



ELEMENTS DE DROIT JUDICIAIRE ALGERIEN *

par Henri FENAUX **

(1^{re} Partie : L'ORGANISATION JUDICIAIRE)

— 59 —

Chapitre Second LES HOMMES

Si le droit positif algérien comprend un certain nombre de dispositions concernant les juridictions, si l'instance y est au contraire très longuement décrite, en revanche les textes dans leur état actuel évoquent fort peu les hommes, aussi bien le personnel du tribunal que les parties au procès.

Section I

LE PERSONNEL DU TRIBUNAL

S'il est possible de décrire la situation actuelle du personnel du Tribunal en Algérie (112), en revanche il est difficile de traiter des questions juridiques s'y rapportant. Sur le plan de la description, il serait intéressant de rechercher si, à travers l'état actuel de ce personnel du Tribunal il est permis de dégager des lignes susceptibles de laisser prévoir quelle sera la Magistrature algérienne de demain, ou comment seront organisés les auxiliaires de la justice, mais tel n'est pas le but que se propose cette étude. En revanche, il sera malaisé d'analyser le statut et les fonctions des divers membres de la « famille judiciaire », qui, s'ils n'ont plus la même formation, ont en commun le même désir de faire œuvre constructive, dans un même goût de justice et de liberté.

— 60 —

Paragraphe I

Les magistrats

Au moment où nous écrivons, il n'y a pas, en Algérie, de statut de la Magistrature (113). Mais quel est le statut des magistrats qui constituent l'actuel appareil judiciaire algérien ?

* La première partie (chapitre 1) de cette étude a paru dans le numéro 3 de septembre 1967 de la *Revue Algérienne*.

** Chargé de cours à la faculté de droit des sciences économiques d'Alger. (112) Etude qui a été faite pour la période allant jusqu'à la réforme de 1966, et qui précise les lignes de la structure actuelle ; v. note 7 bis l'indication de ce travail de M. LAPASSAT.

(113) Cf. notamment n° 11 supra.

En ce qui concerne leur *choix*, tout d'abord, il ne pouvait être question, lors de la multiplication des juridictions, de remplir les postes en tenant compte des critères classiques en la matière. Sur le plan des connaissances théoriques, la Cour suprême comprend des magistrats tous licenciés en droit ; les chefs de Cours et de Parquets généraux sont peut-être tous licenciés ; quelques conseillers et deux ou trois présidents des grands Tribunaux le sont également. Sur le plan pratique, la plupart des magistrats algériens ont exercé diverses fonctions dans les services judiciaires, ou ont été secrétaires de Parquet.

Il n'est pas aisé de déterminer des critères de choix. Parmi les décisions qu'on peut relever dans la rubrique « mouvements dans la magistrature » à chaque Journal Officiel, on relève parfois que tel magistrat promu est de l'Université, et plus rarement qu'il a effectué un stage au Centre National d'Etudes Judiciaires en France. Pour les autres, c'est-à-dire la plus grande majorité, rien n'est noté. Dès lors, sauf en ce qui concerne les magistrats installés avant la réforme, pour lesquels on peut se faire une idée en se reportant à l'Annuaire de la Magistrature, le recrutement actuel se fait en fonction de critères qui ne sont pas connus et qui ne sont pas susceptibles de l'être. De la même manière les séminaires de formation de magistrats, et les travaux écrits en 1966 pour la parfaire, sont destinés si exclusivement à des magistrats, comme le Bulletin intérieur rédigé par le Ministère de la Justice, qu'il n'est pas possible de connaître les critères de choix et de compétence technique.

Tout au plus, peut-on relever, à travers la lecture du Journal Officiel, que les nominations sont faites par décret, lequel sera suivi de la prestation de serment de l'installation dans les fonctions. Néanmoins, beaucoup de mutations sont faites par arrêtés, et fréquemment elles prennent la forme de délégations dans les fonctions (113 bis). Cette manière de procéder rend inefficace toute recherche en vue de définir également les critères d'avancement des magistrats. La perplexité s'accroît d'autant plus qu'on voit ressurgir des dignités anciennes que l'on croyait disparues, telle celle de *cadi-juge* près telle *mahakma* (114).

— 61 —

Les critères de choix des magistrats étant actuellement obscurs, est-il possible de traiter de l'autre volet de diptique, de compléter alors le statut de la Magistrature, et de parler de l'*indépendance* de de ces magistrats ?

(113) bis) Cf. G. TIMSIT, le statut de la Fonction Publique Algérienne, *Revue Algérienne* n° 2 1967.

(114) Cf. J.O.R.A. du 28 avril 1967, publiant un arrêté du 26 janvier 1967, réintégrant dans des fonctions de *cadi-juge* près la *mahakma* d'Oued-Fodda.

Cf. sur cette question n° 3 supra, et note 7 . décret du 22 juillet 1963 supprimant les *mahakmas* de *cadis*.

Sur le plan pécuniaire, des indices sont affectés aux magistrats, lesquels sont ainsi rattachés à la classification de la fonction publique. Il paraît plutôt s'agir d'une référence que d'une structure légale, puisqu'aucun texte n'a été promulgué d'où résulterait une classification précise selon titre et fonction.

Sur le plan de l'avancement, on sait que le Conseil Supérieur de la Magistrature, qui d'ailleurs ne se réunit plus, n'a pas siégé dans sa fonction de garant de l'indépendance des magistrats. Le Journal Officiel permet de constater la présence d'arrêtés de mutation, de suspension sans traitement, visant tant des magistrats du Siège que ceux du Ministère Public.

En revanche cette indépendance, dont on discerne mal la marque dans les rapports hiérarchiques des magistrats, est à la fois clairement exprimée (115), et efficacement protégée, non seulement par l'usage d'un costume professionnel décrit de façon précise (116) mais encore par une répression pénale spéciale (117) lorsque le magistrat est victime, et une procédure pénale particulière lorsqu'un fait délictueux lui est imputé (118).

Il n'est donc pas excessif d'estimer que, même à défaut de texte, il n'y a pas à proprement parler de statut de la Magistrature actuellement. A tous égards on ne peut que le regretter.

Sous cette réserve, de taille, il est permis d'aborder les deux sortes de magistrats, et d'abord les magistrats du siège.

— 62 —

A. — LES MAGISTRATS DU SIEGE

Ce qui vient d'être indiqué à propos de l'absence de statut de la Magistrature, empêche de traiter de façon utile les deux caractéristiques des magistrats du siège : la protection du magistrat et celle du justiciable.

1°/ *La protection du magistrat du siège.*

Elle n'est pas en effet assurée. L'inamovibilité n'est guère sortie des vœux pieux. L'avancement, on l'a vu, est étranger à tout contrôle des magistrats ; en fait il existe, compte tenu des besoins en personnel du nouvel appareil judiciaire, mais il n'est pas assuré de façon

(115) Cf. supra, n° 11 : art. 62 Const. Alg., et exposé des motifs du statut de la Fonction Publique.

(116) décret n° 66-174 du 8 juin 1966 (J.O.R.A. du 13, p. 577).

(117) Délit d'outrage à magistrat : cf. notamment art. 144 al. 2 Code Pénal algérien, prévoyant une peine d'un à deux ans d'emprisonnement lorsque l'outrage a été commis à l'audience.

(118) Art. 573 et suiv. du Code algérien de procédure pénale, reprenant les dispositions antérieures dans l'intérêt de l'ordre public.

prédéterminée. Cette incertitude s'est traduite jusque dans le droit positif, où un décret du 10 février 1965 (119) a, d'une formule laconique, balayé l'inamovibilité :

« *Nonobstant toutes dispositions contraires, il pourra être procédé par arrêté du Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, aux mutations des tribunaux d'instance et de grande instance* ».

2°/ *La protection du justiciable.*

Lorsque le juge jouit d'une large indépendance, il est souhaitable en revanche, que le justiciable reçoive en compensation, une protection précise. Peut-être est-ce à défaut de la première, toujours est-il que la seconde n'est pas très organisée par le droit positif algérien.

