

LE CODE CIVIL AU PRISME DU DROIT CONSTITUTIONNEL ALGERIEN¹

Ali BENCHENEB, Professeur émérite (CREDIMI)

Ancien Recteur d'académie

Résumé

Le code civil algérien a été promulgué à un moment où l'Algérie ne disposait pas d'édifice constitutionnel et dans une conjoncture particulière alors même qu'il a été construit comme la plupart de ses homologues, sur un double socle, celui des personnes et celui des biens et de la propriété. Le phénomène de constitutionnalisation voire la consécration de l'exception de constitutionnalité dans le cadre de la révision constitutionnelle de 2016 justifient une investigation autour du double socle du code civil aux fins de vérification de la cohérence du système juridique et de détermination de marge d'évolution.

Mots clefs: constitution-code civil - les personnes physiques - la propriété- droits de la personnalité.

ملخص

لقد تم إصدار القانون المدني الجزائري في الوقت الذي كانت تفتقر فيها الجزائر الى صرح دستوري وفي ظروف خاصة، غير أنه تم إعداده على غرار القوانين المدنية الأخرى على ركيزتين هما الأشخاص من جهة والأموال والملكية من جهة أخرى. إن ظاهرة الدسترة، لاسيما تكريس الدفع بعدم الدستورية في إطار المراجعة الدستورية لسنة 2016 يبرر البحث حول هاتين الركيزتين بغرض فحص انسجام النظام القانوني الجزائري وتحديد هامش التطور.

الكلمات المفتاحية: دستور - قانون مدني - الأشخاص الطبيعيين - الملكية - الحقوق الشخصية.

¹-Grand merci à Chérif BENNADJI qui a eu connaissance de la première version de ce texte et m'a fait part de ses remarques.

1. Le code civil algérien a été promulgué en 1975 par voie d'ordonnance dans le contexte d'une algérianisation du droit pour répondre à une injonction posée par une ordonnance du 5 juillet 1973².

2. Il s'agissait en effet d'éviter de continuer à se référer expressément au code civil français introduit de manière autoritaire en Algérie dès 1834³, date à laquelle la décision de l'occupation coloniale était devenue définitive. Ce texte avait été rendu applicable à l'Algérie, sauf pour les questions de statut personnel, en tous cas pour les personnes de confession musulmane⁴. Et, dans la mesure où il ne contenait pas de dispositions d'inspiration colonialiste⁵, il avait été reconduit au lendemain de l'indépendance de façon à prévenir tout risque de vide juridique⁶.

3. Abstraction faite de ce qu'il n'est pas à la fois code civil et commercial, comme on l'observe par exemple dans le système juridique italien et plus récemment dans celui de l'Argentine⁷, le

²-Ordonnance n° 73-59 du 5 juillet 1973 portant abrogation de la loi n° 62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction de la législation en vigueur au 31 décembre 1962, JORA n°62.

³-M. Grimaldi, L'exportation du code civil, Pouvoirs, n°107, p.91.

⁴-L.A. BARRIERE, Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962, EUD, 1993.

⁵-L'exposé des motifs de l'ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil n'a pas été publié, ce qui correspond à une pratique habituelle, encore qu'elle puisse priver l'interprète d'un instrument de travail. Mais d'une part, cette ordonnance est intervenue à la suite d'une autre ordonnance du 5 juillet 1973 qui qualifiait, sans aucune nuance, la législation française – pourtant reconduite par le législateur algérien sous réserve de ses dispositions discriminatoires – de législation portant « la marque indélébile de l'inspiration et de l'esprit colonialistes ainsi que de la discrimination raciale et sociale » (au surplus « incompatible avec l'option socialiste »). D'autre part, à (pouvoir) lire l'exposé des motifs de l'ordonnance portant code civil, il s'agit « d'apurer la législation algérienne de toute empreinte de nature à rappeler la législation héritée de la période coloniale ».

⁶-Sur ce point, A. MAHIOU, Rupture ou continuité du droit en Algérie, in Etudes de droit public algérien, OPU, 1984, p.133 et suiv. C. BENNADJI, Aux origines du système juridique algérien, in Les univers du droit, Mélanges C. BONTEMPS, L'harmattan, 2013, p.77 et suiv. Adde, G. KHIAR-LAHLOU, Réflexions sur le droit des obligations, RASJ 2013, p.21 et suiv.

⁷-R. CABRILLAC, Le nouveau code civil et commercial argentin ; l'éclatante réussite d'un audacieux pari, D. 2015, p.2897.

code civil de 1975, fortement inspiré de son homologue égyptien, présente un certain nombre de particularités. Quelques-unes d'entre elles méritent d'être ici mises en évidence, fut-ce brièvement.

- Il a été promulgué alors que le substrat idéologique apparent était celui d'un socialisme d'Etat symbolisé par une « révolution agraire »⁸ qui bousculait fortement les fondements du droit de propriété ; comme le code de commerce qui porte la même date que le code civil, il n'avait donc pas vocation au départ à régir l'essentiel des relations économiques du fait même de leur étatisation.

- Il a été préparé de manière opaque par une commission administrative et adopté sans débats, alors que l'Algérie, par suite du coup d'état du 19 juin 1965, s'est trouvée dépourvue de réelle constitution jusqu'en 1976⁹, à telle enseigne qu'on y trouve des dispositions qui participent de la définition du périmètre de la loi, comme par exemple l'article 29 relatif au code de la nationalité et un titre d'application générale dédié aux effets et à l'application des lois.

- La primauté du discours officiel sur l'algérianisation du droit et sur les révolutions socio-économiques a laissé le code civil dans l'ombre, une ombre il est vrai quelque peu persistante car il reste méconnu du public, des programmes scolaires et a fortiori des médias plus enclins, comme ailleurs, à s'intéresser au droit de la répression.

⁸-Ordonnance n°71-73 du 8 novembre 1971 « portant révolution agraire ».

