'information active de l'administration à l'égard des citoyens, au niveau local et régional.⁽¹⁷⁾

En ce qui concerne le 1^{er} point, il y a lieu d'indiquer que, dans un sens élargi, la différenciation entre l'administration locale et l'administration régionale relève également de la décentralisation et, qu'à ce titre, les deux plans administratifs doivent disposer de corps administratifs élus. La compétence est donc à définir entre ces deux plans, aussi bien pour ce qui est des prestations de base, comme la construction de logements, la construction de routes, les transports, la santé publique, l'enseignement public, ainsi que les besoins culturels. Dans divers domaines, tels que l'enseignement public, la santé publique, des liaisons peuvent

16) A. Laubadere (not. 11).

17) Ali Sedjari, Structures, p. 305. pp. En RFA il y a plusieurs institutions et proportions, qui prévoient une participation plus intensive de citoyens à la politique et administration communal. Elle sont imprimée dans l'annexe à la fin. A coté de ça il faut renvoyer à uwe Thaysen, Bürger — Staats — und Verwaltungsinitiative, ein Beitrag zur Entwicklung kooperativer Systeme mittelbarer und unmittelbarer Demokratie, Heidelberg 1982, vois surtout p. 127 pp.

s'établir localement ou régionalement entre les obligations de l'Etat, et celles de la commune ou de la région. Pour ce qui est du 2^e point, il faut signaler que l'on entend souvent dire qu'il serait utile de procéder à une réforme territoriale complète des domaines de compétence des communes et de régions.

Je pense que le maintien de domaines traditionnels cohérents est plus promoteur de réussite qu'une restructuration politico-géographique de domaines entiers. Le sentiment d'appartenance des hommes à leur pays d'origine est plus important que les points de vue d'appareils politiques qui, souvent, ne mènent à rien lorsque les hommes n'ont plus d'attache à leur pays.

On a souvent fait l'expérience dans la République Fédérale, qu'après une réforme effectuée en matière de domaines communaux, accompagnée également d'une réforme de la vie culturelle, confessionnelle, les jeunes ne pouvaient plus avoir de relations avec leurs communes d'origine. Car, là, il n'y avait plus de bourgmestre, peut-être seulement encore un bourgmestre symbolique., mais pas de curé, ni d'instituteur. Les 3 supports de l'autorité locale, aussi bien traditionnelle que moderne : le bourgmestre, le curé et l'instituteur, ayant été retirés et se trouvant dans les localités plus grandes ; de telles sorte que les écoliers se trouvaient obligés de quitter de bon matin leurs villages pour se rendre en autobus à des mairies, des écoles, et des églises vides, de communes plus grandes ou de villes, plus ou moins éloignées, pour pouvoir participer à l'enseignement ou aux exercices religieux. Le relâchement des sentiments d'appartenance, de disponibilité à s'engager et de dévouement ne peut-être mis en balance avec une amélioration de l'efficacité administrative. C'est souvent l'erreur qui se commet pour des réformes administratives trop techniquement ou rationnellement orientées.

Au sujet des points (3) et (4), les experts des Nations Unies ont déjà constaté depuis longtemps, que de tels efforts structurels, en vue d'une décentralisation réussie, n'ont de succès qu'à la condition d'être accompagnés d'un changement de comportement des citoyens, et que, précisément, la chose n'est possible que moyennant une plus grande participation des citoyens à l'administration.

C'est la raison pour laquelle Ali SEDJARI et d'autres ont proposé la création de deux institutions devant permettre à la fois le changement du mode de comportement et la participation : il serait créé sur le plan communal et sur le plan régional un bureau du citoyen administré et un comité des usagers.⁽¹⁸⁾ Le bureau du citoyen administré aurait à donner gratuitement à tout citoyen des explications et des informations sur ses droits et ses possibilités. Il aurait à l'assister dans la rédaction de ses requêtes et la solution de ses problèmes. Il aurait de plus

18) Voir aussi : Hachemi Kherfi, L'Administration Territoriale en Algérie dans : Hachemi Kherfi/Ali Sedjari/Colibaly Bocar/Mohamed Labibi (Edit.), L'Administration Territoriale au Maghreb (en suivant cité comme «Maghreb»), Rabat 1989, p. 13 pp. Coulibaly Bocar: Le Statut des Collectivités Locales en Mauritanie, dans : Maghreb, ibid, p. 57 pp. Mohamed Labidi, l'Administration Territoriale en Tunisie, dans Maghreb, ibid, p. 79 pp. Brahim Zyani, la Planification Urbaine au Maghreb, dans Maghreb, ibid, p. 271 pp.

à se charger de la coordination des différentes voies administratives et à éliminer les conflits de compétence. Dans la sphère anglo-saxonne, on a nommé cela *The citizen advocacy*.

La 2^e institution, le comité des usagers, aurait ouvertement pour rôle d'empêcher la monopolisation de l'accès à l'administration par les élites traditionnelles. Il aurait à assurer plus ou moins le recours en général aux autorités communales et régionales. Il aurait à informer les autorités locales sur les besoins des citoyens en tant qu'usagers. Chaque commune s'y trouverait représentée par au moins deux conseillers municipaux. En plus, il aurait à assister le citoyen dans toutes les questions concernant le statut personnel : mariage, décès, ventes.

La demande de telles institutions montre deux choses : Ceux qui sont les porte-parole d'une telle théorie pensent manifestement que les élites traditionnelles locales, bloquent l'accès démocratique à l'administration et qu'en plus, les employés de l'administration, eux-mêmes, sur le plan communal et le plan régional, sont portés à adopter un point de vue élitique, bureaucratique, et un mode de comportement de cette nature, alors que l'éloignement et les rapports de tension entre les citoyens et l'administration pourraient être surmontés par des mesures de réforme administrative sur le plan du droit des employés. Il est important, à cet égard, de jeter un coup d'œil sur la solution de ce problème dans la république fédérale. Les employés communaux et régionaux ne sont pas formés dans des centres de formation relevant de l'Etat, où les employés de l'Etat le sont. Les communes ont leurs propres écoles administratives et leurs systèmes d'examens, afin, de former un personnel administratif qui soit à la hauteur de sa tâche sur le plan communal et le plan régional, non seulement techniquement mais aussi administrativement et psychologiquement.

C'est là que doit être cherchée dans l'avenir la véritable solution des problèmes entre l'administration et les citoyens administrés. Dans une période transitoire, des comités et des commissions du genre indiqué joueront peut-être un rôle conciliateur. Cependant un renouvellement de la mentalité et de la formation d'un personnel administratif propre sur le plan communal et local est chose incontournable.

CONCLUSION

Si l'on cherche finalement à mettre en lumière les conditions préalables pour passer à la décentralisation, il apparaît avant tout, de deux points de vues différents, qu'un nouveau départ s'avère nécessaire sur le plan du droit électoral communal et celui du droit des employés communaux. Le droit électoral communal doit s'affranchir des modalités étatiques, tout autant que d'un trop fort attachement aux anciennes élites qui ont contrôlé l'existence à l'échelon inférieur. Mais, d'un autre côté, le droit électoral communal ne doit pas tomber dans l'erreur de livrer simplement les communes au pouvoir des partis politiques. Il est important pour la participation de la population sur le plan local et régional, de produire un nouveau type d'employé qui ait de lui-même, comme représentant de la commune, la compréhension et les sentiments qu'il doit manifester à l'égard du citoyen communal et régional pour répondre effectivement et rapidement à ses besoins au plan inférieur. Pour une période transitoire il peut être envisagé des solutions telles que le comité des citoyens ou des commissions d'usagers, car il s'écoulera d'employés communaux : la décentralisation, en tant que démocratie appliquée sur le plan local et régional, signifie en effet, qu'elle se réalise également dans le droit électoral communal et dans le droit des employés communaux et je voudrais terminer sur une parole de Paul SABOURIER disant que :
«la démocratie administrative présuppose l'incorporation du citoyen aux différents échelons de l'Etat, c'est-à-dire de l'administration publique ; l'une ne pouvant aller sans l'autre».

ANNEXE

MODELES D'INITIATIVE et de PARTICIPATION ainsi que MESURES VISANT à PROMOUVOIR la PARTICIPATION dans les COMMUNES

1. **MODELES PARTICULIERS de PARTICIPATION**
 - 1.1. Elections et votations
 - 1.2. Parlementarisation de la constitution communale
 - 1.3. Participation directe jusqu'à la décision par les citoyens eux-mêmes
 - 1.3.1. Requête présentée par les citoyens
 - 1.3.2. Initiative et plébiscite communale
 - 1.4. Participation honorifique de citoyens compétents et concernés.
 - 1.4.1. Participation à des comités consultatifs
 - 1.4.2. Participation à des conseils consultatifs : commissions d'experts et conseil consultatif de personnes concernées (Jeunesse — 3^e âge — étrangers)
 - 1.4.3. Le rôle de l'éducation social pour la participation des groupes marginaux dans la commune.
 - 1.4.4. Défenseur des intérêts de citoyens communale pendant la préparation des décisions de planification
 - 1.5. Consultations des citoyens : mesures visant à accroître la participation des citoyens à la formation de la volonté communale.
 - 1.5.1. Le délégué au développement urbain.
 - 1.5.2. L'Assemblée des citoyens.
 - 1.5.3. La consultation des citoyens (Computer-Democracy).
 - 1.5.4. Audition.
 - 1.5.5. Le forum des citoyens (Planification alternative)
 - 1.5.6. Le choix du plan (Planification des personnes concernées).
 - 1.5.7. La cellule de planification
 - 1.5.8. La planification alternative.
 - 1.6. L'information des citoyens : mesures visant à accroître la transparence de la formation de la volonté communale.
 - 1.6.1. Publication des sessions des comités du conseil.
 - 1.6.2. Relations publique.
 - 1.6.3. Heure consacrée aux questions publiques.
 - 1.6.4. Extension de a publicité des actes.
 - 1.6.5. Divulgateion prématurée des planification
 - 1.6.6. Relations publique.
 - 1.6.7. Heures de consultation.
 - 1.6.8. Formation des collaborateurs.
2. Démocratie directe dans les réglementation communales.



FONCTION PUBLIQUE ET AJUSTEMENT STRUCTUREL EN AFRIQUE

Mostafa RHOMARI

La fonction publique dans les pays en voie de développement a-t-elle atteint ces dernières années les limites financièrement supportables ? Son poids financier est-il actuellement ressenti lourdement dans l'économie nationale ?

La réponse à de telles interrogations est certes controversée. Les uns soutiennent qu'elle n'est pas pléthorique. Les autres jugent, au contraire, que sa dimension, sa taille et son coût sont excessifs. Mais, l'expérience prouve que plus les contraintes financières se font pressantes et plus la fonction publique devient la cible principale des politiques d'ajustement structurel.

Or, en Afrique, les contraintes financières sont énormes. Les déficits budgétaires se sont aggravés durant les années 80. Ils ont grossi de près de 2% du PIB⁽¹⁾. Les recettes fiscales ont diminué du fait du ralentissement de la croissance économique. Le service de la dette extérieure s'est alourdi et s'est fait au détriment des autres dépenses dont les salaires.

Sous l'effet de ces contraintes budgétaires et sous l'impulsion des institutions financières internationales, plusieurs pays africains ont initié des programmes de réforme de la gestion de la fonction publique⁽²⁾. Ces programmes sont spécifiquement liés aux politiques d'ajustement structurel. Ils occupent même une place importante dans les opérations de prêts de la Banque Mondiale. Ainsi, depuis 1981, sur 61 opérations, 38 ont été des prêts d'ajustement structurel (PAS) et 23 des prêts d'assistance technique (PAT)^(2bis).