S'il existe, de façon administrative, un contrôle sur les juges par l'envoi d'inspecteurs et par la rédaction de statistiques, s'il existe un contrôle a priori par le moyen des incompatibilités (120), en revanche il y a peu de choses a posteriori. La responsabilité disciplinaire est inorganisée ; ce n'est pas à dire qu'elle n'existe pas, mais aucune procédure ne la gouverne ; il n'y a que la mutation, la suspension ou la révocation, qui échappent à l'initiative précise du justiciable et au contrôle des juges.

C'est seulement sur le plan de la responsabilité pénale et sur celui de la responsabilité civile, que des solutions ont été adoptées par le droit positif algérien, les mêmes d'ailleurs que celle du droit ancien.

a) *Les mesures préventives.*

Sur la responsabilité civile, quelques éléments intéressants concernent tout d'abord les mesures préventives. Les articles 201 à 204 du Code Algérien de procédure civile, visent la *récusation*. Cette procédure est pourtant généralement évitée en procédure. Cependant l'article 204, selon lequel « *Tout magistrat qui sait être récusable au sens de l'article 201, est tenu de le porter à la connaissance de la Cour, laquelle décide s'il doit s'abstenir* ». On pourrait penser que tel est désormais, en droit positif algérien, le seul moyen de désamorcer la procédure de récusation. Toutefois, il n'est pas interdit de penser que le juge récusable préférera se déporter. Ce procédé est d'autant plus commode qu'il s'accompagne d'un simple acte d'administration aboutissant au transfert du dossier d'un juge à un autre, c'est-à-dire d'une sous-section à une autre. Ainsi, il est probable que cette sorte de référé hiérarchique institué par l'article 204, formule rendue presque indispensable par la suppression de la collégialité au tribunal,

(119) Décret n° 65-32 du 10 février 1965, JORA du 16 février 1965.

(120) En Algérie comme dans la plupart des pays, la fonction de juge est incompatible avec l'exercice de toute autre profession industrielle, commerciale, etc..

aura en réalité peu d'applications pratiques. Il paraît donc possible de dire que la procédure de récusation n'aura qu'une portée assez marginale.

— 63 —

Les causes de récusation contenues dans l'article 201 n'offrent guère de particularités ; elles reprennent celles du droit antérieur (121). Toutefois, à certains égards, elles paraissent plus étroites ; c'est ainsi que le droit positif algérien ne voit plus cause à récusation dans la qualité de tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, héritier présumptif ou donataire de l'une des parties. Un tel texte étant logiquement d'interprétation restrictive, il sera difficile de ranger ces cas, où manifestement, on peut craindre que le juge ne soit pas suffisamment libre, sous la rubrique de l'article 201-4° : « *quand le magistrat est créancier ou débiteur d'une des parties* ». De même, la suppression de l'*impedimentum* tiré de la qualité d'administrateur d'une société partie au procès, ne peut être compensée par une lecture large de la notion de parenté ou, mieux, par l'idée de représentation légale prévue à l'article 201-6°. En revanche, le texte algérien est plus large lorsqu'il prévoit la récusation pour parenté ou alliance avec l'un des avocats (art. 201-2°) des parties ; il est vrai que l'avocat se déportera, ou que le litige sera transmis là encore de façon administrative à une autre sous-section.

Telles étant les causes de récusation, sa mise en œuvre est précisée dans l'article 202. La demande en récusation est présentée sous forme d'une requête (122), communiquée au magistrat visé ; celui-ci répond dans les deux jours, par écrit motivé, et fait ainsi connaître son acquiescement ou son refus. Dans les trois jours de la réponse, ou de la non-réponse, la demande est transmise à la Cour suprême si la récusation vise un magistrat de la Cour. On peut penser que cette transmission est faite par acte administratif, et non juridictionnel ; mais cet acte ne peut émaner que du juge dont la récusation est proposée. Il est difficile d'imaginer que celui-ci, au cas notamment de non-réponse, fera de spéciales diligences pour transmettre la demande en récusation ; il n'est pas interdit de penser que le demandeur à la récusation pourrait lui-même saisir la Cour en déposant une requête contenant copie de la première. En tout cas, la Cour, après que son président ait entendu le magistrat visé et le demandeur, statue dans les huit jours de sa saisine.

(121) Cf. art. 378 et 379 C. fr. P.C. Le texte algérien prévoit huit cas : intérêt personnel du magistrat ou de son conjoint ; parenté ou alliance, jusqu'au 4ème degré, entre le magistrat ou son conjoint, et l'une des parties ou son avocat ; procès entre l'une des parties et le magistrat ou son conjoint et leurs parents en ligne directe ; magistrat et créancier ou débiteur d'une partie ; avis ou témoignage ou jugement en premier ressort, émanant du même juge ; magistrat représentant légal d'une des parties ; une des parties au service du juge ; enfin inimitié grave.

(122) Nous verrons plus loin que c'est le procédé normal du droit positif algérien, pour former une demande introductive d'instance.

L'esprit de ce texte est évident : l'incident de récusation doit être tranché au plus vite. Cependant il convient de relever que le texte ne contient aucune sanction. D'abord il n'est pas précisé que la demande en récusation doit être faite *in limine litis*. Sur ce point, il n'est pas certain que l'on puisse trouver une solution, dans ce sens, dans l'article 462 alinéa 1^{er}, puisque celui-ci vise que les « *nullités Ou irrégularités* », à quoi on peut difficilement assimiler une demande en récusation. Toutefois, il n'est pas impossible de faire appel à un principe plusieurs fois exprimé dans le Code algérien de procédure civile (123), selon lequel les incidents ne doivent pas retarder la solution du procès lorsque l'affaire est en état d'être jugée. Ces procédés pourraient à la rigueur décourager le plaideur d'une utilisation dilatoire de cette procédure de récusation. A l'inverse, il est bien évident que la mauvaise foi du justiciable ne saurait être présumée, et qu'il convient de lui permettre de récuser à tout moment, dès qu'il a connaissance d'une cause de récusation, ceci dans un esprit à la fois de protection du justiciable et de bonne et saine administration de la justice. En tout cas, il est certain qu'il persiste en la matière une certaine ambiguïté.

En revanche, il ne semble pas que le défaut de sanction aux délais suivants laisse planer le moindre doute. En effet, et nous aurons l'occasion d'y revenir (124), la réforme de la procédure s'est faite en Algérie dans le sens d'une diminution du contrôle de la procédure par le justiciable. En ce qui concerne la récusation, il est bien évident que la non-transmission du dossier par le juge récusé dans les trois jours qui suivent sa réponse ou son refus de répondre, ne peut être assortie d'une déchéance du droit de récuser. A fortiori, si la Cour ou la Cour suprême ne statue pas dans les huit jours, il ne peut en résulter aucun dommage pour le demandeur à la récusation.

— 64 —

Les effets de la récusation ne sont précisés que pour le cas de rejet, et encore imparfaitement.

D'abord il n'est rien dit des effets de la demande elle-même. Il est toutefois certain qu'il y a lieu à sursis à statuer de la part du juge contre qui la demande est formée. Pour le cas, hautement improbable, où le magistrat refuserait de surseoir, on peut penser qu'il aurait la matière à prise à parie et à appel à fond.

Ensuite il n'est pas davantage question du contenu de la décision de la Cour, ou de la Cour suprême, dans l'hypothèse où la récusation est jugée fondée. Mais s'il s'agit, comme le plus souvent, d'une juridiction à juge unique, encore faut-il saisir un autre juge. Il est concevable que le juge récusé transmette le dossier en l'état à son collègue du même siège, par une décision de nature administrative ;

(123) ainsi aux art. 85, 151, etc...