⁹-D'aucuns ont estimé que l'ordonnance n°65-182 du 13 juillet 1965 prise à la suite du coup d'Etat a constitué une sorte de mini constitution. Cf. M. BEDJAOUI, « L'évolution institutionnelle de l'Algérie depuis l'indépendance », Corpus constitutionnel, tome 1, fasc.1, 1968, p.186. Adde, F. BORELLA, « Remarques sur les aspects constitutionnels du 19 juin 1965 », RASJ 1965, p.29 et suiv. Outre qu'une constitution est ou n'est pas et donne lieu au moins à validation par voie de vote, l'ordonnance dont s'agit avait essentiellement pour finalité d'intégrer dans la juridicité algérienne l'organisation plutôt sommaire du pouvoir issu du coup d'Etat.

- Il a entériné la distinction entre statut personnel et droit civil¹⁰, annonçant ainsi un code de la famille, encore que les frontières soient mal bornées puisque le droit des personnes est partagé entre code civil et code de la famille comme le montre l'article 31 du premier code sur l'absence et la disparition des personnes.

4. En une quarantaine d'années, le code civil a certes subi des modifications mais celles-ci ont été limitées à la copropriété et à quelques contrats particuliers¹¹.

- En premier lieu, l'importante opération de cession des biens immobiliers dévolus à l'Etat par suite de leur vacance au lendemain de l'indépendance¹², rendue possible par une loi de 1981, a nécessité un développement du droit applicable à la copropriété pour préciser les droits et obligations des copropriétaires, des occupants et pour introduire un minimum de règles de gestion des parties communes¹³.

- En second lieu et de manière insidieuse au détour d'une loi de finances¹⁴, le cadre juridique applicable aux prêts de consommation a été complété de façon à distinguer les établissements de crédit des particuliers dont les prêts sont interdits de rémunération¹⁵.

¹⁰-Cf. Article 31 du code qui renvoie au droit de la famille les questions relevant de l'absence et de la disparition des personnes, ce qui n'empêche pas les auteurs du texte de donner une indication sur la consistance des familles et de définir les modes de détermination de la parenté. Reste que cette distinction sera validée par l'article 155 de la constitution de 1976 et sera reprise par les constitutions successives.

¹¹-Cf. G. LAHLOU-KHIAR, « Le droit civil algérien cinquante ans après l'indépendance : un droit qui reste à reconstruire », in Algérie, 50 ans après : la part du droit (s/d W. LAGGOUNE), tome 1, Ajed éditions, pp.233 et suiv.

¹²-Sur les prolégomènes de la vacance, cf. par moi-même, « Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'Etat algérien », in Les univers du droit, L'Harmattan, 2013.

¹³-Loi 83-01 du 29 janvier 1983, JORA n°5.

¹⁴-Loi 84- 21 du 31 décembre 1984 portant loi de finances pour 1984.

¹⁵-Cf. articles 454, 455 et 456 du code civil. Précisons que la terminologie utilisée par le code n'a pas été adaptée pour tenir compte de la consécration par la loi sur la monnaie et le crédit, des seules catégories juridiques suivantes : banques et établissements financiers.

- En troisième lieu, en 1988, l'encadrement juridique de la réquisition a été précisé par modification des articles 679 à 681 du code civil et par adjonctions à ce dernier de trois dispositions¹⁶ ; en même temps le statut de l'acte authentique et son périmètre étaient redéfinis et la définition du contrat de société revue pour admettre la possibilité d'apports en industrie.

- En quatrième lieu, à un moment où se sont esquissées de premières velléités de privatisation, le législateur s'est vu contraint d'introduire à la suite des dispositions dédiées au contrat d'entreprise, un dispositif portant sur le contrat de management¹⁷.

- Enfin, le code civil a subi une dernière modification en 2005¹⁸. Elle a eu pour objet un développement, avec plus ou moins d'adresse, des règles de conflit de lois. Elle a surtout porté sur une libéralisation¹⁹ du droit applicable en matière de baux, la caractéristique centrale de cette réforme étant la disparition du droit au maintien dans les lieux, quelle que soit la date de construction du bien immobilier²⁰.

5. Malgré les limites propres à toute entreprise de codification, il reste que le code civil a gardé son objectif initial : celui de régir les personnes et les biens, spécialement la propriété, justifiant en même temps le cadre juridique pertinent en matière contractuelle²¹ et en matière de responsabilité civile.

¹⁶-Loi n° 88-14 du 3 mai 1988, JORA n°18.

¹⁷-Loi n° 89-01 du 7 février 1989 introduisant à la suite de l'article 570 un chapitre 1bis – qui d'ailleurs rompt avec la numérotation du code civil – intitulé « Du contrat de management » composé de dix articles et qui aurait dû avoir logiquement sa place dans le code de commerce.

¹⁸-Loi n°05-10 du 20 juin 2005.

¹⁹-On pourrait également noter que l'article 52 modifié supprime la référence aux « entreprises socialistes ».

²⁰-Et dans le même temps, une modification du code de commerce impliquait la disparition du droit au renouvellement du bail commercial.

²¹-Sur lequel, de moi-même, Le droit algérien des contrats : données fondamentales, EUD, 2015. 2eme édition.

6. Mais force est de constater qu'aucune des réformes ayant affecté le code civil et brièvement rappelées n'a été induite par l'évolution du droit constitutionnel algérien. Or les deux socles sur lesquels ce code repose ont connu une évolution sensible dans la mesure où les droits des personnes et de la propriété ont fait l'objet d'une constitutionnalisation progressive.

7. Difficilement perceptible dans la Constitution de 1989 qui esquissait surtout une tentative de sortie d'un régime de parti unique, le phénomène de constitutionnalisation des droits, confirmé dans la Constitution de 1996, est encore plus net dans celle issue de la révision de 2016²². C'est du reste cette dernière qui, pour des raisons de commodité tenant à l'harmonisation de la numérotation des articles, sera surtout sollicitée à l'appui des développements qui vont suivre²³.

8. Avant d'aller plus loin, il faut préciser que la constitutionnalisation est un phénomène contemporain parti d'Allemagne après la seconde guerre mondiale. Il conduit à considérer que les constitutions ne sont plus des édifices ayant pour seule vocation de décrire l'organisation de l'Etat et à régir les relations entre pouvoirs publics. En tant que lois fondamentales et en quelque sorte pour mériter cette qualification sinon pour participer à l'édification d'un état de droit²⁴, les constitutions se veulent alors le reflet de tous les secteurs de la vie socio-économique ; elles sont annonciatrices de l'agencement des relations entre l'Etat et les particuliers voire même des relations entre ces derniers. Dès lors, les lois ont nécessairement un ancrage avec

²²-Loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, JORA n°14.