* Professeur à l'Ecole Nationale d'Administration Publique de Rabat

(1) World Labour Report 1989 publié par le Bureau International de Travail. Genève, Chapitre 2 intitulé : «Structural adjustment and public service employment», p. 43 à 62.

(2) Rappelons que ces recommandations s'insèrent dans des réformes menées dans le cadre des projets d'assistance technique. Il s'agit de projets particuliers sous forme d'opérations de «gestion du développement» ou de projets d'appui institutionnel direct à des actions spécifiques entreprises dans les programmes d'ajustement structurel. Voir ; Sven B. Kjellstrom : «Réforme institutionnelle et assistance technique en Afrique au Sud du Sahara» — Le Mois en Afrique Mars 1977 p. 42 à 57.

(2 bis) Notons que 4 opérations ont été entreprises en Europe, au Moyen-Orient en Afrique du Nord, 5 en Asie, 11 en Amérique Latine et dans les Caraïbes et 41 en Afrique.
Voir Barbara Nunberg et John Nellis : «La Banque Mondiale et la réforme de la fonction publique» Banque Mondiale 1989.

D'après les organismes prêteurs, ces pratiques ont pour objectif d'aider les Etats africains emprunteurs à contenir et à réduire un domaine principal du coût ; à savoir la fonction publique. Elles agissent de ce fait sur deux paramètres du coût de la ressource humaine dans l'administration : Les effectifs et les rémunérations des agents. Leur réduction allège les dépenses publiques et donc la pression fiscale sur les contribuables. Elles sont aussi régies par deux logiques : celle du retranchement et celle de la rationalisation.

La logique du retranchement est de nature macro-économique. Elle consiste dans l'établissement de nouveaux équilibres entre les agrégats de la comptabilité nationale.

La logique de la rationalisation est de nature micro-économique. Elle vise l'amélioration de la productivité de l'administration par un déploiement efficient et efficace de la ressource humaine.⁽³⁾

L'application d'une telle politique pose des interrogations :

— Comme réduire le coût de la fonction publique tout en améliorant son efficacité pour mieux remplir son rôle dans la réalisation des objectifs des plans de développement ?

— Quelles sont les résultats des programmes de compression de la fonction publique surtout que l'aptitude des marchés du travail (rural/urbain, formel/informel) à absorber les sureffectifs des emplois publics est très mal connue ? Quelle est par conséquent la portée de l'ajustement appliqué au secteur de la fonction publique ?

La réduction ou le ralentissement des dépenses d'Etat a-t-il pesé déjà lourdement sur l'emploi dans la fonction publique ?

I — Les politiques d'ajustement structurel en matière de fonction publique

Les pays africains sont apparemment confrontés à des difficultés de financement de la fonction publique. Cette dernière est jugée insuffisamment productive. Elle manque de compétence de haut niveau. Elle est dit-on souvent pléthorique et surtout coûteuse.

Les mesures d'ajustement qu'elle est en train de subir visent à contrôler, voire à réduire son coût.

(A) L'objet de l'ajustement : Le coût de la fonction publique

L'évaluation du coût de la fonction publique⁽⁴⁾ soulève deux importantes interrogations : le nombre des fonctionnaires en Afrique est-il effectivement excessif ? Le coût de la fonction publique est-il par conséquent réellement élevé ?

(3) Jean Philippe Bras : «Les fonctions publiques étrangères dans la crise économique mondiale : retranchement ou rationalisation». Revue économie et humanisme n°283 Mai-Juin 1985.

(4) David Lindouer : «Politique salariale des gouvernements en Afrique : Quelques résultats et questions de politique» World Bank Research Observer Vol 3 n° 1 (Janvier 1988) p.1 et s. Voir aussi «Réforme des emplois et salaires du secteur public en Afrique - Département Technique pour l'Afrique (Service de la gestion du secteur public) 1990.

1ère Interrogation : Le nombre des fonctionnaires est-il excessif ?

Quelques arguments sont souvent évoqués dans les programmes d'ajustement structurel pour apprécier la dimension numérique de la fonction publique⁽⁵⁾ et juger par conséquent si elle est pléthorique ou non.

Le premier argument est d'ordre économique : le nombre excessif des fonctionnaires est apprécié par rapport au rôle de l'Etat dans l'économie, au niveau de développement du pays et à l'importance de l'Etat comme première source d'emploi et d'assistance sociale.

Le deuxième argument est d'ordre financier : le nombre des fonctionnaires est considéré excessif lorsque le budget de fonctionnement est insuffisant par rapport aux charges du personnel.⁽⁶⁾

Le troisième argument est d'ordre démographique : le nombre «approprié» d'agents de l'Etat se mesure selon un indicateur. Celui de la proportion des fonctionnaires par rapport à la population totale.

De tels arguments ne résistent pas toujours à l'analyse : D'abord, pour une raison économique : l'état détérioré de l'économie africaine ne fournit pas de critère réellement décisif sur les niveaux d'emplois et de salaires. Le nombre varie selon les pays, les régions et le niveau d'industrialisation.

Certes, le nombre d'emploi dans la fonction publique a connu une progression dans la quasi totalité des pays en voie de développement en vue de répondre à la demande rapidement croissante des services éducatifs et médicaux. La part de la fonction publique dans l'emploi non agricole atteignait durant les années 80 le chiffre exceptionnel de 33% en Afrique et varient autour de 20% en Asie et en Amérique Latine.

Mais, le taux d'expansion de l'emploi public ne peut être considéré à lui seul comme synonyme d'une pléthore des agents de l'Etat.⁽⁷⁾

Ensuite, pour une raison technique, il n'existe pas de critère du nombre optimal des ministères, de directions ou de services, ni de nombre optimal pour les fonctions publiques. Les lourds effectifs existent tout autant dans les pays développés que les pays en voie de développement.⁽⁸⁾

(5) Geoffrey Lamb : «Réforme institutionnelle : Quelques leçons du prêt d'ajustement structurel» 1984.

Barbara Nunberg : «Réforme des emplois et des salaires du secteur public» Document de la Banque Mondiale n°68-1989

«Examen des questions de gestion du secteur public dans le prêt d'ajustement structurel» Document de la Banque Mondiale — Publication 1990.

(6) Notons que la Banque Mondiale utilise l'indicateur des budgets insuffisants pour les fournitures et la maintenance pour identifier un excès de personnel.

(7) RHOMARI Mostafa : «La Gestion des effectifs de la fonction publique : Règles, méthodes et moyens». Revue de la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de Casablanca n°21-1989 p. 15 à 39.

(8) Voir à ce sujet les travaux du F.M.I., de l'OCDE et du B.I.T.

L'argument démographique ne se défend pas non plus. Les pays industrialisés comptent deux fois plus de fonctionnaires pour mille habitants que les pays en développement. La part de la fonction publique dans la population active est bien plus faible dans les PVD (6%) que dans les pays industriels (15%).

En outre l'emploi dans la fonction publique a progressé annuellement de plus de 3% dans les pays d'Afrique subsaharienne de 4% par an en 1981 à 1983 et de 2,8 par an de 1984, soit durant les deux périodes, d'un taux supérieur au taux de croissance annuel de la population active de 1980 à 1988, qui a été de 2,4%. Ce qui peut conduire à énoncer que le poids démographique de la bureaucratie ne justifie pas les politiques du «Cut-back».⁽⁹⁾

2ème interrogation : Le coût de la fonction publique est-il élevé ?

Le coût de la fonction publique se traduit par le poids de la masse salariale. La dépense salariale se mesure en comparaison et par rapport au produit national brut, au total des revenus de l'Etat et au budget global ou plus exactement aux dépenses de fonctionnement.⁽¹⁰⁾

Ces dépenses ou charges budgétaires de la fonction publique, si elles augmentent au détriment des autres dépenses, elles traduiront un coût excessif. C'est le cas en Afrique, au début des années 80. Suite à l'augmentation du nombre des agents publics, la masse salariale concernant la fonction publique est devenue égale à la moitié des dépenses publiques parfois même plus.⁽¹¹⁾

En Tunisie, par exemple, les dépenses de personnel (traitement et salaires) ont atteint plus de 70% du total des dépenses de fonctionnement de l'administration. Cette charge assez lourde progressant annuellement de près de 9% risque de remettre en «pérille le plan de redressement économique et les facteurs d'équilibre de l'économie nationale».⁽¹²⁾

En Afrique subsaharienne, le Burkina Fasso, le Togo, le Congo, la Côte d'Ivoire, dépensent d'importantes sommes dans la rémunération des fonctionnaires. Ces dépenses sont devenues considérablement plus élevées que les autres dépenses courantes (maintenances, fournitures, équipements...).

Une telle augmentation est toutefois tolérable dans une situation économique où le total des revenus de l'Etat accroît.

(9) Notons que le poids de l'emploi bureaucratique est plus important dans les pays en développement (27%) que dans les pays industrialisés (20%).

Jean Philippe Bras : «Les fonctions publiques étrangères dans la crise économique mondiale : retranchement ou rationalisation ? Revue Economie et Humanisme n° 283 Mai-Juin 1985.

(10) Notons que la Banque Mondiale retient comme élément de mesure : le total des dépenses récurrentes. Le degré avec lequel ces dépenses non-liées au personnel (telles que les dépenses de fournitures et de maintenance) diminuent est utilisé comme principal indicateur. Ce dernier signale si la dépense salariale est trop élevée ou non.

(11) Le Mali représentait un cas limite en 1983. Ce pays a consacré 80% de son budget national aux dépenses de personnel. Ce taux n'étant pas descendu au dessous de 73% depuis 1972.

(12) Ridha Benyoussef : «La fonction publique et le changement : le cas Tunisien» publié dans «L'Administration Publique et le changement» Ed. Afrique Orient — Casablanca 1989 — P. 173 etc.

Mais, avec la crise économique devenue quasiment permanente et la «stagnation subséquente de la croissance des revenus de l'Etat», la réduction des dépenses salariales semble s'imposer de peur de rendre la fonction publique des pays d'Afrique financièrement ruineuse.

Devant une telle situation, de nombreux pays ont initié une mesure essentielle d'ajustement : la réduction du coût de la fonction publique.

(B) La mesure d'ajustement : la réduction du coût de la fonction publique

Les programmes d'ajustement structurel concernent les politiques qui portent sur les rémunérations et les effectifs de la fonction publique.

Ces politiques sont guidées par la même logique qui est la suivante : Un retranchement dans les dépenses de rémunérations entrainera ipso facto une réduction des dépenses publiques.⁽¹³⁾

En Afrique, plusieurs pays ont emprunté, dans le cadre des politiques d'austérité, deux voies — de manière alternative ou complémentaire — pour réduire les dépenses de rémunération :

- La voie de la réduction ou de la stabilisation des effectifs ;
- La voie de la stagnation, du gel des rémunérations ou de la limitation des traitements et salaires.

1) La stagnation ou la limitation des rémunérations :

L'action d'austérité en matière de rémunération peut emprunter plusieurs formules : le gel des salaires, la suppression des augmentations et des avancements automatiques, la rationalisation des modes de rémunérations et au pire la cessation de paiement totale ou partielle (voir tableau récapitulatif n° 1 relatif aux mesures d'austérité fondées sur la rémunération).

— Le gel des salaires est souvent une action assez vive dans quelques pays africains.

La Tunisie n'a pas connu d'augmentation des rémunérations de ses fonctionnaires durant toute la première moitié des années 80.

Le Niger a entrepris de geler la grille des salaires jusqu'à une date récente.