(124) Cf. infra, seconde partie.

mais de telles décisions restent nécessairement inorganisées, sans effets quant à la prescription ou la péremption, par exemple, et d'autre part sans contrôle par le justiciable, et il n'est pas souhaitable de les multiplier. C'est pourquoi il paraît préférable d'amener la Cour, ce qui peut être fait par conclusions pour le cas où elle ne le ferait pas d'office, à renvoyer devant un juge désigné, la totalité de l'arrêt étant alors juridictionnelle.

En revanche, l'hypothèse où la demande en récusation est écartée par la Cour, est réglementée par l'article 203. Celui-ci indique que le demandeur sera condamné à une amende civile, qui ne paraît pas facultative et qui en tout cas ne peut excéder mille dinars algériens, sans préjudice d'une action en dommages-intérêts. A qui est ouverte cette action ? On peut penser qu'elle est ouverte au juge, injustement récusé, voire à la partie adverse lorsque la manœuvre, rétroactivement qualifiée de dilatoire, a retardé la solution du procès du fond ; cependant, dans ce dernier cas, il semble plutôt que l'on verrait mieux une demande additionnelle au fond, motivée par l'abus de procéder.

— 65 —

Si la récusation donne matière en droit judiciaire positif algérien, à analyse en raison de l'existence de textes, même incomplets, en revanche les autres mesures destinées à prévenir la mise en mouvement d'une action contre le magistrat, n'offrent guère matière à commentaire. Il s'agit des renvois, que le nouveau Code de procédure civile n'aborde guère. On peut toutefois en être surpris, car il est probable que l'option fondamentale de contrôle de la procédure par le juge va requérir précisément le recours à de nombreuses décisions de renvoi, ainsi que nous venons une fois encore de le subodorer en étudiant la matière de la récusation.

Les dispositions visant précisément les renvois nous paraissent régir trois hypothèses. En premier lieu, il s'agit du renvoi en raison de la connexité. L'article 90 permet aux parties de demander le renvoi devant le tribunal saisi du même litige ou d'une demande connexe. Il est évident que la décision de renvoi émanera du tribunal ; on doit penser qu'elle émanera du tribunal saisi postérieurement, et qu'elle suivra des conclusions prises par le défendeur à cette instance, demandeur à l'instance antérieure. Ce renvoi pour connexité, et sa voisine l'ordonnance de jonction, prévue à l'article suivant pour le cas où les deux instances sont pendantes devant la même juridiction, ne paraissent pas être des décisions juridictionnelles, mais plutôt des actes d'administration, qui permettent d'éviter des décisions contraïres. Cependant, leur nature même empêche le justiciable de former une voie de recours contre une telle décision, ou contre le rejet de la demande en renvoi ; c'est pour cette raison qu'il est raisonnable de les ranger dans les mesures préventives, car à leur défaut, il faudra utiliser la méthode curative que constitue la prise à partie.

Avant d'aborder celle-ci, il convient de citer les deux autres hypothèses où les textes abordent la matière des renvois. Il s'agit d'abord du renvoi pour suspicion légitime. L'article 302 rend la Cour suprême compétente lorsque la juridiction visée n'a aucune autre juridiction au-dessus d'elle. Ceci concerne les Cours. Il convient d'admettre que celles-ci seront compétentes lorsque la juridiction visée est le tribunal, même si celui-ci statue en dernier ressort en raison du taux de la demande. A la vérité, compte tenu de l'absence de collégialité au tribunal, il semblerait que le justiciable ait une option, entre la demande de renvoi pour suspicion légitime et la récusation. On en arriverait même à ne plus voir l'intérêt du premier terme, sauf peut-être dans les cas d'échevinage. Mais faut-il admettre une demande fondée sur la suspicion légitime lorsque celle-ci vise surtout des assesseurs ? Si l'on répond affirmativement, ne faut-il pas écarter de son champ d'application les cas où les assesseurs n'ont que voix consultative, c'est-à-dire la section commerciale ?

Un mot enfin en ce qui concerne le renvoi pour cause de sûreté publique. L'article 299 vise cette dernière hypothèse, et donne l'initiative au procureur général près la Cour Suprême, afin de saisir cette dernière juridiction. Celle-ci statuera dans les huit jours, en chambre du conseil formée du premier président et des présidents de chambre.

— 66 —

b) *Les mesures « curatives ».*

Les mesures destinées à prévenir la mise en œuvre d'une procédure contre le magistrat sont telles que les mesures « curatives » deviennent presque des hypothèses d'école. Ceci est vrai lorsqu'est posé le principe de l'irresponsabilité civile des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions. Ceci reste vrai aussi en l'absence d'énoncé de ce principe, que l'on regrette de ne pas trouver exprimé dans les nouveaux textes algériens (125). Malgré ce silence, il convient d'estimer que l'irresponsabilité civile des juges dans l'exercice de leurs fonctions, reste un principe majeur du droit positif algérien. On va pouvoir s'en assurer en étudiant les mesures curatives, c'est-à-dire la *prise à partie*.

Les conditions de fond et de forme sont assez classiques, encore que certaines requièrent quelque peu l'analyse. Les cas d'ouverture sont indiqués dans l'article 214. Ce sont, en premier lieu le dol,

(125) Il est vrai qu'il ne l'était pas dans la Constitution du 8 septembre 1963, où l'art. 62 indiquait que le magistrat obéissait à la loi et aux intérêts de la Révolution Socialiste ; ce texte ne citait pas l'intime conviction du juge, qui cependant continua d'être indiquée formellement, et l'est encore aujourd'hui, dans la formule de prestation de serment. Il est possible de rappeler ce principe d'irresponsabilité du magistrat dans un texte portant statut de la magistrature, mais on gagnerait à la proclamer plus solennellement.

la fraude ou la concussion (126), en second lieu les cas légaux (en sanction d'obligations positives du juge, que l'on voit mal) et en troisième lieu déni de justice. Sur ce point, l'article 215 donne une définition intéressante (127) : « *il y a déni de justice, lorsque les juges refusent de statuer sur les requêtes ou négligent de juger les affaires en état d'être jugées* ». Cette formule est très générale, car toute instance commence, en droit positif algérien, par une requête.

On hésitera à ranger, parmi les conditions de forme, l'absence de recours parallèle qui paraît ressortir de l'article 217, car cette exigence vise plutôt le fond. L'article 217 dispose ainsi : « *la prise partie ne peut être exercée que si le demandeur ne dispose pas d'une autre voie de recours pour faire valoir ses prétentions* ». De ce texte, il semblerait résulter, très simplement, que le juge auteur d'un dol, par exemple, ne peut être pris à partie lorsque le justiciable lésé dispose de l'appel ; en effet, ce justiciable pourra obtenir une réformation devant la Cour. Mais deux observations viennent immédiatement à l'esprit. D'une part, de quelles « prétentions » s'agit-il ? Si l'on entend par là la demande au fond, tout est clair (128) : il n'y aura pas de prise à partie lorsque la décision aura été rendue en premier ressort ; tout est clair, mais surprenant : où est, dès lors, la sanction contre le juge abusif ? D'autre part, et toujours sur la première observation, ne faut-il pas comprendre, dans les « prétentions » du justiciable, outre sa demande au fond, la réparation du préjudice qu'il a subi du fait exclusif de la décision abusive ? Ce préjudice, qui n'est peut-être pas seulement issu du retard, peut n'être pas dû à la partie adverse, et sa réparation ne sera pas alors mise à sa charge.

Voilà une première observation qui gêne l'interprète de l'article 217. Il en existe une seconde. En effet, parmi les voies de recours, il y a le recours en cassation, outre le recours en rétractation, en requête civile dirions-nous, des articles 194 et suivants : dès lors, il y a toujours une voie de recours sauf contre les arrêts de la Cour Suprême (129). Va-t-on limiter la prise à partie aux seules hypothèses où le pourvoi aura été rejeté parce qu'il s'agit d'une question de fait échappant à la juridiction de la Cour suprême, alors que l'appréciation de ce fait dépendait précisément de la pièce que le magistrat abusif aurait soustraite ? Autant vaudrait supprimer les articles 214 à 219 du Code.