²³-Précisons ici que l'avis 01-16 du Conseil constitutionnel relatif au projet de loi portant révision de la constitution (JORA n°6) n'est d'aucun secours, ledit Conseil se limitant à valider de manière en quelque sorte automatique les dispositions du projet toujours conformes aux droits et libertés et « aux principes généraux régissant la société algérienne ».

²⁴-En ce sens, G. CONAC, Le juge et la construction de l'état de droit en Afrique francophone, Mélanges G. BRAIBANT, RFDA, 1996, p.105.

les dispositifs constitutionnels²⁵, abstraction faite de ce que le domaine de la loi peut être décrit et circonscrit par la constitution²⁶.

9. Observée aujourd’hui dans plus d’un Etat²⁷, la constitutionnalisation s’opère soit à la faveur de réformes constitutionnelles, comme c’est le cas pour l’Algérie, soit grâce à la jurisprudence de juridictions constitutionnelles, singulièrement à la faveur de la mise en place d’exceptions ou de questions prioritaires de constitutionnalité, soulevées par des justiciables dans le respect de procédures particulières²⁸, quand ce ne serait par le biais des deux processus.

10. Un des effets singuliers de cette constitutionnalisation est de décloisonner les matières juridiques traditionnelles²⁹. Ainsi, le droit civil ne peut plus ignorer le droit constitutionnel et réciproquement. Davantage, une indifférence d’une matière juridique comme le droit civil – mais ce n’est pas la seule et peut être même pas la plus importante – est de nature à ruiner la portée réelle de la constitution.

²⁵-Le phénomène ne semble pas, cependant, conduire à faire de la constitution la source des sources du droit d’une part parce qu’il ne faut pas confondre l’énoncé d’un droit avec sa substance réelle qui n’est pas de l’ordre de la constitution, d’autre part parce que la constitution fait l’impasse sur certaines sources de droit (contrairement par exemple à certaines lois), se préoccupant seulement des sources législatives et réglementaires ainsi que du statut des conventions internationales.

²⁶-Article 140 de la constitution issue de la révision de 2016.

²⁷- M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (s/dir.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 3 : suprématie de la constitution, cf. spécialement les contributions de L. FERRAJOLI, Théorie des droits fondamentaux, p.228 et suiv. et de U. PREUB, La garantie des droits : les droits horizontaux, p.234 et suiv. On ajoutera que la dernière constitution marocaine du 1^{er} juillet 2011 et celle de la Tunisie, du 27 janvier 2014, épousent le phénomène de constitutionnalisation.

²⁸-Pour sa consécration de principe par la Constitution issue de la révision de 2016, cf. article 188 qui renvoie à une loi organique à intervenir non pas dans un délai de mais « après un délai de trois ans » (article 215). La manière dont ce texte a été rédigé par l’exécutif – la révision ayant été adoptée sans débats par le parlement – suggère quelques réticences quant à la mise en place de l’exception.

²⁹-Dans le même sens, N. MOLFESSIS, Le conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, p.6.

11. Même si le phénomène intéresse nombre d'autres matières, spécialement celles qui relèvent des droits au procès et le droit pénal voire le droit de la famille, la constitutionnalisation des droits peut devenir un outil d'appréciation des méthodes d'élaboration du droit étatique, question qui ne retiendra pas notre attention ici.

12. Elle peut permettre aussi de se prononcer sur l'adéquation/inadéquation d'un code civil, adopté il y a plus d'une quarantaine d'années, à l'évolution du système constitutionnel, peut-être même, et sans tentation divinatoire, un questionnement sur le devenir de la substance juridique imprimée dans ce code.

13. Cette investigation sera conduite simplement à travers les deux éléments clés qui servent de socle au code civil : les personnes physiques et la propriété.

I. Les personnes physiques

14. Si l'on s'intéresse aux seules personnes physiques³⁰ que l'on suppose existantes au moins du fait de leur conception, on ne peut qu'être frappé par le décalage entre l'image qu'en donne le code civil et celle que renvoie aujourd'hui le droit constitutionnel algérien.

A/ Les personnes physiques dans le code civil

15. Ramenées à l'essentiel, les données offertes par ce texte peuvent faire l'objet d'une brève présentation qui autorise le questionnement.

16. Dans le code civil, la personne est bien définie par des éléments d'identification, à la fois pour faciliter son contrôle par l'Etat, ce à quoi répond déjà l'organisation d'un état civil

³⁰-Encore qu'il n'y a rien d'insolent à se poser la question de savoir si les personnes morales ne doivent pas avoir au moins certains droits de la personnalité comme le droit au secret des correspondances et le droit à l'inviolabilité du siège social ou même le droit à l'honneur.

introduit en Algérie pendant la colonisation³¹, et en vue de lui reconnaître des droits, sauf à tenir compte des règles relatives à la capacité.

17. L'impression selon laquelle la personne est seulement un être biologique par sa naissance et par sa mort se dissipe très rapidement pour mettre en évidence un être juridique, comme pour inviter à distinguer l'individu de la personne, celle-là seule qui peut être titulaire de droits et les exercer, pour autant qu'ils soient déterminés.

18. On peut observer que le nom et le ou les prénoms sont considérés avant tout comme des obligations et qu'il n'existe pas de choix quant au patronyme. Le nom se transmet par le père et la procédure de changement de nom sera suffisamment dissuasive pour conduire à remise en cause de ce mode d'attribution du nom. Quant au choix du prénom, il est limité par la nécessité de sa « consonance algérienne », le texte n'exigeant pas qu'elle soit arabe, sans doute pour laisser place à la possibilité de choisir des prénoms d'origine amazigh. Cette condition pose, cependant un sérieux problème de compréhension. Elle expose au risque d'arbitraire lors des déclarations de naissance, sauf à faire des agents de l'état civil des spécialistes autant de la phonétique à connotation locale que de la linguistique. Il reste qu'il existe aussi un droit au nom qui peut être mis en œuvre lorsque son usage est contesté ou lorsqu'il fait l'objet d'une utilisation injustifiée³².