Le Togo a consacré en 1982, environ 5% des traitements à l'impôt de solidarité. Ce qui s'est accompagné d'une stagnation des salaires de 1983 à 1986.

— La suppression des augmentations et des avancements automatiques a été un autre procédé assez fréquent dans les pays africains où les avancements en grades et salaires ont tendance à être basé uniquement sur le nombre d'année de service.

Le Sénégal et le Burundi ont provisoirement suspendu les augmentations automatiques des traitements.

Les écarts de rémunération entre les différents grades sont souvent importants en Afrique. Ainsi, par exemple un haut fonctionnaire au grade de sous-Secrétaire d'Etat au Malawi gagne 25 fois plus qu'un fonctionnaire non qualifié, mais seulement 7 fois plus en Zambie. Au Libéria, le salaire d'un fonctionnaire non qualifié est plus de 4 fois supérieur au PNB par habitant. Ce même rapport est inférieur à 1 au Soudan et il est compris entre 1 et 2 en Sierra Leone.

Certes, dans le cadre de la restructuration des traitements, plusieurs pays ont tenté d'appliquer une mesure relative au strict resserrement de l'éventail des salaires. Une telle mesure décourage les fonctionnaires les plus qualifiés. Ces derniers risquent de démissionner et la qualité du travail administratif risque d'en souffrir.

Face à une telle situation, certains pays ont longtemps cherché à resserrer l'éventail des rémunérations, ont abandonné cette mesure. (Exemple : le Ghana a renoncé à cette politique et a accru les écarts de traitement...).

— La rationalisation des rémunérations a été opérée par certains autres pays :

Par ailleurs, la Côte d'Ivoire a restructuré son système de salaires de manière telle que «les promotions sont maintenant accordées sur une base sélective plutôt qu'automatique». Le Burkina Fasso a choisi la voie de la régression de la rémunération en termes nominaux ; le budget de 1985 prévoyait la suppression de toutes les indemnités des agents de l'Etat et une réduction de tous les salaires de 12%. La Mauritanie a opté pour une rationalisation des salaires en étudiant la possibilité d'une atténuation des différences entre les traitements des divers Catégories d'agents de l'Etat pour un travail comparable.⁽¹⁴⁾

En Gambie, au Ghana et en Guinée, la simplification de la structure des traitements (ou la grille salariale) semble constituer un élément privilégié du programme de rationalisation des modes de rémunération⁽¹⁵⁾.

En Guinée par exemple, le système de rémunération, composé de plusieurs échelles salariales, a été transformé en une structure plus simple.⁽¹⁶⁾

2) la stabilisation et le redéploiement des effectifs :

Lorsqu'elle concerne les effectifs de la fonction publique, l'austérité a pour objectif de les limiter (exemple de la Tunisie depuis 1984)⁽¹⁷⁾ et s'exprime au mieux par :

- (13) Rapport sur le développement dans le monde 1988 Banque Mondiale. Voir le paragraphe «Politiques des salaires et de l'emploi dans le secteur public». P. 133 à 137.
- (14) Voir Barbara Nunberg et John Nelli : «La Banque Mondiale et la réforme de la fonction publique» Document Banque Mondiale 1989.
- (15) Notons qu'en Afrique, un autre objectif de la réforme salariale est la décompression de la structure salariale (voir exemple du Ghana et de la République Centre Africaine).
- (16) Notons que les consultants de la Banque Mondiale ont procédé à une évaluation des emplois et ont réduit 19 grades à 12.
- (17) Ridha Benyoussef : «La fonction publique et le changement, le cas Tunisie» publié dans «l'Administration publique et le changement» Ed. Afrique-Orient. Casablanca 1989 p. 173 etc.

— L'élimination des fonctionnaires fictifs (en Guinée, en 1987, environ 1000 fonctionnaires ont été éliminés de l'état de salaires, au Cameroun 5000 noms fictifs ont été supprimés)⁽¹⁸⁾ ;

— Le blocage de l'intégration dans la fonction publique et le gel des recrutements (le Sénégal a même institutionnalisé ce blocage par la création en 1983 d'une commission interministérielle chargée de superviser ce processus) ;

Ainsi, différents pays d'Afrique Subsaharienne (Gambie, Sierra Leone, Somalie, la Tanzanie) ont instauré un gel de recrutement.

Depuis 1987, le Kenya n'opère plus de recrutement que lorsque cela n'entraîne pas de créations nettes de postes de fonctionnaires.

Les recrutements automatiques ont été interrompus dans des administrations qui garantissaient auparavant un emploi public aux titulaires d'un diplôme scolaire (Bénin, RCA, Congo, Guinée, Mali, Rwanda, Somalie et Soudan).

— La mise à la retraite anticipée (Cameroun, Gabon, Benin, Ghana...), les départs volontaires (Guinée, Mali, RCA, Kenya, Somalie,...) et la réduction ou la compression des effectifs (Guinée Bissau, ...)

— Le «gel des emplois» est une mesure d'ajustement proposée par les institutions financières, considérée comme action de régulation des effectifs. Elle consiste dans le redéploiement des effectifs existants au lieu de continuer par ajouts successifs d'agents à gonfler leur nombre.

Elle consiste également en une mise en réserve «qui peut être constituée d'un emploi sur deux, puis de deux emplois sur trois, devenus vacants en cours de gestion». Cette réserve est utilisée pour faire face aux besoins nouveaux qui se manifestent dans l'administration et pour limiter la création d'emplois.⁽¹⁹⁾

La diminution du nombre d'agents non titulaires tant en pourcentage qu'en chiffres réels :

Les statistiques disponibles montrent que la proportion de personnel temporaire dans l'effectif total de la fonction publique est en moyenne plus grande en Afrique, puisqu'elle atteint le chiffre record de près de 50% au Niger et au Soudan, et 34% à 37% au Burundi, en Mauritanie et au Togo.

La chute a été particulièrement marquée au Burundi et au Togo (où leur effectif a diminué de 12% et 13% respectivement entre 1980 et 1986) ; elle a été un peu moins au Niger et en Ethiopie.

Au Burundi, la diminution des effectifs d'agents non titulaires a été pratiquement compensée par l'accroissement du nombre de fonctionnaires

(18) Ces statistiques sont fournies par la Banque Mondiale au sujet de la réforme de la fonction publique, voir les travaux de B. Nunberg et John Hillis, déjà cité.

(19) Notons que la gestion de cette réserve d'emplois, constituée à partir du gel partiel des emplois vacants, permet de réels redéploiements d'effectifs en fonction des priorités définies par les pouvoirs publics.

titulaires. En Tunisie, le nombre et le pourcentage d'agents non titulaires ont augmenté.

Toutes ces mesures de contrôle de coût de la fonction publique par le biais d'une pression sur les effectifs n'ont connu que des résultats très limités (voir tableau récapitulatif n° 2 relatif aux mesures d'austérité fondées sur la limitation des effectifs).

De nombreux pays africains marquent une très forte hésitation et se montrent apparemment moins résolus à s'engager dans des politiques de stabilisation et de réduction des effectifs de la fonction publique. C'est de quoi il est permis de s'interroger sur la véritable portée de ces politiques.

II — Portée des politiques d'ajustement en matière de fonction publique

Les mécanismes de contrôle du coût de la fonction publique analysés jusqu'ici fournissent peut-être une base rationnelle aux mesures de compression mais ils restent à moyenne portée. En cherchant à limiter, le montant de la masse salariale, ces mécanismes visent surtout le court terme. Une stratégie de réforme en profondeur et à long terme devra être entreprise.

(A) Les résultats des mesures à court terme :

Les mesures d'ajustement en matière de fonction publique concernent essentiellement le contrôle de coût et sa réduction. Un tel contrôle de coût a-t-il donné des résultats concluants tant sur les plans financier que technique ?

Telle est la question à laquelle il convient de répondre, en examinant à partir des données disponibles, les tendances générales dans la limitation des dépenses en salaires.

1) Les résultats financiers :

L'objectif primordial des mesures d'ajustement (le gel des traitements et la stagnation des effectifs) consiste dans la réduction des coûts de la fonction publique ; autrement dit dans la diminution des dépenses globales des salaires et dans la limitation du déficit budgétaire.

Un tel objectif a-t-il été atteint dans les pays africains à l'issue de l'application des mesures susvisées ?

Une enquête de la Banque Mondiale relative à l'impact sur la masse salariale des réformes visant à réduire le coût et sur un échantillon de 15 pays a donné les résultats suivants :

— En termes de réduction de l'emploi, sur 15 pays, 5 ont réduit leurs emplois (exemples : Ghana, Cameroun), 5 ont maintenu un niveau d'emploi constant et 5 ont augmenté leur nombre d'emplois.⁽²⁰⁾

(20) Soulignons que l'épargne réalisé grâce aux réductions d'emplois n'était en général pas assez suffisante pour pouvoir payer les augmentations ultérieures de salaires accordés pour corriger la précédente érosion des salaires de la fonction publique (exemple : Ghana, Gambie,...).

— En termes de dépenses en salaires, 10 pays (parmi eux le Ghana, la Guinée, la Guinée Bissau et la Gambie) ont connu une augmentation de la masse salariale, 4 pays ont eu une baisse en termes absolus.⁽²¹⁾

En Tunisie, la masse salariale de la fonction publique équivalait environ à 243 millions de dinars en 1977. Elle s'est multipliée par quatre en dix ans pour atteindre plus de 800 millions de dinars en 1988. Autrement dit, cette masse salariale représentait à la veille du 5ème plan en 1977 environ 28,7% de la masse salariale globale en Tunisie pour une population de fonctionnaires représentant 12% de toute la population active. Elle a atteint 31% à la veille du 6ème plan (81-86) et 38% en 1987 au début du 7ème plan.⁽²²⁾ Et ce, malgré le gel de rémunérations.

Par ailleurs, le blocage des rémunérations n'apporte qu'une solution provisoire limitant les pressions budgétaires puisque les Etats Africains finissent toujours par octroyer des augmentations à l'issue d'une période de gel.

En outre, ce gel est appliqué à la grille des salaires et non aux rémunérations individuelles et aux promotions. Ces dernières, sont importantes et risquent d'annuler toutes les économies budgétaires escomptées. L'exemple du Sénégal est assez significatif à cet égard puisque le gel des salaires et des emplois appliqué au début des années 80 a été suivi d'une majoration de 7% de la masse salariale réelle.

Ces quelques exemples démontrent que des mesures telles que le gel des traitements des fonctionnaires ou la limitation des effectifs n'ont pas toujours eu ni l'effet recherché ni le résultat escompté. Elle n'ont pas limité sérieusement les dépenses publiques pour permettre de dégager des économies appréciables.⁽²³⁾

2) Les résultats techniques :

Les mesures citées tels que les programmes de départ volontaire, de la retraite anticipée, de reconversion et de formation ou recyclage pour les agents victimes des réductions d'emploi ou encore les suppléments de rémunérations temporaires pour motiver les hauts cadres ne constituent que des palliatifs souvent inefficaces.

En effet, ces mesures soustendues par la logique de la stabilisation des

(21) Notons que l'augmentation des dépenses générales en salaires s'explique par les augmentations des salaires octroyés aux agents de l'Etat pour diminuer de l'effet de l'érosion qui affectait les salaires publics dans plusieurs pays africains. Cette augmentation s'explique aussi par les avantages extra-salariaux qui s'ajoutent aux salaires.

Voir Tait Davis : «Examen et évaluation du programme de réforme de la fonction publique du Ghana» Rapport de consultant, A.F.T.P.S. Banque Mondiale 1989.