De legæ ferenda, des précisions paraissent indispensables. En attendant, il serait raisonnable de limiter le recours parallèle à la

(126) L'art. 214 est très proche de l'art. 505 C.P.C. français (mod. par L. 7 février 1933), sauf sur ce point, où le premier est plus étroit et ne cite plus la faute lourde professionnelle ajoutée au texte français par L. 7 février 1933.

(127) reprise de l'art. 506 C.P.C. français.

(128) sauf en ce qui concerne les réserves qui devraient être précisées dans l'acte d'appel, afin de se ménager la prise à partie.

(129) les magistrats de la Cour Suprême sont formellement exclus du champ d'application de la prise à partie, par l'art. 214

voie d'appel. Sinon, on risque d'arriver à inviter ainsi les plaideurs à négliger volontairement les voies de recours, et à susciter, à l'inverse du but évident du législateur, de nombreuses prises à partie.

Ce risque est d'autant plus grand que les textes relatifs à la matière ne prévoient aucun délai. Il n'est pas question de faire ici application du délai d'un an de la péremption d'instance, car l'instance en prise à partie est distincte du procès au fond. Doit-on se reporter à la prescription décennale des actions personnelles et mobilières, ou, mieux, doit-on estimer que la prescription de la prise à partie est échue en même temps que celle visant le fond du procès où l'abus a été commis ? Là encore une précision de texte paraît indispensable.

— 67 —

Il existe une autre condition de forme, spéciale au cas où la prise à partie est fondée sur le déni de justice. A l'instar de la procédure prévue à l'article 507 du Code français de procédure civile, l'article 216 exige, avant la prise à partie, deux réquisitions au juge de huit jours en huit jours, par le greffier qui procèdera sur injonction écrite et sous la forme d'une sommation, à peine de révocation.

C'est la Chambre Civile de la Cour Suprême qui jugera la prise à partie, siégeant en chambre du conseil à cinq magistrats. L'article 218 n'indique aucun délai.

Quant à l'article 219, il ne traite des effets de la prise à partie qu'au cas de rejet (130), avec une amende civile et des dommages-intérêts à la charge du justiciable débouté. Rien n'est dit pour l'hypothèse inverse. Il aurait été souhaitable de préciser si la Cour Suprême doit annuler la décision et renvoyer pour juger au fond, si le juge peut être condamné à des dommages-intérêts, sans préjudice de sanctions disciplinaires, et si l'Etat est ou non civilement responsable. Les premiers termes paraissent en tout cas évidents.

Mais le moins qu'on puisse dire est que la prise à partie, moyen unique de mise en œuvre de la responsabilité civile des magistrats du siège, n'est pas d'un usage commode. Le plus, est que, dans l'état actuel des textes, aucune prise à partie n'est possible.

— 68 —

B. — LES MAGISTRATS DU MINISTERE PUBLIC.

Les textes portant réforme de l'organisation judiciaire en Algérie, sont minces en ce qui concerne le Ministère Public. Ils le sont encore davantage sur le rôle du Ministère Public dans le procès civil.

(130) Comme pour la récusation : cf. n° 64 supra.

1°) *Le personnel du Ministère Public.*

a) Organisation.

Le décret n° 65-279 du 17 novembre 1965 (131), indiquait dans son article 8 que le procureur général représentait le Ministère Public « *auprès de la Cour et des tribunaux dépendant du ressort de ladite Cour* ». Très nettement, l'alinéa 2 du même texte ajoutait : « *Le procureur général adjoint, les substituts généraux, les procureurs de la République, les procureurs adjoints sont substituts du procureur général* ».

Tels sont les membres du Ministère Public, où on relèvera, au Parquet Général la disparition des avocats généraux, et au Parquet de la République celle des substituts. Mais cette dernière expression, Parquet de la République, paraît avoir perdu une partie de son contenu. En effet, même si traditionnellement la subordination est la règle en ce qui concerne le Ministère Public, il n'en est pas moins vrai que le texte du 17 novembre met fin à cette sorte d'autonomie de fait qu'avait le Parquet du Procureur de la République.

Les articles 33 et suivants du Code de Procédure pénale du 8 juin 1966 ont repris cette innovation. On lit même, dans l'article 35 : « *le procureur de la République (...) représente, auprès du Tribunal, le procureur général* ».

On pourra ne voir, dans ces textes, qu'un simple changement de terminologie. Cependant il semble qu'il convient d'y noter la marque de l'une des idées essentielles du législateur, idée déjà aperçue (132) selon laquelle, même si en droit le tribunal est la juridiction de droit commun, en fait l'unité de base paraît être, en matière juridictionnelle, la Cour. En ce qui concerne le Ministère Public, les difficultés actuelles de recrutement des magistrats ont conduit également à diminuer l'initiative des procureurs de la République et des procureurs adjoints, qui sont nombreux et souvent éloignés.

b) Statut.

Il est inutile de relever à nouveau l'absence actuelle de statut de la Magistrature, et a fortiori l'absence de statut des magistrats du Ministère Public. Ce qui a été indiqué de façon générale permet de trouver un contenu légal réduit à l'un des deux principes traditionnels : les membres du Ministère Public sont des magistrats.

En revanche, le second principe, selon lequel ces magistrats forment un corps, s'est trouvé renforcé par les textes qui viennent d'être cités. *L'indivisibilité* s'est accrue par suite de la disparition de la sorte de personnalité morale qu'avait le Parquet de la République. Du même coup la *hiérarchie* a été renforcée, hiérarchie de fonctions emportant emportant la subordination la plus nette. Toutefois, si ce lien de

(131) J.O.R.A. du 23, page 984.

(132) cf. notamment n° 14 supra.

dépendance s'entend vis-à-vis du procureur général et du Garde des Sceaux, il exclut toute intervention directe de l'Etat au procès au lieu et place du Ministère Public. En outre, l'adage « la plume est serve, mais la parole est libre » continue de permettre, après des réquisitions écrites liées, un réquisitoire oral libre, ainsi que l'établit l'article 31 du Code de procédure pénale.

Tels sont les éléments du droit positif algérien en ce qui concerne le personnel du Ministère Public éléments peu nombreux mais qui permettent d'avoir une vue assez nette des choses à cet égard. En revanche, les données sont beaucoup plus floues en ce qui concerne ses fonctions.

— 69 —

2° *Le rôle du Ministère Public au procès civil.*

En dehors des attributions judiciaires contentieuses qui retiendront plus longtemps l'attention, le Ministère Public a traditionnellement deux sortes de fonctions ; il aurait été opportun de les réaffirmer dans les textes généraux. Dans le silence de ceux-ci, et en attendant notamment la promulgation d'un Code Civil algérien, il convient toutefois de considérer ces fonctions comme maintenues.

✱ Il s'agit tout d'abord des *fonctions extra-judiciaires*. Au premier rang de celles-ci, il faut citer la surveillance des greffes ; compte tenu de l'énorme accroissement du rôle du greffier dans la procédure algérienne (133), et de la nature administrative de son statut, emportant une inadéquation totale de toute responsabilité personnelle du greffier en face du justiciable, il serait souhaitable que le contrôle exercé par le Ministère Public cessât d'être platonique. En second lieu, la vérification de l'état civil requiert, pour le Ministère Public, un soin vigilant, compte tenu de ce que, notamment, les mariages ne sont pas toujours transcrits, ou sont conclus parfois sans respecter les âges légaux : là encore un texte serait utile, qui contienne un rappel du rôle du Ministère Public. Enfin, en ce qui concerne la troisième attribution extra-judiciaire essentielle, la protection des mineurs, nous allons aborder cette question en envisageant les attributions judiciaires contentieuses du Ministère Public.

✱ Auparavant, il est nécessaire d'évoquer les *attributions judiciaires gracieuses*. En dehors de l'apposition de scellés, par exemple, le champ de ces attributions est vaste, qui comprend notamment l'intervention du Ministère Public dans la procédure d'attribution d'un nom patronymique (134), dans laquelle, en pratique, le Procureur paraît faire davantage que de recevoir la communication de la requête du demandeur, et aller jusqu'à présenter lui-même la requête au tribunal.