19. A chercher d'autres droits reconnus à la personne physique par le code civil, on trouve bien également « des droits inhérents à sa personnalité »³³. Ces droits passés sous silence par le code

³¹-Plus précisément par une loi du 23 mars 1882 qui entre autres a imposé l'obligation d'avoir un prénom et surtout un nom patronymique.

³²-Article 48 du code civil.

³³-Article 47 du code civil.

napoléon³⁴ ne semblent pas rattachés au droit de la responsabilité civile même si celle-ci peut leur servir de matrice. Ils existent en tant que tels. Mais la substance de ces droits ne se dévoile pas et pas davantage leur régime juridique, façon de taire le fait qu'ils peuvent dériver de libertés fondamentales et en même temps démentir cette affirmation de l'exposé des motifs du code selon laquelle « le texte a été enrichi par l'apport de nombreuses codifications étrangères et par les connaissances acquises au cours de leur longue expérience de praticiens du droit ».

20. Il y a donc une indigence manifeste du code civil relativement au droit des personnes. Elle peut s'expliquer³⁵ par l'absence d'orientations de fond qu'il aurait fallu donner aux fonctionnaires en charge de la préparation du texte mais aussi, et sans que cela ne soit antinomique dans le contexte d'un régime qui affichait son autoritarisme, par un phénomène d'occultation des droits, patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux, à reconnaître aux personnes.

21. Le fait est que plus de quarante ans après sa promulgation, le constat qu'il y a lieu de faire, alors même que les constitutions successives sont plutôt suggestives depuis 1989, le législateur n'a montré aucune préoccupation relativement à ces droits malgré le développement dans la société algérienne d'un certain nombre de technologies, notamment celles favorisant la captation d'images et internet en tenant compte de la multiplication des réseaux sociaux.

³⁴-L'expression droits de la personnalité semble apparaître au début du 20^{ème} siècle dans un article de E. PERREAU, Les droits de la personnalité, RTDC 1909, p.501 et suiv.

³⁵-En tout état de cause, elle ne saurait s'expliquer par le silence du code civil français sur ce point puisqu'il s'agissait précisément de le remplacer et pas davantage par le fait que la jurisprudence française se substituant au silence du code napoléon ait construit finalement « une auberge espagnole ». Cf. J.M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, Droits de la personnalité, Ellipses, 2015, p. 118.

B. Les personnes physiques dans la constitution

22. A considérer le texte constitutionnel de 2016, la tentation pourrait être d'abord de faire dans le genre malicieux. On y découvre en effet dans le titre dédié aux principes fondamentaux de la société que l'Etat s'interpose entre le « peuple » et les « droits et libertés » lesquels concernent les personnes. Ce n'est certes pas dire que les personnes physiques ne sont pas une émanation du peuple, la composante de la nation mais plutôt, comme le suggère le code civil lui-même, une création de l'Etat à distinguer des simples individus.

23. Toujours est-il que la Constitution a recours au concept de « personne physique »³⁶. Elle envisage également la « personne humaine »³⁷, vraisemblablement dans l'intention d'évoquer le corps de la personne³⁸ et, bien entendu, « les citoyens et les citoyennes »³⁹ avec le risque parfois d'oubli de ces dernières, comme le montre l'article 46 à propos du droit à la vie privée et à l'honneur⁴⁰.

24. A première vue la maladresse paraît de taille car on ne voit pas de justification objective à l'exclusion des femmes d'un droit à l'honneur et à la vie privée. Le mieux est donc d'en faire tout au plus une inattention puisque le principe central d'égalité devant la loi interdit toutes discriminations, notamment celles fondées sur le sexe des personnes⁴¹, à l'exception de celles qui relèvent du statut personnel⁴². Aussi bien, les citoyennes ne sont

³⁶-Article 46.

³⁷-Article 40.

³⁸-En ce sens la version arabe du texte qui ne reprend pas les mêmes termes que pour l'article 40.

³⁹-Article 34.

⁴⁰-On peut relever que le constituant ne distingue pas deux droits, celui à la vie privée et celui à l'honneur alors que la vie privée concerne l'intime lorsque l'honneur relève davantage de la sphère publique.

⁴¹-Article 32.

⁴²-Article 35 a contrario.

pas à exclure du droit à la vie privée et à l'honneur, sauf à vouloir nier qu'elles soient des personnes « humaines ».

25. Ceci posé, la Constitution envisage la personne dans plusieurs situations : le justiciable, y compris lorsque le discours a trait à la répression des infractions, le citoyen dans l'expression de ses droits politiques et syndicaux mais aussi les consommateurs à protéger, s'appropriant ainsi l'idée que le droit commun inscrit dans le code civil ne suffit plus à la réalisation de cet objectif⁴³. Il est aussi question des enfants autant que des enfants abandonnés, des personnes âgées autant que des « personnes vulnérables » au niveau de l'article 72.

26. Cette disposition qui exprime des signes de l'évolution démographique de la société algérienne invite à se demander déjà si les contours initialement donnés au code civil ne sont pas dépassés voire même désavoués. A suivre en effet le discours constitutionnel, on peut se demander si le code civil ne devrait pas être expurgé des dispositions relatives aux personnes physiques et conduire, si l'intention est de lutter contre la parcellisation du droit, soit à un code des personnes, soit à un code des personnes et de la famille, le droit des personnes prenant en charge également la question de la vulnérabilité et donc l'ensemble du droit des incapacités⁴⁴.

27. Le plus important n'est pas, cependant, dans la détermination du domaine à assigner aux différents codes, encore que toute entreprise de codification ait une portée qui dépasse les simples considérations pratiques. Encore faut-il prendre acte du message constitutionnel sur le droit des personnes et, pour garder la terminologie retenue par le code civil, s'intéresser aux droits

⁴³-Article 43, alinéa 3.