(22) Précisons à ce sujet que les rémunérations du personnel ne se sont accrues que de 7,9% en 1986 contre 9,3% l'année précédente et 10,3% en 1984.

Ridha Benyoussef : «La fonction publique et le changement, le cas Tunisie» publié dans «L'Administration Publique et le Changement» Ed. Afrique Orient — Casablanca 1989 p. 173 et s.

(23) Notons que les programmes de réduction mis en œuvre ont été d'un coût politique et social faible. Ceci peut être dû à l'importante capacité d'absorption des secteurs agricoles et informels.

effectifs assortie d'une possibilité de redéploiement ou de limitation des rémunérations sont à l'origine de quelques inconvénients : l'exode des cadres qualifiés vers les secteurs para-étatique et privé, le départ des employés les plus expérimentés suite aux programmes de retraite anticipée, le déséquilibre et la dégradation du service public, la mauvaise répartition du personnel. Ce qui entraîne une diminution de la capacité et de la qualité de l'appareil administratif⁽²⁴⁾. N'y a-t-il pas là un coût particulièrement grand pour la fonction publique une fois lui ont été retirées des performances professionnelles particulièrement élevées ?

La contrepartie des économies réalisées à l'issue de l'application des mesures susvisées ne serait-elle pas une série d'effets pervers conduisant à une certaine dégradation du service public ?

(B) Les mesures à long terme

L'ensemble des mesures d'ajustement se sont révélées d'un effet très peu significatif tant sur le plan financier que technique dans la réduction du coût de la fonction publique. Ces mesures sont tournées davantage vers une perspective à court terme. De ce fait, elles n'ont aucune portée à long terme et ne peuvent pas constituer des systèmes durables de gestion.

En d'autres termes, un accent plus important devra être mis sur une réforme de fond à plus long terme si l'on veut une amélioration voire même un renforcement de la capacité de gestion du personnel.

Cette réforme s'articulera autour de deux gestions :

Quel type de fonction publique faut-il pour l'avenir aux pays africains ?
Comment le planifier et la gérer ?

L'adéquation agents-emplois et le contrôle des effectifs publics semblent constituer les fondements même de la gestion de la fonction publique.

1) L'adéquation agents-emplois :

La planification des effectifs dans le secteur public se définit comme une politique tendant à prévoir l'évolution des besoins de l'administration et à permettre l'ajustement des ressources humaines aux besoins de l'emploi. Cette prévision vise à déterminer objectivement les écarts existant entre les ressources en personnels effectivement disponibles et les effectifs nécessaires à une bonne gestion.⁽²⁵⁾

Le processus de planification comprend quatre étapes :

a) L'inventaire des ressources humaines existantes : C'est une évaluation du

(24) Notons qu'en Afrique, des réformes ont été mises en veilleuse à cause des coûts qu'elles impliquent (annulation d'un projet de statut des agents de l'Etat au Zaïre en 1979 et d'un autre projet de réforme des rémunérations publiques en Tunisie en 1984).

(25) Joël Cauden : «Gestion des Ressources Humaines» 1987.

personnel existant qui est établie en termes quantitatifs (nombre de poste, effectifs présents, âges, taux de rotation, absentéisme, vacances de postes...) et en termes qualitatifs (niveaux de qualification, compétences, potentiels, mobilité, possibilités d'évolution, plan de carrière...).

b) L'analyse de l'évolution probable des ressources humaines : Cette démarche identifie sur la base de l'inventaire certaines tendances qui vont se poursuivre et se projeter dans l'avenir (par exemple, les accélérations des déficits en nombre ou en compétences pour certaines catégories de personnel... etc...).

c) La définition des ressources souhaitables pour les emplois-cibles⁽²⁶⁾ : Il s'agit d'identifier par activité les besoins futurs quantitatifs et qualitatifs (emplois, postes et compétences requises)⁽²⁷⁾ et de déterminer les relations entre les activités et les moyens en définissant une situation optimale par unité administrative⁽²⁸⁾. L'administration se dote alors d'un plan d'action objectifs-moyens.

d) L'analyse des écarts entre les ressources prévisibles et souhaitables : cette analyse permet de définir la stratégie, les actions et les moyens à mettre en œuvre pour obtenir à terme l'adéquation des moyens humains aux missions de l'administration. Cet outil ou cette procédure d'adéquation missions-moyens (AMM)⁽²⁹⁾ s'intègre généralement dans un processus annuel d'allocation des moyens en effectif⁽³⁰⁾.

2) Le contrôle des effectifs publics :

La mise en place d'un mécanisme de contrôle des emplois se justifie pour plusieurs raisons. Citons entre autres le poids des dépenses de personnel et leur importance dans le budget général de l'Etat, le personnel est souvent recruté sur la base de plusieurs rubriques budgétaires et leurs rémunérations sont souvent prévues non seulement dans les chapitres de personnel⁽³¹⁾ mais aussi dans des

(26) Notons que toute analyse interne des ressources souhaitables devra être accompagnée aussi d'une analyse des tendances externes (exemple : évolution des technologies utilisées, évolution des populations à recruter...). Ces éléments sont indispensables pour cerner les ressources souhaitables à terme.

(27) Signalons que l'approche par secteur d'activité a pour but d'établir une relation fondée sur des critères quantifiables entre le travail réellement effectué et les effectifs nécessaires à son exécution.

(28) L'approche par unité administrative consiste en une analyse fonctionnelle des structures. Elle est fondée sur des critères organiques et se définit par l'établissement d'organigrammes et se définit par l'établissement d'organigrammes types sur la base de la comparaison d'organigrammes détaillés composés d'unités administratives de même type.

(29) Notons que l'outil A.M.M. constitue un instrument de diagnostic interne qui met en évidence les surplus et les insuffisances de moyens dans tel ou tel secteur. Mais, il doit conduire à analyser les raisons précises de telles situations et à prendre les décisions de gestion qui s'imposent. Par exemple, un surplus d'effectifs peut tenir à une baisse d'activité provisoire ou durable ; on n'hésitera pas dans ce cas à prévoir une diminution de moyens. Il peut tenir à une mauvaise organisation du travail et dans ce cas une étude «Organisation et Méthodes» s'imposera avant d'engager un processus de resorption de moyens.

(30) Ce processus d'allocation des moyens en effectifs est annuel parce que d'une année à l'autre les objectifs évoluent, la charge de travail se modifie d'un secteur à l'autre.

(31) Notons que les crédits affectés aux dépenses du personnel sont limitatifs. Il y a au niveau de chaque chapitre budgétaire une double limitation tenant aux effectifs autorisés par grade et aux crédits afférents aux effectifs prévus.

chapitres de dépenses de matériel, de fourniture de prestations, de subvention, voire d'investissements. Ces chapitres comportent des crédits de personnels qualifiés de temporaires, de vacataires ou de saisonniers. C'est ce type de personnels dits temporaires — lesquels ont tendance à pérenniser — qui causent «une rigidité au niveau des dépenses».

A ce sujet, plus l'emploi temporaire devient important dans la fonction publique et plus cela pose des problèmes aux Etats Africains soumis à de fortes pressions pour réduire le chômage. Ces Etats finiront par créer des emplois, ce qui grossira les effectifs.

Il en résulte en conséquence des difficultés pour maîtriser l'évolution et les coûts de l'ensemble des personnels rémunérés sur des crédits budgétaires. Ceci rend nécessaire un contrôle des emplois.

Pour être opérationnel, le contrôle des emplois repose sur un double dispositif :

— le premier est relatif à une description de taille et complète dans la loi de finances, de tous les effectifs, permanents ou non, rémunérés sur fonds publics.

— Le deuxième dispositif est celui du suivi qui permet de vérifier pour chaque chapitre de dépenses de personnel si les effectifs réels restent dans la limite des effectifs autorisés.

a) Description des effectifs :

La description des agents publics peut se faire selon des critères juridiques (catégories statutaires) définissant leur mode de rémunération. Un classement peut être alors opéré dans le cadre d'une nomenclature où figurent des chapitres de personnel, des paragraphes pour chacun des types d'emplois existants.⁽³²⁾

Une présentation synthétique des emplois autorisés par chaque budget doit être intégrée dans la loi de finances : soit par ministère (modèle de tableau joint), soit au niveau global du budget (modèle de tableau par grade).

Cette description des effectifs (agents publics) permet d'aboutir à un double résultat :

— Premièrement, les agents qui ont une situation juridique correspondant à celle des emplois autorisés seront rémunérés sur les chapitres de personnels. Ce qui signifie que ces agents ne doivent pas être rémunérés sur d'autres chapitres.

— Deuxièmement, les autres chapitres de fonctionnement et d'investissement ne doivent plus contenir des dépenses de personnel. Ce qui entraîne une diminution des dotations budgétaires consacrées au personnel dans ces chapitres.

(32) Cette classification peut être aussi détaillée que possible. Il peut être utile de distinguer plusieurs groupes au sein d'une même catégorie statutaire.

b) Le suivi des emplois publics :

C'est un suivi détaillé, mensuel et effectué doublement à priori et à postériori.

C'est un suivi détaillé en ce sens qu'il s'agit de vérifier au niveau le plus fin de la nomenclature budgétaire (le paragraphe par exemple) et avec une récapitulation par article et chapitre des effectifs réels (évalués en équivalent temps plein) payés au regard des effectifs autorisés par la loi de finances.

C'est un suivi mensuel des dépenses effectives par chapitre de personnels au regard des dotations budgétaires.

C'est un suivi ou une vérification effectuée doublement. D'abord, à priori au niveau du contrôle financier : les services concernés soumettent au contrôle financier une situation prévisionnelle des effectifs réels. Le contrôle financier s'assure de la conformité des informations transmises avec l'autorisation budgétaire. Ensuite, à postériori au niveau des comptables publics : Ces derniers fournissent un état mensuel⁽³³⁾ par paragraphe, article et chapitre (modèle de tableau joint) pour tous les personnels qui devraient être payés, retraçant la situation réelle des effectifs.⁽³⁴⁾

Cette double vérification doit permettre une meilleure maîtrise de l'évolution des effectifs publics et des crédits y afférents.

(33) Cet état mensuel devrait pouvoir être informatisé.

(34) Notons à cet égard que tout dépassement constaté dans le nombre d'agents payés par rapport à celui autorisé, devrait être notifié afin de régulariser la situation (soit par blocage d'emplois devenus vacants soit par surnombre à résorber).

CONCLUSION

Aux termes de cette analyse, deux questions restent posées : De quelle fonction publique les pays africains ont besoin ? Une fonction publique même réduite dans sa dimension, rationnelle dans son droit et ses règles juridiques sera-t-elle suffisamment productive pour répondre aux besoins du développement en Afrique ? Autrement dit, abstraction faite de leurs répercussions sur le niveau total des dépenses publique, de quelles façons les politiques de rémunération et d'emploi influent-elles sur le développement ?

Il est certain que, sur le plan technique, les mesures relatives aux améliorations de la fonction publique (développement de carrière, formation visant à renforcer les capacités administratives de base de la gestion du personnel, informatisation, mise en place d'un système intégré de gestion et de rémunération, de procédures et de structures motivantes, de système d'évaluation du travail, étude de fonctions, rationalisation du système d'évaluation du travail, étude de fonctions, rationalisation du système des salaires, suppression des avancements automatiques...) entraînant sa transformation qualitative.

Une transformation allant dans le sens d'un dépassement de système fermé de la fonction publique fondé sur la carrière vers plus d'ouverture sur un système basé sur l'emploi.

Sans doute, ces mesures constituent aujourd'hui des efforts d'insertion plus profonds de la notion d'emploi dans la fonction publique africaine. Toutefois, pour l'essentiel, les agents de la fonction publique à l'heure actuelle ne sont pas recrutés pour occuper un emploi précis, ou un poste déterminé.