(133) Cf. infra, n° 73 et suivants.

(134) Ord. n° 61-102 du 31 janvier 1961 (J.O.R.F. du 1^{er} février, p. 1204) qui paraît reconduite.

Quelqu'importantes que soient ces attributions, extra-judiciaires ou judiciaires gracieuses, du Ministère Public, il n'en demeure pas moins que ses *attributions judiciaires contentieuses* sont plus importantes. Cette matière est particulièrement délicate, car les solutions peuvent aller du libéralisme le plus complet, à partir de l'idée selon laquelle le procès civil ne concerne que les personnes privées, à l'interventionnisme le plus poussé, motivé par une conception extensive de l'ordre public.

On aurait pu penser que le législateur, ayant égard aux options de l'Algérie, entreprit de donner un contenu précis ou extensif à la notion d'ordre public, moteur de l'action du Ministère Public en matière de procédure civile. Pourtant la lecture des textes nouveaux, ne permet pas de dégager une ligne générale permettant de définir la conception actuelle de l'ordre public algérien (135). A la vérité, il convient de rappeler que le Code algérien de procédure civile est un outil technique, et qu'il n'est peut-être pas opportun d'y rechercher des idées directrices. On sera peut-être alors amené à dire que, une chose étant la marche du procès, requérant une législation, une autre chose est l'ordre public, qui va sans dire, et pour la compréhension duquel il convient de se reporter à la jurisprudence.

Toutefois, outre que celle-ci est peu connue, ce qui va sans dire va mieux en le disant. Et, comme pratiquement rien n'est dit à ce sujet, la question reste entière de savoir quel est le tracé de la frontière séparant la *voie d'action*, où le Ministère Public est « partie principale », de la *voie de réquisition*, où il doit se contenter d'être « partie jointe ».

La question n'est peut-être pas d'une actualité brûlante, car en fait, le Parquet n'est que censé présent devant les juridictions civiles algériennes. Toutefois, lorsque notamment cessera l'actuelle difficulté de recrutement dans la magistrature, on regrettera de ne pas trouver dans les textes actuels des données permettant de déterminer le choix entre les deux modes d'intervention du Ministère Public au procès civil.

Ce n'est point ici le lieu de rappeler les divergences d'interprétation de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, ni les arguments présentés en faveur de l'interprétation tantôt extensive, tantôt restrictive de cette disposition, à l'aide de textes pris postérieurement en des matières particulières. Faute d'indication dans la législation algérienne, on peut penser que la jurisprudence antérieure (136) sera reconduite, qui restreignait la voie d'action aux hypothèses où l'intérêt public est « principalement en jeu », lorsqu'il y a une « atteinte directe et principale à l'ordre public », ceci dans le sens du libéralisme. Quant

(135) ce qui pourrait être l'objet d'une étude intéressante.

(136) Cf. Notamment C. Cass. Fr. Ch. Civ. 7 mars 1944, S. 1945 I. 3, et 4 déc. 1946, S. 1947 I. 43, après Civ. 30 nov. 1920, D. 1921. I. 177 note Savatier et S. 1921 I. 241 note Morel.

aux « cas légaux » permettant au Ministère Public d'agir comme partie principale, on peut penser. en attendant un Code Civil algérien, qu'il convient d'y comprendre les hypothèses de garde d'enfant, d'inceste, de déchéance de la puissance paternelle (137), d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire, et plus probablement de rectification des actes de l'état civil. Cependant il n'est pas exclu que le droit musulman, d'esprit peut-être individualiste, ait à rencontrer en cette matière la doctrine socialiste des pouvoirs publics.

Si l'on définit dès lors la voie d'action comme une mesure exceptionnelle, dont on ne trouve trace dans le Code algérien de procédure civile qu'au sujet du pourvoi dans l'intérêt de la loi (138) et de renvoi pour cause de sécurité publique (139) et dans l'énoncé de la formule exécutoire, on devrait admettre qu'il n'y a pas de problème en ce qui concerne la voie de réquisition, voie normale d'intervention du Ministère Public au procès civil. Cependant il convient de noter qu'aucune liste de ce que l'on appelle les « affaires communicables » n'est donnée dans le Code. On sait seulement que le Ministère Public intervient contre l'avocat qui a manqué à son serment à l'audience (140), et que la requête en règlement de juges lui est communiquée (141), alors qu'il faut probablement se reporter au Code de procédure pénale pour l'exercice de la contrainte par corps (142).

Il sera particulièrement intéressant de suivre la jurisprudence en cette délicate matière, qui situera mieux le rôle des magistrats en face des parties. On saura ainsi si la procédure reste ou non la chose des justiciables, ou si elle devient celle des juges, sachar n'est pas celle des auxiliaires de la justice.

— 71 —

Paragraphe II

Les auxiliaires de la justice

En 1962, l'Algérie connaissait les auxiliaires de justice il existaient en France, greffiers, huissiers, avoués et avoca syndics et experts ; en outre, il existait au tribunal, plus ex dans le cadre des mahakmas de cadis, des auxiliaires pa adels, bachadels et aouns, et les justiciables pouvaient être ces mêmes juridictions, défendus par des oukils judiciaires. Les

(137) notamment dans ce domaine, il semble bien que, depuis j aucune déchéance n'ait été prononcée.

(138) Art. 297 C.P.C.

(139) Art. 299. En revanche, le M.P. n'est pas cité dans le re suspicion légitime.

(140) art. 32 C.P.C.

(141) Art. 209.

(142) Art. 407 à 412 C.P.C., ce dernier renvoyant aux « dispos contraires du C.P.P. ».

faites en 1962-1963 (143), avaient uniformisé les juridictions ; il était assez malaisé de donner une place exacte aux anciens auxiliaires des juridictions dites de statut local, qui furent toutefois plus ou moins maintenus ; les oukils judiciaires plaidèrent devant les tribunaux d'instance et de police.

La réforme de novembre 1965 - juin 1966 a profondément modifié la matière. Les avoués et les huissiers furent supprimés par l'article 477 du Code de procédure civile, complété par les décrets n° 66-165 et 66-166 portant également la date du 8 juin 1966. Les greffiers se virent attribuer, outre leurs fonctions normales concernant le secrétariat du tribunal, de nouvelles tâches héritées des huissiers, voire des avoués, des syndics et des commissaires-priseurs. Les textes ne parlèrent pas des adels, bachadels et aouns, que l'on vit cependant continuer instrumenter assez souvent, plus ou moins commis à titre d'expert. Les textes ne visèrent pas davantage les oukils judiciaires, qui profitèrent de la fusion réalisée entre tribunaux d'instance et de grande instance, pour plaider devant les tribunaux. Quant aux avocats, le Code de procédure civile parut les absorber dans une nouvelle catégorie, celle des « défenseurs » (144), tout en parlant de « mandataires » (145), vocable permettant des confusions entre le mandataire *ad litem* spécial, et l'avocat, ce dernier étant volontiers appelé mandataire par les juges. Pourtant un décret du 23 avril 1965 (146) avait réglementé la profession d'avocat, du moins en partie.

Cette situation assez confuse fut éclaircie par deux ordonnances du 27 septembre 1967 (147), visant les avocats et de nouveaux auxiliaires : les défenseurs de justice.

Tel est l'état des textes, qui va permettre de rechercher les éléments qui paraîtront essentiels à la description des auxiliaires de la justice en droit positif algérien, tant des auxiliaires des juges que ceux des justiciables.

— 72 —

A. — LES AUXILIAIRES DES JUGES.

Dans cette première catégorie d'auxiliaires de la justice, un personnage s'est vu attribuer une place de choix : le *greffier*. C'est pourquoi c'est de lui qu'il sera question ici à peu près exclusivement, sauf à dire quelques mots des experts.

(143) Cf. supra, n° 3 et note 7.