⁴⁴-Dans le sens de cette approche, le texte constitutionnel lui-même, son article 140 qui définit le domaine de la loi invite à distinguer les droits et devoirs fondamentaux des personnes du statut personnel et du droit de la famille et, d'un autre côté les questions afférentes aux obligations et à la propriété.

inhérents à sa (la) personnalité ». Or sur ce point, il est permis de faire au minimum les remarques suivantes.

28. **a/** Autant au moment où le code civil a été promulgué, sauf option prise pour la voie du mimétisme, on pouvait hésiter sur le fondement des droits de la personne puisque ce texte avait été élaboré sans balises constitutionnelles, autant il faut considérer aujourd'hui et sans aucune hésitation que les droits de la personne se justifient par la reconnaissance de libertés individuelles, liberté qu'il s'agit de défendre et protéger.

29. Le nier reviendrait à ignorer l'article 38 de la Constitution qui garantit « les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen », autrement dit ignorer la portée d'une constitution sur l'élaboration, l'interprétation et l'application d'une règle de droit. L'occulter reviendrait à concevoir qu'une constitution n'est pas davantage qu'un instrument de marketing politique.

30. **b/** Il reste alors à se pencher sur le contenu des droits et, abstraction faite dans ces lignes des engagements internationaux pris par l'Algérie, par exemple par suite de son adhésion au Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques de 1966⁴⁵, à constater qu'à partir de la Constitution, il est possible de mettre en évidence deux séries de droits, l'un d'ordre physique, l'autre d'ordre moral.

31. – Il y a d'abord reconnaissance⁴⁶ au niveau de l'article 40 d'un « droit à l'inviolabilité de la personne humaine ».

Indépendamment du fait que ce droit constitutionnel pose clairement la question de la constitutionnalité de la peine de

⁴⁵-Décret 89-67 du 16 mai 1989, JORA n°20. Il est vrai que l'article 11 de la première constitution algérienne de 1963 exprimait l'adhésion de l'Algérie à la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée en 1948 mais ce texte n'a pas de caractère contraignant.

⁴⁶-Il est juste de constater que sa première consécration se trouve dans la constitution de 1989 (article 40 même si la première constitution de 1963 exprimait une adhésion à la Déclaration universelle des droits de l'homme, texte sans valeur contraignante).

mort inscrite dans le code pénal, il exprime, semble-t-il, un véritable droit à la dignité, en particulier au respect du corps des personnes, un corps mais aussi ses différentes composantes qui ne peuvent être assimilés à des choses.

32. Sauf sollicitation délicate du droit de la responsabilité civile, on en chercherait en vain trace dans le code civil. Sans doute l'article 45 de ce texte interdit-il toute renonciation « à la liberté individuelle ». Mais, d'une part cette disposition n'est pas suffisamment explicite. D'autre part, cette prohibition semble se rattacher davantage à la prohibition de l'esclavage qu'au respect proprement dit du corps humain et au risque de sa dégradation, y compris par l'individu lui-même.

33. Bien entendu, ce droit au respect du corps ne concerne pas seulement la matière civile ; il a des répercussions sur le terrain pénal autant que dans la législation relative à la santé. Mais précisément, il semble bien que la première déclinaison de ce droit devrait avoir son siège dans le droit civil des personnes. Il serait ainsi possible de connaître ses contours, de consacrer l'indisponibilité du corps et de ses différents organes, de poser également les limites justifiées par le seul intérêt général et concevables moyennant le consentement des personnes, la loi civile devant fermement imposer que ce consentement soit éclairé et ne puisse être déduit d'un simple comportement passif.

34. – Il y a ensuite, c'est une autre manifestation du lien entre liberté et personne, reconnaissance expresse d'un droit à la vie privée et à l'honneur par l'article 46 de la Constitution⁴⁷. Ce droit, inexistant en tant que tel dans le code civil, mérite attention et donc quelques annotations car il touche à l'intimité des personnes autant qu'à leur dignité.

35. En premier lieu, il faut s'étonner que ce droit ne soit reconnu qu'au citoyen. S'il est compréhensible qu'un tel droit ne

⁴⁷-Cf. déjà article 49 de la constitution de 1989.

puisse concerner les personnes morales, privées et publiques, cela l'est moins dès lors que la Constitution évince de ce droit les étrangers, à croire que cette qualité s'accompagne d'indignité. Si force est de constater que l'article 46 de la Constitution est confirmatif d'une certaine tendance à la clôture de la Nation algérienne, il pose cependant le problème de la portée réelle des engagements internationaux souscrits par l'Etat. Davantage, il crée une discrimination, en d'autres termes un traitement inégal, sans fondement objectif puisque l'article 32 de la Constitution paraît interdire les discriminations fondées sur des circonstances personnelles ou sociales.

36. En second lieu, lorsqu'on est attentif au concept de « vie privée »⁴⁸, on s'aperçoit très vite que l'exercice du droit ne peut être appréhendé qu'avec prudence. C'est un fait que la vie privée ne peut s'exercer dans un lieu public et que, par exemple, il serait vain de s'en prévaloir pour contester la mise en place dans un édifice public et plus largement dans le domaine public d'un système de vidéosurveillance. Plus généralement, on peut douter que le droit à la vie privée puisse mettre en échec les nécessités tirées de l'ordre public, qu'il s'agisse de la protection de valeurs sociétales ou d'exigences tirées de la sécurité des personnes. Il reste que l'on pourrait déjà comprendre que le droit civil ait, pour une bonne compréhension de ce droit, une fonction pédagogique de prévention des abus et qu'il puisse contribuer, avant toute intervention judiciaire, à délimiter les frontières entre ce qui est de l'ordre du respectable et ce qui ne l'est pas.

37. En troisième lieu, si le droit à l'intimité s'exerce au domicile de la personne, la question se pose de savoir si la définition

⁴⁸-A cet égard et pour la France, cf. V. MAZEAUD, La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2015, n°48, p.7 et suiv.

qu'en donne l'article 36 du code civil, savoir le lieu de l'habitation principale, garde sa pertinence pour l'exercice du droit à la vie privée ou si la liberté de circulation consacrée par l'article 55 de la Constitution permet de concevoir que ce droit reste intact lorsque la personne ne séjourne pas dans un lieu différent de son habitation principale. Il ne s'agit pas tant d'envisager une modification de la définition du code civil que d'en prévoir une autre, plus souple, qui soit pertinente pour l'exercice du droit à la vie privée, tant il est vrai qu'elle doit être protégée quel que soit le lieu de séjour.