Ils sont titularisés dans un corps au sein duquel ils feront une carrière hiérarchique, carrière qui se traduira par l'occupation de toute une série d'emplois au cours de leur vie administrative.

Sera-t-il possible, dans un tel système d'obtenir dès l'entrée, «l'adéquation entre le profil de candidat et le profil de l'emploi, autrement dit, l'adéquation entre l'agent et la formation».

Sur le plan social et financier : plusieurs pays d'Afrique Subsaharienne où les déficits budgétaires sont les plus lourds, tentent d'appliquer de façon rigoureuse des mesures de compression d'effectifs ou de restructuration et de gel des rémunérations en vue de réaliser des économies. Ces mesures n'entraînent pas toujours une diminution importante de la masse salariale pour plusieurs raisons :

— D'abord, le recrutement au sein de la fonction publique reste un des moyens de résorption du chômage : les traitements des fonctionnaires en Afrique représentent l'essentiel — généralement de 70% à 90% — des dépenses de fonctionnement de l'Etat. Le niveau et la répartition de ces traitements restent des facteurs déterminants pour la masse salariale et l'effectif de l'administration.

De nombreux pays «s'en servent comme un instrument d'ajustement pour maintenir ou même augmenter l'emploi public quand le chômage augmente dans le secteur privé». Ceci en dépit des mesures de réforme de la fonction publique liées aux programmes d'ajustement structurel qui tendent à remettre en cause durant les années 80 la tendance ancienne à favoriser la stabilité et la garantie de l'emploi public surtout pour les diplômés.

— Ensuite, l'administration publique africaine a connu ces dernières années une croissance de l'emploi dans les services sociaux :

En effet, la structure de l'emploi dans la fonction publique s'est modifiée.⁽³⁵⁾ On note de plus en plus un accroissement de la demande en matière d'éducation, de santé et dans d'autres services sociaux.

D'après les statistiques du Bureau international de travail, l'éducation et la santé peuvent représenter entre 25% et près de 60% des effectifs au service de l'Etat, la part de l'éducation et de la santé dans l'administration publique centrale a augmenté d'au moins 19 entre 1983 et 1984.

Enfin, la réduction du coût de la fonction publique en Afrique ne permet pas de réaliser effectivement des économies : les rémunérations réelles subissent une érosion rapide (l'inflation par exemple) qui ne manque pas de se traduire par une baisse du rendement des fonctionnaires. Ces derniers chercheront d'autres possibilités (en dehors des heures de travail du bureau) à suppléer à la diminution de leurs traitements. Or, il est évident que si les rémunérations baissent, les prestations des fonctionnaires diminueront davantage. Il en résulte que les coûts unitaires des biens et services publics s'en trouvent accrus.⁽³⁶⁾

Force est de constater que les mesures de réforme de la fonction publique liées aux programmes d'ajustement structurel peuvent avoir un effet non négligeable sur le climat social.

Toute politique d'ajustement structurel en matière de fonction publique ne peut pas être appliquée sans s'intégrer à une stratégie susceptible de résoudre des problèmes plus fondamentaux à long terme.

(35) La structure de l'emploi dans la fonction publique a subi aussi l'effet de la tendance à la décentralisation et la féminisation de la main d'œuvre.

(36) Rapport de la Banque Mondiale sur le développement dans le monde 1988. D'après les données statistiques de la Banque Mondiale, il y a eu en Afrique une diminution durant les années 70 et 80 des rémunérations (salaires monétaires et prestations sociales). Au Ghana et à l'Ouganda les salaires de départ réels étaient tombés à un niveau inférieur au seuil de subsistance en 1983. Au Soudan, ils ont diminué de 4/5 entre 1970 et 1983.

SOLUTIONS FONDEES SUR LA REMUNERATION

SOLUTIONS PROPOSEES	DESCRIPTION DES SOLUTIONS PROPOSEES	PAYS CONCERNES	OBSERVATIONS
1) Restriction de la masse salariale : Gel ou blocage de salaires.	<ul style="list-style-type: none"> — Blocages complets ou partiels, maintien des salaires à leurs niveaux actuels en les gardant dans des termes constants en acceptant des augmentations égales à une partie du taux d'inflation. — Réduction des traitements — Réduction des avantages sociaux, des indemnités de transport, diminution de moitié des primes de congé. 	<p>Sénégal — Gambie — Cameroun — Gabon — Tunisie</p> <p>Togo</p> <p>Niger</p>	<p>Les blocages de services constituent un important aspect des conditions des accords du FMI.</p>
2) Rationalisation des modes de rémunérations	<ul style="list-style-type: none"> — Structure des rémunérations : réduction à un% des primes dans les salaires. — Réduire les disparités de salaire d'un ministère à l'autre entre ministères et entreprises publiques. — Simplifier la structure des salaires. — Réajustement des grilles de salaire : <ul style="list-style-type: none"> — Desserrement des échelles des salaires. — difficulté de recrutement de cadres de haut niveau 	<p>Bolivie — Guinée — Sénégal — Cameroun</p> <p>Mauritanie</p> <p>Gambie — Ghana — Guinée</p> <p>Les plans d'ajustements</p> <p>Ghana</p>	<p>Les systèmes de primes étant très compliqués, il est difficile d'obtenir des informations fiables sur les tentatives de rationalisation.</p> <p>Les plans d'ajustement Structurels prévoient des mesures de limitation des disparités.</p>
3) Suppression des augmentations et des avancements automatiques	<ul style="list-style-type: none"> — Restructuration du système des salaires; valorisation du mérite au détriment de l'ancienneté. 	<p>Gambie — succès au Ghana et échec en Guinée Bissau et au Sénégal</p> <p>Burkina Fasso — Côte d'Ivoire</p> <p>— Burundi — Sénégal (début 1983).</p> <p>La mesure n'a eu qu'un effet limité surtout au Sénégal.</p>	<p>— Les augmentations de grades et d'échelons ont entraîné un accroissement des dépenses salariales</p>

Source : Rapport sur le développement dans le monde 1988. Banque Mondiale, World Labour Report 1989 publié par le Bureau International de travail (Genève) Chapitre 2 intitulé « Structural adjustment and public service employment ».

Barbara Nunberg et John Nellis : « La Banque Mondiale et la Réforme de la fonction publique » Banque Mondiale 1989.

TABLEAU N°2

LES MESURES D'AUSTERITE FONDEES SUR LA LIMITATION DES EFFECTIFS

MESURES	TECHNIQUES EMPLOYEES	PAYS CONCERNES	RESULTATS OBTENUS	OBSERVATIONS
1) Recensement de la fonction publique, informatisation du système de paie et suppression des fonctionnaires fictifs	— L'élimination des fonctionnaires fantômes ou fictifs	Ghana — Ouganda — Zambie Guinée..... Cameroun..... République Centrafricaine	L'élimination des fonctionnaires fantômes a été un instrument utile de la réforme de l'emploi 1000 suppressions 5000 suppressions 7000 fonctionnaires fictifs identifiés	— L'utilité d'un recensement est fonction de son envergure et de sa complexité. — Les résultats sont souvent inexacts et incomplets, les recensements sont fondés sur les états de salaires et non sur l'existence physique des employés. — Les opérations de recensement sont coûteuses et sont d'applications limitées, la qualité des données du recensement est sujette à un rapide dépassement.
2) Blocage de l'intégration dans la fonction publique.	— Le blocage ou la limitation de l'intégration dans la fonction publique est un mécanisme souvent appliqué pour réduire l'emploi public. Il concerne les cadres Professionnels que les lauréats des écoles ou les diplômés	Ghana — République centrafricaine — Congo Gambie — Gabon — Mauritanie — Mali — Somalie — Soudan Sénégal depuis 1983..... (suppression de recrutement automatique a la sortie d'école	Résultats très variés Entre 1000 et 1500 réductions en deux ans	— Le blocage des intégrations semble être compliqué à réaliser lorsqu'il s'agit des diplômés des écoles pour lesquelles l'emploi était garanti.
3) Gel des recrutements	— Suppression des — Recrutement temporaire (contrat à durée limitée) — Recrutement professionnellement qualifié seulement	Sénégal Kenya Gambie Mali — Malawi — Nigéria	En Gambie, licenciement d'employés temporaires et élimination de 848 postes vacants sur les 10700 que comptait la fonction publique.	La réduction des dépenses relatives au personnel temporaire est parfois importante. En Zambie cette catégorie d'employés représente 1/5 environ du montant total des dépenses publiques de personnel.

LES MESURES D'AUSTERITE FONDEES SUR LA LIMITATION DES EFFECTIFS

MESURES	TECHNIQUES EMPLOYEES	PAYS CONCERNES	RESULTATS OBTENUS	OBSERVATIONS
4) Mise à la retraite volontaires	— Retraite précocée ou anticipée — Retraite à l'âge normal	Cameroun — Gabon — Benin — Sénégal — Ghana Guinée (55 ans ou après 30 ans de service...)	— Effet limité des programmes de mise à la retraite. 7000 cadres en retraite	— Difficulté de connaître l'âge des fonctionnaires ; informatisation non fiable. — L'âge moyen des fonctionnaires en Afrique est de 40 ans. L'élimination des fonctionnaires âgés vise généralement un petit nombre et vise surtout ceux largement expérimentés.
5) Départs volontaires	— Versement d'une indemnité au départ — Versement d'une indemnité de licenciement comme contribution à une nouvelle entreprise dans le secteur privé.	Guinée — RCA — Mali Kenya — Somali Le Sénégal offrira 60 mois de salaires aux fonctionnaires partants.	Résultat très limités	— Formule coûteuse, nécessité des financements externes (ex. Sénégal) En Guinée, le départ volontaire avec une prime associée devrait être financée avec un fonds de 6,5 Milliards de F. Guinéens. — Les départs volontaires posent des problèmes : Ce sont les meilleurs fonctionnaires qui partent alors qu'il s'agit de les retenir.
6) Réduction des effectifs.	— Compression : renvoi direct et explicite des fonctionnaires qui sont de trop.	RCA — Guinée Bissau — Guinée — Ghana — Sénégal Ghana Guinée Gambie RCA	Résultats limités. La Banque Mondiale relève des retards dans le respect de la conditionnalité de réduction du personnel, dans des exercices d'ajustement. 27791 emplois supprimés en 1989 4245 emplois supprimés en 1989 3350 emplois supprimés en 1989 300 emplois supprimés en 1989	— La compression est difficile à appliquer sur le plan politique. Ces réductions sont jugées de façon négative par les fonctionnaires. Elle nécessitent des programmes de compensation.

LES MESURES D'AUSTERITE FONDEES SUR LA LIMITATION DES EFFECTIFS

MESURES	TECHNIQUES EMPLOYEES	PAYS CONCERNES	RESULTATS OBTENUS	OBSERVATIONS
7) Tests	<ul style="list-style-type: none"> — Tests de niveau ou tests de compétence organisés pour déterminer le personnel à garder dans la fonction et le personnel à licencier. 	Guinée	14487 fonctionnaires ont échoué au test	L'exercice du test peut être encombrant à appliquer.
8) Indemnités de licenciement	<ul style="list-style-type: none"> — Condition posée par le gouvernement pour faire accepter le principe de démission d'office à l'intéressé. 	Ghana	Les résultats sont limités	Des retards ont été accusés dans la distribution des indemnités de licenciement.
9) Réemploiement, formation, prêts...	<ul style="list-style-type: none"> — Formation pour emplois dans le secteur informel Prêts pour la reconversion commerce, agriculture, travaux publics. 	<p>Ghana : « Programmes d'action en vue d'atténuer le coût social de l'ajustement (PAA/CSA) Gambie : « Institut de service conseil en affaires (IBAS) »</p> <p>Guinée : Bureau d'aide à la reconversion des agents de la fonction publique».</p>	<p>Les programmes de redéploiement n'ont pas toujours réussi.</p>	<p>Les aides à la reconversion nécessitent beaucoup de temps et de gestion.</p> <ul style="list-style-type: none"> — La demande de cette formation est faible. — Les coûts administratifs sont élevés et les bénéfices potentiels incertains. — Le programme de redéploiement atteint un groupe limité. — le programme de redéploiement exige une capacité institutionnelle pour leur application.