(144) Ainsi dans l'article 32 C.P.C., où il est constamment parlé des défenseurs sauf pour préciser une sanction, la « radiation du tableau des avocats ».

(145) Art. 33. C.P.C. : « les parties ou leurs mandataires et avocats ... »

(136) Décret n° 65-123, J.O.R.A. du 27.

(147) Ordonnance n° 67-202 portant organisation de la profession d'avocat, et ord. n° 67-203 relative à la profession de défenseur de justice (J.O.R.A. du 3 octobre).

Il convient de décrire les fonctions du greffier, et de rechercher quel est son statut.

1°/ *Les fonctions du greffier.*

Traditionnellement, le greffier est le secrétaire du tribunal. La réforme de 1966 a fait du greffier le personnage central de la procédure algérienne.

a) *Fonction traditionnelle.*

A l'audience, le greffier tient le plume, il écrit sous la dictée du juge ; il transcrit les déclarations des témoins et, chose importante en pratique algérienne, il note les « exposés » des parties qui se présentent en personne.

En dehors de l'audience, le greffier tient un rôle. Il est le gardien des minutes et des dossiers et délivre, après le jugement, grosse et expéditions. Il tient divers registres, particulièrement le casier judiciaire, le registre de commerce, le registre des protêts, celui des nantissements, etc...

On notera qu'il est toujours question du greffier, pris au singulier. Or, au moins à Alger, il existe en pratique quatre greffes, civil « ordinaire », civil-référé avec la matière pénale, commercial et prud'homme, ceci étant peut-être la conséquence du maintien provisoire des formes particulières de procéder par l'article 474 du Code de procédure civile. On pourrait d'ailleurs, de la même façon, relever que le greffe de la Chambre administrative de la Cour est parfaitement distinct du greffe « ordinaire » de la Cour. Cette remarque vaut, tant pour les fonctions traditionnelles du greffier que pour les nouvelles.

— 73 —

b) *Fonctions nouvelles du greffier.*

Après le Code de procédure civile qui a supprimé les huissiers, le décret n° 66-165 du 8 juin 1965 (148) a, de la façon la plus nette, précisé que toutes « citations, notifications ou sommations, tous exploits nécessaires pour l'exécution des actes, décisions ou mandements de justice, sont faits, près les cours et les tribunaux, en toutes matières, par actes du greffe institué auprès de chaque juridiction. Il en est de même pour les constatations, sauf s'il en est autrement ordonné par la loi, les règlements, ou par justice. » L'article 4 institue dans chaque greffe, un service d'exécution. Dès lors, celui que la pratique a appelé très vite « l'agent d'exécution » ne peut pas être considéré comme un personnage indépendant : c'est un agent du greffe.

On verra donc le greffier, agissant par son subordonné l'agent d'exécution, intervenir à tout moment dans la procédure. D'abord,

(148) J.O.R.A. du 13, p. 573.

il assurera la préparation de l'instance, en faisant des constats, en délivrant des commandements, sommations et autres protêts. Ensuite, c'est encore lui qui mettra l'instance en mouvement, puisque c'est lui qui pourra rédiger le procès-verbal de requête introductive d'instance lorsque celle-ci lui aura été exposée verbalement ; on perçoit aisément le danger de ce rôle hérité de l'avoué. Le danger est plus grand encore dans cet autre rôle moteur qui a été donné au greffier : le pouvoir de convoquer les parties, d'abord en conciliation, ensuite au fond. Il est vrai que, dans les deux cas, les dispositions réglant la matière (149) indiquent que c'est le juge qui convoque ; pourtant, au moins pour la convocation en conciliation, le juge n'a pas connaissance du litige, et aucune requête n'est exigée du justiciable, qui permettrait au juge de fixer effectivement une date pour la tentative de conciliation, de sorte qu'en pratique, dans la plupart des cas, c'est le greffier, et lui seul, qui fixe cette date. En outre, si le destinataire de la convocation n'a pas de résidence connue en Algérie, la convocation sera signifiée par le greffier lui-même, qui fera toutes diligences pour tenter de procurer une comparution effective.

Ce greffier, qui a préparé l'instance, qui a délivré les assignations, qui va signifier — qui va recueillir éventuellement la déclaration d'appel — c'est encore lui qui fera commandement de payer lorsque le jugement sera définitif, et qui diligentera les voies d'exécution. Dans le cadre de ces dernières, c'est encore le greffier, héritier cette fois de l'avoué, qui rédigera le cahier des charges au cours de la procédure de saisie immobilière (151).

— 74 —

Le tableau des pouvoirs du greffier ne serait pas complet si l'on omettait de citer l'article 5 du décret n° 66-165 du 8 juin 1966 : « Dans chaque greffe de Cour, un service assure spécialement les fonctions de syndic de faillites, d'administrateur judiciaire et de séquestre ».

La deuxième fonction peut-être rapprochée de la première, et viserait alors la qualité d'administrateur aux règlements judiciaires, à moins qu'elle ne fasse partie de la troisième, qu'elle étendrait ainsi.

Quoiqu'il en soit, ce texte charge encore le greffier de nouvelles attributions. Mais convient-il d'y voir un monopole du greffier de la Cour ? C'est en tout cas ainsi que la pratique paraît l'interpréter (152). Pourtant, même si le texte paraît établir cette institution, il n'en

(149) Art. 18 et 21 C.P.C.

(150) Art. 22 alinéa 2 C.P.C.

(151) Art. 386 C.P.C.

(152) décisions non publiées, rétractions pour ce motif la nomination d'un greffier de tribunal comme séquestre (Trib. El Harrach, juge des référés).

demeure pas moins qu'elle ne paraît pas avoir le monopole de ces attributions. On voit mal comment le greffier de la Cour pourrait utilement gérer des biens qui seraient matériellement situés à cent kilomètres et plus de son greffe, où ses fonctions sont déjà particulièrement lourdes, à moins qu'il lui soit possible d'en déléguer une partie à une personne, par exemple un greffier de tribunal, qui serait sur place. En tout cas, il semble bien que, pour éviter d'utiliser ce greffier de Cour, lointain et surchargé (153), les justiciables tentent en pratique, de recourir à des personnes privées en les chargeant des fonctions de séquestre. Ainsi est-il fait parfois échec à l'esprit de concentration, à l'avantage d'officines et autres intermédiaires qui peuvent ne pas présenter beaucoup de garanties.

Ces garanties, en revanche, devraient être aménagées en ce qui concerne ce greffier aux pouvoirs si étendus.

Le sont-elles en réalité ?

— 75 —

2°/ *Le statut du greffier.*

Le législateur de 1966 a introduit en Algérie le greffier que connaissait le Maroc. Le statut du greffier marocain est nettement défini, en raison précisément de ses multiples fonctions (154) ; pour le recrutement et l'avancement, des conditions de connaissances théoriques, souvent voisines de la licence en droit, s'ajoutent aux stages et examens professionnels ; une responsabilité disciplinaire est aménagée.

En Algérie, il existe un choix, sans critères légaux, suivi d'une prestation de serment. On sait simplement qu'une section de greffiers exista au Centre de Formation Administrative, où quelques élèves reçurent une formation accélérée, et que la section d'études judiciaires de l'Ecole Nationale d'Administration n'intéressera que les futurs magistrats. Dès lors les greffiers actuellement en fonction, quoiqu'alignés sur le statut des autres fonctionnaires en ce qui concerne leur rémunération, bien que hiérarchisés entre eux, ont une origine incertaine ; en fait, la plupart d'entre eux paraissent avoir exercé précédemment des fonctions de commis-greffiers catégorie dans laquelle furent aussi recrutés bon nombre de magistrats.

Si on peut penser qu'avec le temps, les difficultés de recrutement s'atténuant, un statut rigoureux sera établi, en revanche c'était dès le 15 juin 1966, date d'application de la réforme judiciaire, que des garanties devaient être prises en face de ces greffiers dotés de pouvoirs exorbitants, garanties d'autant plus nécessaires que le recrutement était

(153) Ce greffier qui doit verser les fonds reçus à la Caisse Centrale des greffes.