38. En quatrième lieu, si la vie privée dessine la sphère de l'intimité et de la liberté qui l'accompagne, l'article 46 de la Constitution pose clairement la question de savoir si la remise en cause de ce droit ne peut advenir que par suite d'une demande du juge, sauf à déterminer lequel, ou si d'autres tempéraments sont concevables, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre du droit à l'information.

39. Enfin, on ne saurait passer sous silence l'extension contemporaine du droit à la vie privée liée à la société de l'information par consécration en tant que « droit fondamental » de la nécessaire protection des données personnelles, c'est-à-dire de l'ensemble des informations relatives à une personne déterminée ou même déterminable par un numéro d'identification ou par un autre élément spécifique, par exemple une identification physiologique ou économique. La protection du secret des correspondances semble relever des temps antiques au constat de la constitution de fichiers de toutes sortes et de leur exploitation, ce que, bien entendu, le code civil ne pouvait prévoir en 1975, mais qu'il devient urgent de prendre en considération pour reconnaître aux personnes un droit d'accès à leurs données personnelles, favoriser leur intelligibilité par le commun des mortels, en régler le contenu, contrôler leur circulation et

exploitation, le tout en donnant une place centrale au consentement des personnes. Il devrait s'agir en d'autres termes de faire en sorte que l'ensemble du dispositif permette de ne pas assimiler une donnée personnelle à un élément du patrimoine de la personne⁴⁹.

II. La propriété

40. Le code civil enseigne que la propriété s'exerce sur les biens qui ne sont pas hors commerce mais il en donne une image quelque peu tronquée et dépassée. Si le droit de propriété a été constitutionnalisé à partir de 1996 et s'il le reste à la suite de la révision constitutionnelle de 2016, encore faut-il prendre la mesure de la norme constitutionnelle car, il s'agit d'un droit tout relatif.

A/ La propriété dans le code civil

41. A première vue, elle occupe une place stratégique si l'on se fie à l'architecture du code. La propriété ouvre en effet le livre consacré aux droits réels. Tout se passe également, au risque de choquer le bon sens économique et même la vérité élémentaire, comme si le droit de propriété expliquait l'existence des choses et des biens et, s'il peut connaître quelques restrictions, se concevoir dans le cadre de l'indivision ou de la copropriété. En tout état de cause, la propriété individuelle paraît encouragée car la propriété indivise ne l'est pas⁵⁰ et la réglementation relative à la gestion de la copropriété adoptée en 1983 a désormais pour finalité générale, sinon d'inciter en tous cas de

⁴⁹-Dans ces conditions, on devrait s'attendre à une intervention rapide du législateur pour assurer la protection de toutes informations susceptibles de servir à l'identification des personnes, exiger que le traitement de ces données passe par le consentement préalable et explicite des personnes concernées, mettre à la charge des entreprises une obligation de se conformer au droit par un auto contrôle du traitement des données, à peine d'engager leur responsabilité, donner aux personnes un droit d'accès et un droit de modification (y compris de retrait) de leurs données et bien entendu, de protéger les mineurs en fixant un âge minimum pour admettre leur inscription à des réseaux sociaux.

⁵⁰-L'article 722 du code civil suggère que l'indivision peut être vécue comme une contrainte insupportable, justifiant ainsi le partage et le morcellement des biens.

ne pas décourager l'acquisition de biens immobiliers individualisés.

42. A ces premières impressions, s'en ajoutent au moins deux autres. La propriété est essentiellement immobilière ; elle est envisagée dans un contexte de forte ruralité⁵¹ et les biens immatériels sont exclus du code civil⁵². Par ailleurs, la propriété n'est pas que privée. Revendiquant en quelque sorte sa qualité d'outil du droit commun, le code civil fait place à la propriété d'Etat non pas seulement pour les biens sans maître et assimilés mais aussi, manifestation de leur importance dans le tissu algérien, des biens immobiliers affectés à « *une administration ou un service public, un établissement à caractère administratif, une entreprise socialiste, une unité autogérée ou une coopérative dans le cadre de la révolution agraire* »⁵³. Cette disposition ne fait pas, cependant, qu'annoncer une législation domaniale⁵⁴. Elle décrit d'une certaine manière le tissu économique qui prévaut en 1975 ; en même temps, elle peut conduire à douter de la centralité du code civil dans le jeu de la régulation économique.

43. Il n'empêche. Si le code civil, comme du reste nombre de ses homologues, ne définit pas vraiment la propriété, en particulier par les fonctions, économique et sociale, qui lui sont assignées, son article 674 s'attache à décrire le propriétaire comme le titulaire en quelque sorte comblé et bienheureux de droits de jouissance et de disposition sur des choses, l'article 676 renforçant sa quiétude en lui reconnaissant un droit aux revenus sur son bien. Sous réserve du traitement des questions de

⁵¹-Comme le montrent par exemple les articles 675 et 683 du code civil.

⁵²-Article 687.

⁵³-Article 688.

⁵⁴-Du reste, la première n'intervient qu'à la faveur d'une loi du 1^{er} décembre 1990, JORA n°44. Elle est remplacée par une loi du 30 juin 1984 (JORA n°27), modifiée en 2008 (JORA n°44). Sur la domanialité publique, cf. T. KHALFOUNE, « Le domaine public en droit algérien ; réalité et fiction », L'harmattan, 20014.

voisinage, la description est davantage construite sur des droits plutôt que sur des obligations d'autant que les restrictions à l'usage de la propriété comme le sont les servitudes sont présentées comme des exceptions.

44. Or on sait déjà combien cette approche est datée et trompeuse à telle enseigne qu'on n'est pas grand clerc pour l'avoir qualifié d'« illusion d'optique»⁵⁵. L'individu ou la personne morale propriétaire a une autonomie restreinte dans l'exercice de ses droits à raison de l'intérêt général exprimé par l'Etat pour des motifs tirés principalement de la sécurité des biens et des personnes, de l'urbanisme, de la protection du patrimoine culturel et de l'environnement.