Source : Rapport sur le développement dans le monde 1988. Banque Mondiale World Labour Rapport 1989 publié par le Bureau International de travail (Genève) Chapitre 2 intitulé « Structurel adjustment and public service employment » Barbara Nunberg et John Nellis : La Banque Mondiale et la Réforme de la Fonction Publique» Banque Mondiale 1989.

TABEAU N°3
LES OUTILS DE GESTION

TECHNIQUES	SIGNIFICATION	OBJECTIFS	PAYS CONCERNES	OBSERVATIONS
Analyse des fonctions	Ce sont des audits organisationnels. — Audit de service (attributions, nombre et qualification des fonctionnaires) Examens fonctionnels ont pour but de vérifier les fonctions des différentes structures, le nombre et le type de personnel.	Déterminer l'adéquation entre les types et le nombre d'employés et les tâches ou fonctions d'une structure donnée.	— Les analyses fonctionnelles ont été utilisées dans plusieurs pays (Ghana, Guinée, Bénin, Gambie) pour fournir une base technique à des besoins de réduction d'emploi.	— Ces analyses fonctionnelles ont été, quelquefois, précipitamment conçues et rapidement entreprises. — Elle n'ont pas toujours satisfait aux normes les plus rigoureuses de mesure de la productivité. — Elles sont nécessaires pour déterminer le nombre approprié et le type d'apptitudes nécessaires pour entreprendre les objectifs organisationnels des diverses structures administratives. Elles sont nécessaires à la gestion prévisionnelle.
Collecte et analyse données	Système pour la collecte et l'analyse des données du personnel (nombre d'effectifs, caractéristiques, aptitudes, qualifications personnelles, années de service, les salaires...).	Faciliter, par le biais d'une banque de données sur le personnel de la fonction publique, la conception et l'exécution de stratégie de compression des effectifs.	— En Mauritanie, au Ghana et en Gambie. Dans ces pays, la collecte des données s'est accompagnée du recensement des effectifs de la fonction publique.	Les procédés de collecte et d'analyse des données sont longs et coûteux. Cependant, ils constituent une base pour l'instauration des pratiques et fichiers de gestion des dossiers.
Système d'information et de gestion centre sur les rémunérations et les plans de carrière	Appui à la rationalisation et l'information des états de salaires généralement situés au Trésor ou Ministère des Finances.	— Introduire les fonctions informatives d'états de salaires en vue d'améliorer la gestion de la fonction publique.	Ghana, Mauritanie, Senegal, Ouganda	— L'intégration des données du personnel et les informations budgétaires sur les états de salaires est parfois encombrante sur le plan adminis. — Elle exige une coordination entre plusieurs organes (Ministère des Finances, la Fonction Publique, les Instituts de Statistiques et les autres départements...), la coordination n'est pas toujours facile à faire. — Un système de gestion décentralisé du personnel d'un degré très élevé exige de façon cruciale un réseau intégré.

TABLEAU N°4
ANALYSE DES FONCTIONS

ACTIVITES	SIGNIFICATION	OBJECTIFS	OBSERVATION
Etude de postes	Examen de la structure et de l'effectif.	<ul style="list-style-type: none"> — Déterminer les types de tâches à remplir pour réaliser les missions du service. — Déterminer si la structure organisationnelle est appropriée pour ses activités. — Déterminer si les effectifs, les grades, les niveaux de responsabilité correspondent aux besoins et si le nombre, les qualifications sont adaptés aux tâches à réaliser. 	<ul style="list-style-type: none"> — Les examens fonctionnels sont difficiles à mettre en œuvre et ils sont longs. Ils nécessitent l'assistance technique
Etude de l'organisation et des méthodes	Evaluation de l'efficacité d'une fonction assurée dans des conditions semblables par plusieurs services.	<ul style="list-style-type: none"> — Réparer les insuffisances, éliminer les blocages et simplifier les procédures. 	Ce processus peut contribuer à d'importantes économies en personnel et peut promouvoir l'efficacité.
L'analyse des coûts	Examen des données financières en vue de réparer les secteurs et les activités où le personnel est mal utilisé.	<ul style="list-style-type: none"> — Identifier les organismes où les rémunérations de personnel sont particulièrement élevées par rapport aux dépenses de fonctionnement. 	
L'analyse de proportion (Calculs des rations)	Examen des problèmes à partir d'une analyse des fonctions ou des objectifs d'une organisation.	<ul style="list-style-type: none"> — Etablir les moyennes, évaluer les disparités d'une région à l'autre et dégager des tendances générales. — Mesurer l'adéquation des personnels et des besoins, mettre en évidence les sur-effectifs et décider des compressions nécessaires. 	<ul style="list-style-type: none"> Au Ghana et en Gambie, l'analyse des fonctions a été menée conjointement au programme d'ajustement par des consultants internationaux. Au Sénégal, le Bureau Organisation et Méthodes (BOM) a entrepris aussi des audits.



The Role of Media in Decentralisation as a contribution to development

Heinrich Scholler *

I. THE MEANING OF REGIONALISM

1. Reform

Decentralisation is not only a very urgent task in many countries of eastern and western Europe like Italy, Spain and Belgium, or East Germany, Czechoslovakia and Hungary but also a problem of the Third World Countries. The regionalisation is by its very nature not just a mere administrative reform, a kind of deconcentration, but a creation of new autonomous entities with a large degree of participation of the people concerned.

As the creation of regions does not simply mean administrative reform, we cannot reduce the problem to a question of modernisation of techniques, methods and procedures. Therefore the establishment of well functioning regions must be accompanied by a socio-cultural change with regard to the new administrative unit on one the hand and the citizen on the other.

Our topic has two sides or two very modern problems : The question of regionalisation of modern administration and the question of the role of the mass-media within this political-administrative reform concept.

2. Preconditions

There are certain general requirements which are essential to get decentralisation functioning :

- a) special bodies of local electoral laws
- b) training of local staff in special state independent schools
- c) participation of the citizen in the administration
- d) improvement of the relationship citizen-region by information and communication

For an effective local election, for real participation of the local people in the administration and for an active information policy the media must be organised and directed on the regional level.

* Professor. Munich University Germany

3. The local level

Experts of the United Nations have stated already some time ago that the regionalisation is only workable, when the attitudes on the citizens on the local level get fundamentally changed. Sedjari Ali and other North African scholars have therefore proposed to introduce the new institutions to motivate the local citizen to participate in an active way in the administration :

- a) on the local level an «**office of the administrated citizen**» should be created and
- b) an «**users committee**» should be also established.

The first is to inform the local people about their rights and help them adressin the administration.

The second institution should inform the administration about the problems of the local citizen as users of local facilities. In this committee at least two local counsellors should be members.

In don't want to discuss the adantage of these proposed institutions, which have as goal the opening up of the administration against the resistance of old or new burocratic elites. If thre are qualified and specially trained local staff and a regional media-service the two preconditions participation and information can easily be fullfiled. Lat us therefore cast an eye on the regional media system of the Federal Republic of Germany where the Region of Land has the exclusive competence of all cultural activities including the media like Radio and TV. But befor we can do that, we will inquire about the situation of the African State, to what extend it is contralised or ragionalised.

II. THE GENERAL SITUATION OF THE AFRICAIN STATE

1. Independence and Federalism

a) The new African nations came into existence either through a contractual agreement with the old colonial powers or through independent decision, i.e. against the old colonial power. Thus the old protectorate over Morocco was ended by the Celle-Saint-Cloud agreements of November 1955. The same applies to Tunis (by the agreement of 2 March 1956). To a certain extent, these agreements were preceded by unrest, by wars or something resemblign civil wars : the best-known of these is probably the Algerian war of independence. Among unilateral declarations of independence, the first radical example is acknowledged to be that of Guinea in 1958. In later developments, however, the form of independence, whether through agreement or through a unilateral decision, has played no great part.

Economic dependence of the former colonial unit was stronger than the conception of an independent African political direction. This is also true for the situation of the media.

b) It is easy to understand that federalism, which was originally the pattern of political unity for the traditional African state, should enjoy a good deal of popularity among the newly independent countries too. The first example of this new form of federal union is Libya. After ten years of experimental federation, Libya became a unitary state in 1963. The same is true of the federalization of Ethiopia and Eritrea. This latter federal union came to an end in 1962 and was replaced by a unitary state. The idea of a «Federated State of North-East Africa», to include Ethiopia, Somalia, Eritrea and possibly Djibouti which was mooted again after the Ethiopian revolution of 1974, shows that in spite of negative developments the impulse to federate still has a future in Africa. A markedly negative example of federation was the Central African Federation, which comprised Northern and Southern Rhodesia and Nyasaland. It was dissolved on 1 January 1964; Nyasaland became Malawi, and Northern Rhodesia received its independence under the name of Zambia (24 October 1964). Among the reasons for the collapse of federal systems, the external ones must probably be regarded as predominant. For the most part, the federal solutions were imposed on the African countries without inner compulsion and without consent from within, in order to bring about certain definite, sought-after solutions. On the other hand, the federal structure of the state put at risk the development of a strong executive power, which was necessary in order to cope with the economic problems of the African states. However, the revival of federalism in Nigeria, and the tendency to a more pronounced regionalization of the country are an encouraging new orientation of modern African countries towards the solution of the problems of participation and economic development with the help of political structures of a federal type. It is to be hoped that the new attempt will enjoy a better fate than did the first attempt to apply a federal structure to the African countries.

2. Development into a Unitary State

a) The conversion of the African states into military states, the trend towards the one-party state and the abolition of the separation of powers, however, also have decisive inner causes. The federations had set in motion an excessively centripetal development. In order to counter developments of this nature, such men as Kwame Nkrumah, in his book «Africa must unite», declared themselves at an early date in favour of the unitary state. The strong unitary state, politically and economically efficient, was the model for the solution of political and economic problems. Mobutu similarly declared himself in favour of a military regime on the lines of ancient Roman dictatorship. The aim was, simultaneously, to reduce the influence of foreign economic interests with the help of a centralist dictatorship in a unitary state, and to create a native middle class and a bureaucracy. These inner factors have also contributed to the general development of unitary states in Africa.

b) Bound up with the form of the state, and in particular with the move towards neo-presidentialism in Africa it is the question of the preservation of the so-called «Westminster model», or of a transfer to the presidential system,

with one single executive head, combining the functions of Head of State and head of government. Reference has already been made to the development which has led to the combination of Head of State and head of government in one person. A number of constitutions favour the presidential system. Naturally this development strengthened the centralisation of Radio and TV as media of unitary nation building.