(154) Cf. J. CAILLE, op. cité sur l'Organisation Judiciaire et la procédure marocaines, pp. 169 et suiv.

difficile. Or, aucun texte n'a été rédigé, qui permet au justiciable d'être rassuré.

Si l'on considère simplement l'origine de l'exploit du greffier, force est bien d'admettre que le justiciable ne choisit pas le greffier, ni l'agent d'exécution qui instrumentera. Dès lors il n'y a pas davantage de responsabilité contractuelle du greffier c'est-à-dire pas de responsabilité individuelle, et ceci est extrêmement grave. Si grands sont les pouvoirs du greffier, qu'ils peuvent à chaque instant léser le justiciable, par une notification différée, une convocation retardée, un constat manqué... Or, devant ce personnage si important, le justiciable n'a d'autre ressource que d'essayer de mettre en œuvre une responsabilité disciplinaire qui ne lui donne pas satisfaction, ou une responsabilité pénale où sa réclamation civile sera illusoire.

Il reste au justiciable la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat, que l'article 7 du Code de procédure civile paraît vouloir faire apprécier par la Cour (155). Cette solution est curative, déjà ; elle est aussi fort peu pratique puisque, même devant la Cour, la procédure commence par une requête introductive et n'arrive pratiquement à l'audience que par le canal du greffier, en fait assez tard ; en outre, on sait la jurisprudence relative à l'indemnisation de la « perte d'une chance ».

Voilà donc installé en Algérie un système nouveau, d'apparence très bureaucratique pour le justiciable qui avait l'habitude des relations directes et personnelles avec son huissier. Il semble que ce système, qui fût défini comme une option fondamentale de la réforme judiciaire, a été dit inévitable en raison de l'absence d'huissiers dans certains ressorts ; pourtant des huissiers suppléants avaient été nommés, et il eût été concevable de généraliser le système en nommant des huissiers dans les principaux ressorts, quitte à permettre, dans les autres, aux greffiers de cumuler leurs fonctions avec celle d'huissier. En tout cas la pratique paraît démontrer que cette innovation n'a eu pour résultat certain que de ralentir la procédure, et de lui rendre le justiciable encore plus étranger. Quant aux praticiens, ils ont mesuré, rétrospectivement, la place de l'huissier dans la procédure civile.

— 76 —

L'éventail des auxiliaires des Tribunaux s'est réduit en proportion de l'accroissement des fonctions des greffiers. En dehors de ceux-ci, il ne reste plus à citer que les *experts*, puisque même les fonctions de commissaire-priseur ont été confiées aux greffiers (156).

Un arrêté du 8 juin 1966 fixe les modalités d'inscription et de radiation sur les listes d'experts. Ce texte prévoit les conditions d'ad-

(155) Cf. nos 28 et suivants supra.

(156) Décret n° 66-170 du 8 juin 1966 (J.O.R.A. du 13, p. 574), où l'art. 21 indique clairement que « les offices de commissaire-priseur sont supprimés ».

mission, nationalité, âge, absence de condamnations ou de faillite ou de règlement judiciaire ou de révocation d'un office ministériel ou d'un ordre, et production de justifications concernant la compétence théorique et pratique. La demande est faite au procureur près la Cour. C'est celle-ci qui, en assemblée générale, dresse tous les ans, la liste des experts, sous réserve d'homologation par le ministre de la Justice. Il en est de même pour la radiation. L'expert inscrit prête serment une seule fois devant la Cour. Le jugement d'avant-dire droit qui le nomme lui indique une mission et lui impartit un délai. L'article 5 de l'arrêté du 8 juin 1966 sanctionne ce délai de façon ambiguë, en indiquant : « *l'expert qui n'accepte pas de remplir sa mission ou qui ne l'exécute pas dans les délais prescrits sans motif légitime, ne doit être maintenu sur aucune liste* », ce qui paraît être une radiation retardée, sous forme d'omission de l'expert défaillant lors de la prochaine révision du tableau.

A partir de l'article 50 du Code de procédure civile, on doit admettre que le tribunal peut désigner un expert qui ne figure pas sur le tableau des experts. En ce cas, l'expert choisi prêtera serment avant de remplir sa mission, sauf s'il en est dispensé par les parties. Mais aucune condition de choix ne paraît imposée au juge, pas plus que l'accord des parties à une telle désignation. C'est cette liberté de choix hors liste qui a permis en pratique le maintien de certains anciens auxiliaires de la justice musulmane, tels les bachadels à qui sont volontiers confiées des missions à mi-chemin de la signification et de l'expertise.

Cette pratique peut être justifiée par référence à l'article 474 du Code. Pourtant, si le recours aux formes anciennes de procéder contient l'utilisation d'agents des mahakmas, encore faut-il que ces agents aient une existence juridique en tant qu'agents de la nouvelle procédure. Or précisément, et de façon indiscutable, ce n'est pas le cas. Il serait souhaitable qu'une position ferme fût prise sur ce point ; elle l'a peut-être été (157) mais en tout cas l'application n'est pas perceptible. Une telle position participerait à empêcher le justiciable de croire que la réforme judiciaire de 1966 a eu pour principal effet de superposer des formes nouvelles aux formes anciennes.

— 77 —

B. — LES AUXILIAIRES DES PARTIES.

Les avoués ayant disparu depuis le 15 juin 1966, les avocats demeuraient les seuls auxiliaires des parties ; celles-ci peuvent désormais être assistées par des défenseurs de justice.

1°/ *Les avocats.*

Il convient d'examiner d'abord ceux que l'on pourra appeler les « avocats ordinaires », par opposition aux avocats agréés à la Cour Suprême, auxquels seront simplement consacrées quelques observations.

(157) Il convient de rappeler que la plupart des circulaires sont occultes.

La profession d'avocat a été réglementée par l'ordonnance n° 67-202 du 27 septembre 1967. Ce texte contient cent trois articles. Le visa ne contient que la référence à l'ordonnance du 16 novembre 1965 portant organisation judiciaire, à l'exclusion de toute référence au Code de procédure civile du 8 juin 1966 et aux textes régissant antérieurement la matière (158). Le but du législateur paraissant avoir été la rédaction d'un texte complet, l'ordonnance y répondant présente un certain mélange d'évidence et d'innovation. D'autre part ce texte qui n'est probablement pas le résultat d'une transaction, en adopte pourtant l'aspect, en ce sens que, de construction peu rigoureuse, il contient des redites, des lacunes et ambiguïtés.

Il n'est pas possible, dans le cadre de cette étude, d'en faire véritablement l'analyse, qui conduirait à de trop longs développements. On se contentera de rechercher, dans ce texte qui constitue le droit positif (159), quelles sont les fonctions de l'avocat, et quel est son statut.

— 78 —

a) *Les fonctions.*

Très logiquement, les fonctions de l'avocat étant assez antérieures à l'ordonnance du 27 septembre 1967, celle-ci ne pouvait guère que reprendre à son compte les anciennes dispositions. Pourtant quelques modifications doivent être signalées, tant en ce qui concerne le contenu de ces fonctions que leur l'exercice.

1. — Le *contenu* des fonctions de l'avocat.

L'article 2 indique que la fonction de l'avocat présente un triple aspect : consultation, assistance et représentation, ce qui n'est pas nouveau. Pourtant deux dispositions de ce texte sont curieuses. L'une, à l'alinéa 2, est ainsi rédigée :

« ...il peut, sauf exception prévue par les textes, faire tout acte, accomplir toute formalité et intervenir dans toute mesure d'instruction ».

L'autre, dans l'alinéa 4 in fine, reprend la même formule : « d'une manière générale, faire tous actes », après avoir décrit le contenu de la fonction de représentation.