45. Ce n'est pas tout. Il faut bien, en effet, relever que les droits du propriétaire peuvent être remis en cause par expropriation pour cause d'utilité publique⁵⁶ ou par voie de nationalisation résultant d'une loi⁵⁷ et que le code civil interdit l'appropriation des ressources en eau en même temps qu'en reprenant le slogan « la terre appartient à ceux qui la travaillent », il a consolidé les nationalisations des terres pour cause de « révolution agraire »⁵⁸.

46. Dès lors il devient clair que le code n'a pas réellement emprunté au modèle libéral qui caractérise en général les droits civils au point qu'à envisager seulement son instrument essentiel, le contrat, on peut douter qu'il puisse être l'instrument clé de la régulation économique. Il a été adopté dans un contexte précis qui est juridiquement et se veut officiellement celui d'un

⁵⁵-Introduction générale à la règle de droit en Algérie, EUD et AJED éditions, 2013, §. 195.

⁵⁶-Article 677.

⁵⁷-Article 678.

⁵⁸-Article 692 du code civil et article 1^{er} de l'ordonnance 71-73 du 8 novembre 1971, JORA n°97. A l'image de tous les slogans, cette disposition était fallacieuse dès lors que les terres nationalisées ont été transférées à un fonds, le FNRA et que leur redistribution n'a donné lieu qu'à des titres de jouissance (article 5 et 124 de l'ordonnance précitée). Par conséquent, l'Etat qui en tant que tel ne travaille pas les terres en était le propriétaire, apportant un démenti au slogan érigé en norme juridique.

détachement du droit de l'ex puissance coloniale – encore que -. En tout état de cause, il est plus pertinent de dire qu'il l'a été dans un contexte d'étatisation poussée de l'économie dont il a été avancé qu'elle était justifiée par la nécessité de sa construction.

47. Sans revenir sur le droit immobilier issu de la révolution agraire et sans solliciter dans le détail des textes qui relèvent davantage de la matière économique comme celui relatif à la gestion socialiste des entreprises⁵⁹ et ceux qui portent sur la mise en place de monopoles au profit d'organismes d'état, dont le point d'orgue sera une loi du 11 février 1978 relative au monopole de l'Etat sur le commerce extérieur, la crédibilité des droits reconnus aux propriétaires en particulier par l'article 674 du code civil ne pouvait être qu'extrêmement faible. En tout état de cause, elle ne pouvait que contribuer à marginaliser le code civil dans la réalité de l'édifice juridique algérien.

48. Un exemple particulièrement topique de cette situation se trouve dans la législation relative à la constitution des réserves foncières au profit des communes⁶⁰. Alors que la mesure est justifiée en son principe par des considérations urbanistiques, elle est mal pensée et attentatoire aux droits de propriété. Elle est en effet applicable alors même que les communes ne sont pas obligées de mettre en place au préalable un plan d'urbanisme. Bien plus, elle s'écarte de la philosophie qui préside aux expropriations pour cause d'utilité publique en faisant des communes des acquéreurs de biens dont la consistance est a priori indéterminée, les collectivités communales ayant au surplus la possibilité d'établir annuellement – et pour ainsi dire de manière illimitée et discrétionnaire – une liste de terrains en vue de leur intégration dans leur patrimoine foncier. Quant à la

⁵⁹-Ordonnance 71-74 du 16 novembre 1971, JORA n°101.

⁶⁰-Ordonnance 74-26 du 20 février 1974, JORA n°19.

seule exception à ce type de cessions forcées, celle inhérente à des besoins familiaux, elle n'interviendra que tardivement⁶¹, abstraction faite de ce qu'elle procédait d'une approche purement bureaucratique puisque la dynamique de natalité était tout simplement occultée.

49. Les perturbations générées par le droit des réserves foncières ajoutées à celles encore plus sensibles au plan économique du droit de la révolution agraire vont durer jusqu'à ce qu'une loi adoptée et amendée en 1990 ne vienne abroger les dispositifs existants⁶². Il est vrai que dans l'intervalle, la Constitution du 23 février 1989 invitait à garantir le droit de la « propriété privée⁶³ ».

B/ La propriété dans la constitution

50. La garantie du droit de propriété privée est désormais une constante constitutionnelle. Affirmée en 1989, on la retrouve dans la constitution de 1996⁶⁴ et, dans les mêmes termes, dans celle issue de la révision de 2016⁶⁵. Contrairement au code civil, il apparaît que la Constitution permet de délimiter le domaine de la propriété privée et de s'interroger sur l'étendue de la garantie reconnue au propriétaire.

51. - La garantie de la propriété privée a un domaine qui est circonscrit par opposition à la propriété publique, comme si c'est cette dernière qui est déterminante. Elle est en effet définie comme un « bien de la collectivité nationale »⁶⁶. Mais la question cruciale est celle de la détermination de son périmètre exact dans une perspective de sécurité juridique pour les personnes.

⁶¹-Décret n° 76-28 du 7 février 1976 fixant les modalités de détermination des besoins familiaux des particuliers propriétaires en matière de construction, JORA n°17.

⁶²-Articles 75 et 88 de la loi 90-25 du 18 novembre 1990 (JORA n°49) portant loi foncière, modifiée par l'ordonnance n° 95-26 du 25 septembre 1990 (JORA n°55).

⁶³-Article 49 de la constitution, JORA n°9.

⁶⁴-Article 52.

⁶⁵-Article 64.

⁶⁶-Article 18.

Or s'il est bien vrai que l'une des fonctions éminentes d'une constitution est d'inspirer la confiance, il faut bien constater que sur ce point le texte révisé en 2016 n'est pas des plus rassurants.