3. Participation or non-participation

Of considerable importance too is the distinction between democratic forms of government, with popular participation, on the one hand, and states governed by dictators (including military dictators) on the other. The latter abolish the division of executive power, and also, in the majority of cases, do away with the division of powers by which legislature, administration and jurisdiction are kept separate. A distinction should be made, however, between military regimes and governments which come into existence as a result of military intervention, but which do not themselves draw their members from the armed forces. In the latter instance a mixed civil and military government is possible; indeed, the government may itself be a civilian one. It is remarkable that the various forms of «military neo-presidentialism» are curiously alike in their executive structure, regardless of whether they were formerly French, British or Belgian colonies. A comparison of the military regimes of Algeria, Zaire and Ghana of Nigeria leads to this conclusion, which could be supplemented by a comparison with the military regime of Ethiopia, which arose, so to speak, independently, and cannot be referred to a previous colonial substructure. In addition to the concept of power, an important feature of all military regimes is that all the organs of administration, including the very newest ones, should, both in structure and in function, resemble the apparatus of military administration. More significant still is the connexion of the one-party system with African «neo-presidentialism». The justification or *raison d'être* of the one-party system in Africa has been given in its most authoritative form by President Julius Nyerere of Tanzania. Nyerere sees the one-party system a surer guarantee of freedom of discussion than in a system of two or more parties, particularly at election times. A system in which there is more than one party is justifiable, according to Nyerere, only if the parties hold opposing views on basic questions. Otherwise a system of more than one party would simply lead to undesirable fragmentation and dismemberment within the democratic establishment. Nyerere also points to the different history and social structure in Africa on the one hand and in Europe and America on the other. In Africa the social and economic class differences which in Europe led to the system of several parties are lacking. Nyerere connects with this the concept of African socialism or classless African society. The relation between the party and the state can be any one of three kinds:

- a) the party can be dominated by the executive and therefore the media
- b) there can be partnership and co-operation between the two and

c) the administration can be subordinated to the party. This means that the media becomes dominated by the party.

The parallel between structures of government and party structures is obvious. The formal structure of the party often resembled the PDCI (Ivory Coast) and that of the PGD (Guinea) are based on that of the French Communist party, while the UPS (Senegal) has its model in the French Socialist party. The party organization followed the principles of «democratic centralism».

The tried and tested dichotomy between civil and military governments is justifiably questioned by John Raven Hill. Hill prefers an investigation which is based on the various ways in which the exercise of power by various regimes appears to the outsider.

«The ideal-typical dichotomy drawn between civilian and military regimes has not been fruitful for theoretical analysis ; in contemporary Africa it serves only to obfuscate the heterogeneity of political processes and regime types. To adopt a more sophisticated typology necessarily would preclude the type of crossnational analysis which aggregates scores in order to compare the mean performance of regimes labelled 'military' with that of 'civilian', a methodology which obscures significant variations between performances of regimes within the same category, and of different regime types within the same category».

4. New Constitutionalism

«After experiencing a certain decline, constitutionalism has of recent years enjoyed new favour from African governments. There are few regimes which do not possess a constitution or a basic law which fulfils that function. The military have themselves regularly made use of such instruments, in Mali, for example, or in Benin. The superficially general nature of such enactments is in itself remarkable and difficult to explain in traditional categories, since a major inconsistency is exposed between the exercise of strong, uncontrolled power — characteristic of many regimes, not only military ones — and the establishment of the constitution. On the other hand, a general appeal to the constitution is more easily explained when we regard it as a technique of government».

From this point of view, Wolpin's deeply committed stressing of legitimation through success in the Third World need not necessarily clash with Faure's remark concerning appeal to the constitution.

«... In the third World, only superior socio-economic performance can engender widespread legitimacy for a regime particularly if it has an authoritarian character. And this, in turn, has usually required the institutionalised subordination of officers to civilians. Certainly that was Washington's legacy and the wisdom attributed to the Founding Fathers of the 'first new nation'».

Superior socio-economic and socio-cultural performance would mean with regard to the media to decentralise not only the administrative structure, but also the organisation of Radio and TV. The most recent proclamation of several

African states in favour of multi-party systems like Zaire, Ivory Coast and Benin or the efforts undertaken in Morocco or Tunisia to decentralise the administration would only be effective, if the media will be integrated or even spearhead this process to more participation and regional democracy.

III. REGIONS AND MASS-MEDIA (RADIO AND TV) IN GERMANY

1. General

We will limit our discussion in this paper to Radio and TV as the most important mass-media especially for the level of Regions or *Laender*. Also for reason of time we have to show one example for the discussion of our problem. However I would like to mention that also Newspaper play a very important role in Germany of today with regard to the *Laender*. As an example I would like to mention the regional Newspapers of Bavaria, which are also of importance outside the land. These newspapers are: «Süddeutsche Zeitung», «Münchener Merkur», «Augsburger Allgemeine Zeitung», «Passauer Neue Presse», «Mittelschweizerische Zeitung», «Nordbayerischer Kurier» and the «Nürnberger Zeitung». For the discussion of our problem we also have to limit our scope with regard to a specific region and here again we will choose Bavaria. Nevertheless we also will refer to Germany as a whole and especially to the GDR and the political situation there.

2. West and East Germany

In an earlier West German «*Landesländer*» Radio and TV is exclusively organised on the regional level.

Germany has to mention in particular three exceptions. There are two radio stations which are supported by the federal states: DR and DW (Deutscher Rundfunk Deutsche Welle), but they are not in line with the organisational structure of an entire GDR. Furthermore, there are two foreign countries, in particular, Belgium. The third exception is found in Bavaria, which by the general situation in Berlin must not be considered here. Before showing you that these two general stations are limited by very specific federal tasks, it profits the reader to know that Radio and TV are on the constitutional organisation on the regional level of the *Laender*.

The constitution of Bavaria originally guaranteed three basic principles for regional Radio and TV programmes:

aa) Radio and TV are organised by public law chartered agencies;

bb) Representatives of state organs and political parties in the Radio-TV-council are limited to the number of 1/3 to exclude state.

cc) The representatives of the 2/3 majority of the Radio-TV-Council are elected by the bodies themselves, which they are representing. They are therefore not nominated by the state mass media.

The first principle however was changed on the ground of a constitutional amendment (Art. 111 a BV), which allowed the introduction of a private Radio- and TV- programm being under the control of a public administrative body.

In Bavaria the radio station emits programmes for the schools and also programmes for foreign workers especially in Italian, Spanish, Turkish, Greek and Serbocroatian.

The transregional collaboration within Germany is organised and established by the ARD, the **working groups of all public Radio** stations in the Federal Republic. There is also a collaboration with France 3 aquitaine. The TV offers in Bavaria three channels :

The first channel is organised by the ARD. All stations of the eleven different Regions or «Länder» contribute to the programme.

The second channel : The ZDF, the second German TV, is a chartered body, which was created by a treaty between all «Länder» of Germany. This institution was therefore not created by the Federal Government, or by a treaty between the Federal Government and the Regions.

The third channel : This third channel programme is exclusively performed by the Land (Region) also by Bavaria (We would like to mention that Bavaria has also a university for TV and film).

3. The GDR-system of media

As we have seen the Federal Republic of Germany just has two institutions for radio programmes with regard to other countries and to the GDR. The GDR itself had not only abolished the Regions (Länder) and substituted them by 22 districts, but also centralised Radio and TV.

The two institutions : DFF 1 and DFF 2 have centralised programmes and a staff of 12.000 employees. With regard to the problem of unification the centralised Radio- and TV- system is not in conformity with the Basic Law of the Federal Republic except the case the GDR would join the FRG as a single unit or region. In this case the centralised Radio and TV system could continue as a regional one and would have to join ARD and ZDF as a contract partner. With regard to ARD it would become an equal member of the working group with regard to ZDF — second channel — the GDR would join the institution ZDF. But I assume that the old regions of which the GDR was composed : Mecklenburg, Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen will be restored and there will be up to five different regional Radio and TV institutions of the new shaped regional level.

IV. THE SUBREGIONS AND THE MEDIA

In the Federal Republic of Germany the media of Radio and TV have an additional «Subregional aspect». By this we mean that by organising Radio and

TV — to a certain extent also the News Paper — on the level of the Länder and Regions, we accept that those regions ranging from 10 to 20 Mio. inhabitants are subregions, which demand as local cultural and historical entities a special treatment in the media of Radio and TV.

In Bavaria we can delimitate seven subregions, which are in conformity with the boundaries of the state districts.

Let us however return to another German Region/Land and look into some details of Rheinland-Pfalz.

There are five subregions : Koblenz, Trier, Mainz, Kaiserslautern, Ludwigshafen-Mannheim ranging from nearly 1,5 Mio to half a Mio. inhabitants. We cannot go into details of the historical and socio-cultural background. Some time ago a survey was undertaken with regard to the region and the subregions in relation to media. Referring to this survey I want to pose the following five questions :

1. do they (media) fulfill the task of representing the local public ?
2. do they fulfill the task of local orientation ?
3. do they fulfill the function of entertainment ?
4. are the media fulfilling the task of criticism ?
5. are the media close to the citizen ?

(The dots refer to the TV, the squares to the Newspapers and the lines to the Radio).

The result of this comparative study is that communal activities as object of media are already by nature more a journalistic than an organisational problem. Therefore it is more a problem of representing communal activities than of using different media (Radio, TV or Newspaper) and it is moreover no problem of their organisation. While the Radio is the source of local information, the Newspapers are dominant in the field of «local public» and TV is more important for entertainment.

Of high interest are the answers we get by evaluating the question, to what extent the media are near to the citizen. Although there is a strong tendency to reinforce subregional media, a high majority of the interviewed persons refused to state that media are close to the citizen. If we want media near to the individual we have to enable them to get better informations and to participate in communal life, on that account we have to develop the regions and subregions with regard to the media.

V. THE EUROPEAN PROBLEM

Regarding to the Media the European Commission and the German regions with regard to the media have encountered the following problem. The European commission formulated guidelines for Radio and TV activities by or in the member states. These guidelines of March, 21, 1988 are concerned with the advertisement, the protection of minorities, copy rights and other problems.

These guidelines are basing on the Radio and TV as a service-system within the frame work of economic activities. The commission guidelines demand that 15% of all transmissions should be dedicated to advertisement and that interrupting advertising should be allowed without limitation. If regions have to follow these guidelines, the competence of the regional legislator will be limited. The Federal Constitutional Court of Germany decided nearly 30 years ago in its first landmark decision on Radion and TV quarentees of the Basic Law, that the Radio and TV are «medium and elements of public opinion», of political awareness and the social-cultural basis of democracy.

Will the FCC of Germany be in a position to upheld this jurisdictiona against the European community ? Will Lord **Cockfield** be right, who said that Radio and TV are mere commercial activities and calling them as socio-cultural factors would be «trasparent nonsens».