52. Sans doute le domaine national est-il défini par la loi⁶⁷ et de manière classique le droit de propriété peut-il être remis en cause par voie d'expropriation soumise à un cadre légal moyennant une indemnité juste et équitable⁶⁸, donc évalué à la date du transfert et au prix du marché. Mais, outre le fait que la notion d'utilité publique n'y est pas définie, il faut aussi remarquer que le constituant a abandonné la condition selon laquelle l'indemnité doit être préalable à la dépossession⁶⁹, alors même que cette condition était posée par l'article 20 de la Constitution de 1996, ce qui, au demeurant, ne fait plus de l'article 677 du code civil une disposition anticonstitutionnelle⁷⁰.

53. D'autre part, il existe bien une approche de la propriété publique dans laquelle on trouve le sous-sol, les mines, les carrières, les sources naturelles d'énergie, l'ensemble des richesses minérales du domaine maritime, les eaux, les forêts ainsi que les transports, les postes et télécommunications. Mais ce catalogue donné par l'article 18 de la Constitution n'est pas exhaustif puisqu'il apparaît que la propriété publique peut être établie par la loi sur d'autres biens. En d'autres termes, la nationalisation de tous biens reste de l'ordre du possible.

54. De ceci, il faut donc déjà déduire que la propriété privée peut faire l'objet de restrictions, soit par application de la

⁶⁷-Article 20.

⁶⁸-Article 22.

⁶⁹-Ce qui est de nature à exclure la possibilité du paiement d'une provision pendant la phase d'évaluation.

⁷⁰-Pour autant, l'article 22 de la Constitution révisée en 2016 n'est pas en phase avec nombre d'engagements internationaux pris par l'Algérie en matière d'investissements, en sorte qu'il existe sur ce point une discrimination qui joue contre les nationaux.

législation sur l'utilité publique soit par une loi spécifique. Il n'y a donc pas d'inviolabilité de la propriété privée, le législateur ayant toute latitude pour la remettre en cause intégralement ou d'en restreindre l'usage. Ce renvoi au législateur signifie en même temps que le constituant ne préjuge pas de l'organisation économique qui doit prévaloir. Tout au plus indique-t-il que c'est aux gouvernants et à eux seuls qu'il appartient de définir, partant de modifier, cette organisation⁷¹.

55. On a, du reste, confirmation de ce constat au moins à travers deux indices. Si en effet la liberté d'investir et de commercer est désormais consacrée⁷², son exercice reste subordonné au respect de la loi. Or il est évident que la liberté d'accès à une activité, à la supposer un instant souhaitable pour toutes activités, n'est rien, si elle ne peut être exercée ou peut l'être à des conditions économiquement insupportables. Par ailleurs, l'interdiction des monopoles est du seul ressort de la loi, la régulation du marché relevant du pouvoir de l'Etat. Il en résulte que le libéralisme de la Constitution n'est pas plus qu'une apparence, ce qui permet d'en déduire que la propriété n'est pas l'expression d'une liberté. Elle est tout au plus une valeur économique assortie de droits pouvant être remis en cause.

56. - Si les mots ont un sens, la garantie de la propriété n'est donc pas garantie des droits du propriétaire, qu'il s'agisse de celui d'user de l'objet de la propriété ou d'en disposer. Le fondement constitutionnel de l'expropriation pour cause d'utilité publique suffit pour justifier cette distinction entre propriété garantie et droits non garantis⁷³. Autrement dit, rien n'exclue une ingérence de l'Etat dans la propriété privée pour restreindre l'exercice du droit de jouissance ou pour remettre en cause le droit de

⁷¹-Dans le même sens, M.L. DUSSART, Constitution et économie, Dalloz, 2015, n°248.

⁷²-Article 43.

⁷³-Comp. M.L. DUSSART, Garantie de propriété et QPC, RFDC 2012, p.805.

disposer dès lors que l'article 64 de la Constitution n'a certainement pas pour objet d'interdire l'interventionnisme étatique. On ne peut donc certainement pas considérer que l'article 674 du code civil qui définit la propriété par le contenu des droits liés soit inconstitutionnel.

57. Si les droits de propriété peuvent être remis en cause, il reste cependant à comprendre cette disposition, ce qui passe inévitablement par un retour sur le concept de garantie. Une garantie est un engagement pris par un garant de s'acquitter d'une dette en lieu et place d'un débiteur, l'engagement étant donné de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de discuter d'une éventuelle faute du débiteur ou, bien entendu, d'une faute du garant au moment où la garantie est mise en œuvre. Or si dans l'article 64 ni le garant ni le débiteur ne sont nommés, il ne peut s'agir que de l'Etat, compte tenu de la nature du texte qui sert de support à la garantie, celui-là même qui détermine et fait évoluer le concept d'intérêt général. Ce qu'enfin de compte la Constitution reconnaît, c'est que la propriété constitue non pas tant une chose qu'une valeur patrimoniale⁷⁴, comme telle garantie par l'Etat.

58. Quelle que soit l'intensité de l'atteinte portée à cette valeur, privation ou restriction, l'Etat est garant de la perte de valeur, en sorte qu'il s'engage à payer la contre-valeur de la perte subie à raison de la remise en cause des droits de propriété ou de l'un de ses attributs. Cette garantie procède d'une disposition générale et elle ne souffre aucune exception. Dès lors, elle ne concerne pas seulement la propriété civile voire la propriété littéraire et artistique mais aussi la propriété commerciale et les propriétés industrielles. De même, elle n'est pas limitée aux seules hypothèses d'expropriation pour cause d'utilité publique.

⁷⁴ Comp. N. MOLFESSIS, op.cit., n°87 et suiv.

Elle peut couvrir des mesures d'effet équivalent à une expropriation comme le seraient des saisies conservatoires et plus généralement des mesures de dépossession arbitraires.

59. A partir de cette étude, au moins deux conclusions s'imposent au titre de la cohérence du système juridique : celle de l'insuffisance notoire du dispositif légal relatif aux droits des personnes, compte tenu des avancées constitutionnelles, celle aussi d'une inadaptation du droit de la propriété non seulement par suite de l'évolution du droit foncier mais aussi en conséquence de la garantie que donne la Constitution aux propriétaires et de la signification qu'elle donne de la propriété : celle d'une valeur économique indemnisable et non pas, comme on pourrait le penser en première intention, le support de droits subjectifs inviolables.