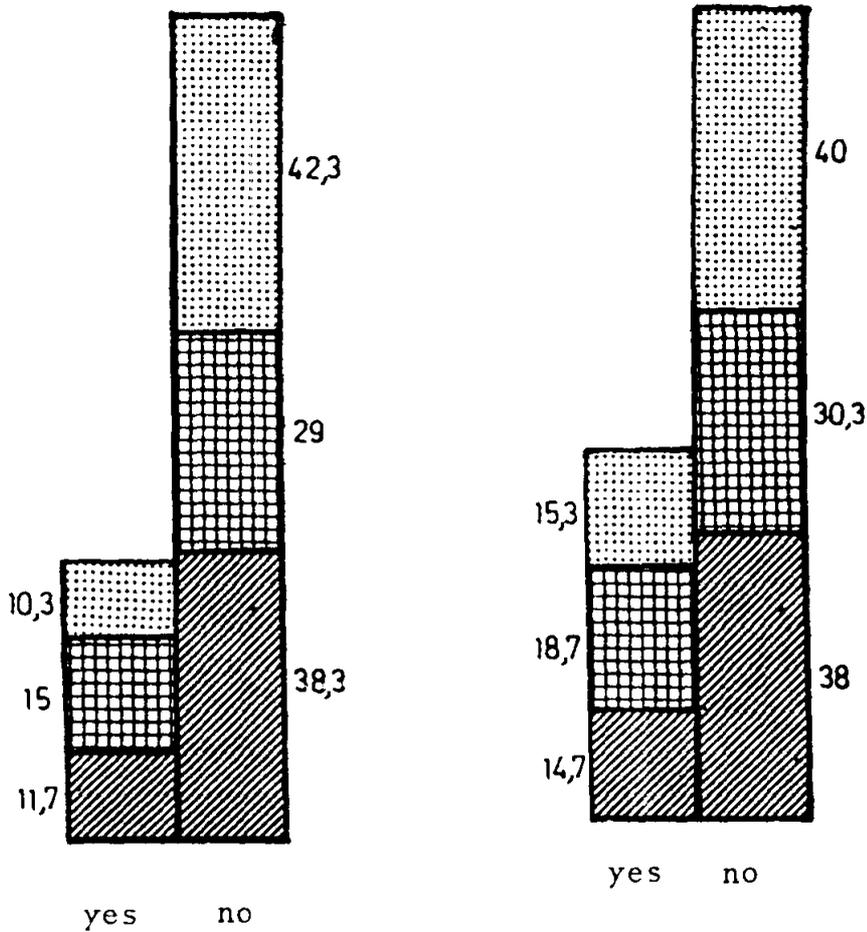
Therefore within the German regions politicians demand an European convention to rescuse regional Radio and TV on the one hand and to acknowlege modern transmission without frontiers on the other hand.

VI. CONCLUDING REMARKS

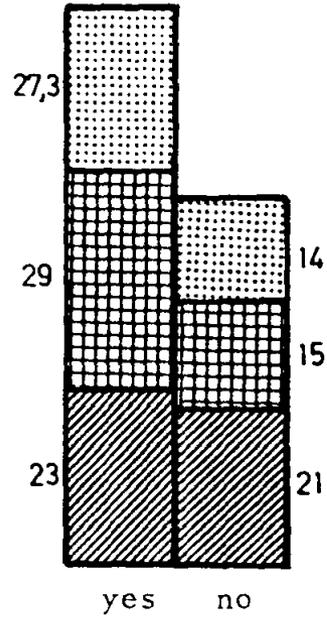
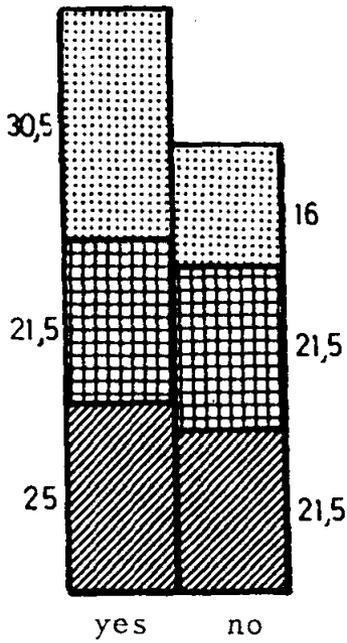
The development towards the modern African state is being completed with greater speed compared with that of Europe, in which modern states since Machiavelli have come into being. Besides the speed, there is another phenomenon of importance, that is, the coincidence, or temporal simultaneity, of different stages of development, as for instance centralisme and neo-presidentialism at the upper level of the state and traditional models of participation at the lower level of organization, coupled with «fundamentalist» changes in orientation.

The third important feature is a reversal in certain sequences of development, not only technical ones, wich must lead to a stage of consciousness which is out of touch with reality. Thus, for many people, the aircraft became known before the bicycle, or neopresidentialism was developed before the historical type of the presidential system. These three aspects explain why elements of procedure and structure from pre-colonial and colonial times are so closely united in the post-colonial period. The development into the modern state is being completed in Africa in a traditional society, where as in Europe society as a rule evinces a superiority in modernity as against the «older» form of the state.

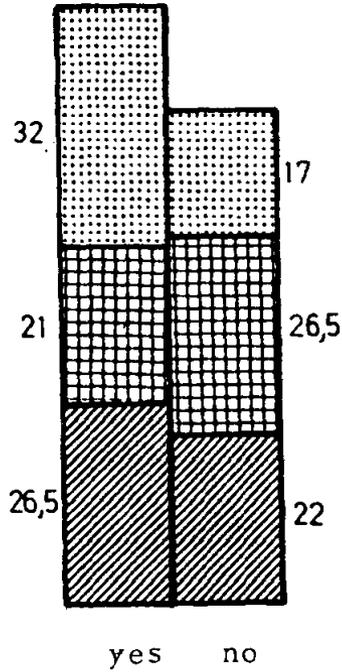
There you see national centralised Radio and TV n...ia, before you come across a local journalist. This inversion of sequences is harmful especially in the field of the media. Decentralisation would restore the natural relationship, help participation and stimulate development.



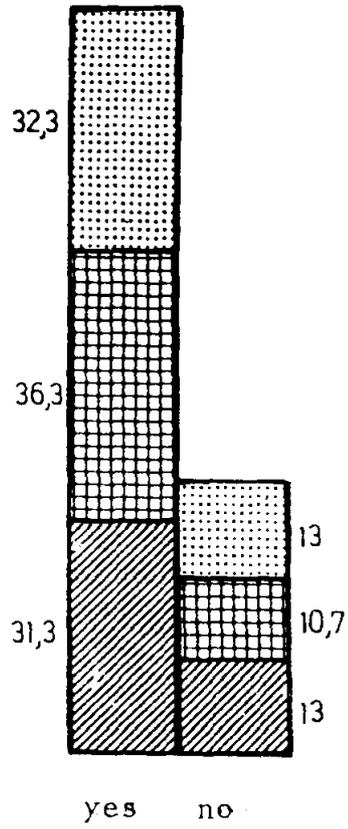
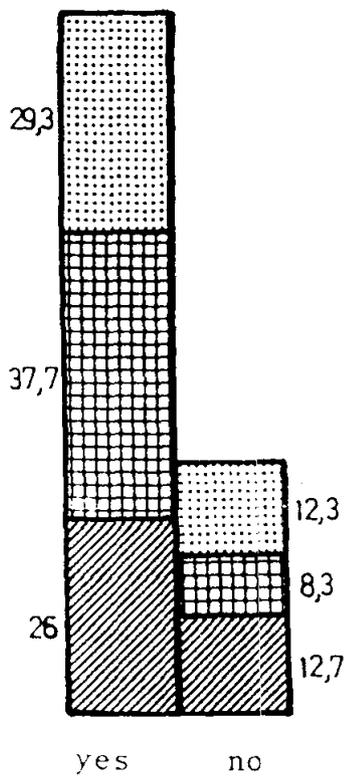
Are the Media close to the citizen?



Are the Media fullfilling thetask of critizism?



Do they fullfill the function of entertainment?



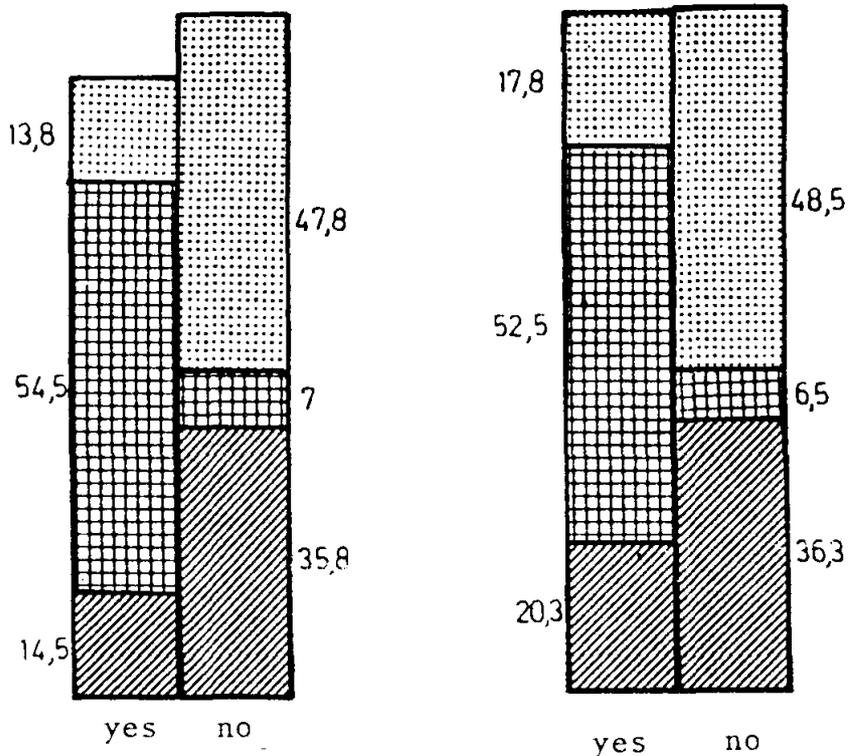
Do they fullfill the task of local orientation?

How do the Media fulfill their task in

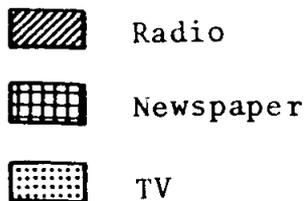
Rheinland-Pfalz ?

Baden-Württemberg ?

(Answers in %)



Do they (media) fulfill the task of representing the local public ?





PUBLICATIONS

PUBLICATIONS DE LA FACULTE

Numéro 36

Abdelkebir ZEROUAL

**LE DROIT DE LA DISTRIBUTION AU MAROC
ADEQUATION OU INADEQUATION
AU DEVELOPPEMENT**

ANNALES DU CENTRE D'ETUDES STRATEGIQUES

1988 - 1989

Numéro 2

EN VENTE A LA FACULTE DE DROIT. AGDAL

Rectificatif

**L'article du n° 23 de la R.J.P.E.M sur
le discours de la bureaucratie appartient à
Monsieur Gilles J. GUGLIEMI en lieu et
place de Monsieur Alain Claisse.**



المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط

المدير : عبد العزيز بن جلون

اللجنة العلمية :

مولاي ادريس العلوي سعيد بيشير - محمد بناني - محمد بنونة
أحمد شكري - محمد الأدريسي العلمي - جلال أمل - محمد جليل - عمر
مكاوي - فتح الله ولعلو.

لجنة التحرير :

ادريس بنعلي - عمر أبو الطيب - عبد القادر القادري - العلوي أميني
عبد الله - محمد الأبراهيمي - محمد الداغر - محمد الحسني - الحبيب
الدقاق - محمد بوطاطا - أحمد العبودي - عمر مداني

الادارة والتحرير :

صندوق البريد/721، شارع الأمم المتحدة، الرباط - أكذال.

الاشتراك :

المغرب : 40 درهما

الخارج : 60 درهما

اشتراك خاص بالطنجة : 24 درهما

كيفية الأداء :

ندفع قيمة الاشتراك في الحساب البريدي رقم 45634 - كلية العلوم القانونية
والاقتصادية - صندوق البريد رقم 721 - الرباط - أكذال.

إن الآراء المعبر عنها في هذه المجلة هي آراء شخصية لكتابها

رقم الأيداع القانوني 7/76

العدد 24 سنة 1990

عدد خاص

المجلة المغربية
للقانون
والسياسة
والاقتصاد

المجلة المغربية للقانون
والسياسة والاقتصاد

هذا العدد نشر بمساهمة
من المؤسسة الألمانية هانس - سدل

مجلة تصدرها مرتين في السنة كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بالرباط