Si l'on comprend facilement l'extension de la représentation, on doit en revanche s'interroger sur la formule employée à deux reprises. L'extension de la représentation était rendue nécessaire par la disparition des avoués ; désormais, devant toute juridiction, l'avocat

(158) Toutefois, le décret du 10 avril 1954 fait partie, dans l'art. 102, des textes abrogés ; plus prudemment, selon cet article 102, ce sont les dispositions contraires du décret de 1954 qui sont abrogées.

(159) Dans l'état où nous écrivons, certains décrets d'application n'ayant pas été pris.

représente le justiciable, qui élit domicile en son cabinet (160) ; l'avocat fait la procédure, reçoit les paiements (161), donne main-levée de saisie. Mais que faut-il entendre par « faire tous actes » et « accomplir toute formalité » ?

— 79 —

« L'acte » peut être entendu dans deux sens. C'est d'abord le document consacrant l'expression d'une volonté ou d'une rencontre de deux consentements ; c'est aussi l'acte de procédure. La deuxième interprétation ne devrait pas faire de difficulté, avec toutefois deux réserves ; d'une part l'avocat n'a pas d'autre acte de procédure à rédiger que la requête et les conclusions : les autres actes de procédure sont établis ou reçus, et notifiés par le greffe ; d'autre part l'alinéa 2 paraît viser la consultation et l'assistance, non la représentation. S'agit-il alors des actes, dans le sens contractuel du mot ? Est-il désormais permis à l'avocat de rédiger des contrats, nécessairement sous seings privés puisque les notaires continuent d'être seuls admis à rédiger des actes authentiques ? La question est d'importance, à laquelle il est difficile, dans le cadre de la présente étude, d'apporter les éléments d'une réponse. Tout au plus peut-on signaler, en faveur de cette interprétation qui conduirait à une vision extensive du rôle de l'avocat, que ce serait, par là, couronner la pratique, et permettre au justiciable de s'adresser ainsi, pour établir des contrats, à des juristes compétents, plutôt que de recourir à des officines qui peuvent être contestables. Tout au plus peut-on signaler aussi, à l'inverse, que l'avocat ne reçoit pas l'adversaire... et qu'en pareille occurrence il est normalement l'avocat d'une partie (162), et donc au moins mal placé pour conseiller utilement l'autre ; il est vrai qu'il peut y être porté remède en invitant l'autre partie à faire choix d'un avocat, lequel participera à la rédaction de l'acte.

D'autre part, le texte permet à l'avocat d'« accomplir toute formalité ». Cette formule, dans le domaine judiciaire, veut tout dire, et surtout rien. En revanche, en ce qui concerne la fonction de l'avocat, elle pourrait avoir un sens bien précis, souvent résumé dans l'expression de « démarches » avec davantage qu'une nuance de condamnation.

(160) Cette élection de domicile est l'objet d'une présomption qui paraît irréfragable, selon l'art. 2 al. 6 et dernier : « le choix de l'avocat implique élection de domicile à son cabinet ».

(161) Ce qui consacre l'évolution nécessaire et réalisée effectivement, à l'encontre du vieux et sage principe de l'interdiction des manèges de fonds.

(162) Il est au moins exceptionnel que deux justiciables en conflit d'intérêts ou simplement avant de faire une transaction, saisissent en même temps le même avocat du moins selon les habitudes locales actuelles.

Avant qu'un règlement intérieur du barreau (163) vienne faire le point sur cette délicate question, on se contentera d'indiquer les deux points extrêmes : d'une part l'avocat n'est pas seulement avocat par rapport au Palais de Justice, donc dans le domaine contentieux ; d'autre part la dignité de la profession requiert son abstention par rapport notamment aux transports personnels de l'avocat dans un service public non judiciaire, sauf à la demande dudit service.

Telles sont les grandes lignes du contenu de la profession d'avocat, dont on aurait souhaité une description meilleure et surtout plus neuve à l'occasion de l'établissement d'un texte législatif (164). Il convient d'examiner maintenant l'exercice des fonctions de l'avocat.

— 80 —

2. — L'exercice des fonctions de l'avocat.

Le champ d'activité de l'avocat est précisé par l'article 3 : c'est tout le territoire national. Ceci prend parti sur la discussion entre les partisans de la restriction géographique au ressort de la Cour où l'avocat exerce, et les partisans du maintien du système ancien de compétence générale - pour autant qu'une discussion ait eu lieu, puisque les travaux préparatoires sont restés occultes. Cette option, infiniment souhaitable, pose cependant un problème, en raison de l'élection de domicile forcée, qu'on voit mal faite chez un avocat résidant dans une autre Cour.

Quant à l'avocat étranger résidant en Algérie, il est écarté « des juridictions où seule la langue arabe est utilisée » par l'article 3 alinéa 2, sauf s'il justifie de la connaissance de cette langue et s'il obtient une décision du Ministre de la Justice l'autorisant à plaider devant ces juridictions. On notera que ce texte, outre la procédure envisagée, est tributaire du fait plus que du droit ; en effet, il semble qu'actuellement l'usage de la langue arabe soit obligatoire, d'une part dans le ressort de la Cour d'Ouargla, d'autre part chaque fois qu'il s'agit de « statut personnel » : ceci, qui est particulièrement ambigu, est consacré par des circulaires, dont la validité pourrait être contestée (165).

L'avocat appartenant à un barreau étranger est visé par l'article 4. Ce texte ne se réfère d'aucune manière aux conventions internationales liant l'Algérie et à la classique condition de réciprocité. En revanche, il soumet l'avocat étranger, outre à une normale élection de domicile

(163) Source complémentaire du droit professionnel, qui est expressément rappelée par l'ordonnance, art. 91 ; ce texte doit être approuvé par le garde des sceaux, qui l'établira lui-même si le Conseil de l'Ordre national ne le fait pas dans les deux mois. Rien n'est dit au sujet des modifications du règlement intérieur.

(164) Lato sensu.

(165) Aucune décision judiciaire n'est actuellement publiée sur ce point. justiciable.

chez un membre du barreau algérien (166), à une spéciale autorisation du Ministre de la Justice. Il y a, dans cette exigence qui pourrait ne pas être de pure forme, une contradiction particulièrement nette entre le droit interne et le droit international, contradiction encore plus grave si l'on songe que l'alinéa second de l'article 4 permet la révocation de cette autorisation « à n'importe quel moment de la procédure » ; cette contradiction devrait se résoudre facilement, eu égard à la suprématie du droit international par rapport au droit interne.

— 81 —

D'autre part, la nature des fonctions de l'avocat ne ressort pas plus clairement de l'ordonnance du 27 septembre 1967 que des textes précédents. Ce qui sera dit plus loin sur les défenseurs de justice permet de douter de l'existence d'un monopole en faveur des avocats, encore que la modification de la procédure ait rendu pratiquement nécessaire le recours à eux (167).

Le statut des avocats mettant fin à l'ambiguïté du terme de mandataire utilisé par les articles 16 et suivants du Code de procédure civile, il n'est plus possible de voir dans les avocats de simples mandataires. En revanche, est-il permis, positivement, de définir la nature juridique des relations de l'avocat avec son client autrement que par une inutile qualification de contrat innommé ? Le texte de l'ordonnance de 27 septembre 1967 permet, en dehors du rappel de notions traditionnelles, de dégager deux précisions, dont l'une est nouvelle, qui pourraient conduire, sinon à une nouvelle définition de l'avocat, du moins à un nouveau portrait.

Les notions traditionnelles rappelées sont celles de probité, désintéressement, modération, respect dû aux tribunaux, secret professionnel (168), interdiction de l'acquisition de droits litigieux et du pacte *de quota litis* (169), prohibition de toute démarche ou publicité en vue d'avoir de la clientèle, etc... Ces notions, pour traditionnelles qu'elles soient, eussent gagné à être rappelées méthodiquement, au lieu d'être éparées, parfois réitérées et confusément rédigées, et à contenir une affirmation sans ambage de la condition *sine qua non* de l'efficacité de l'avocat : son indépendance.

— 82 —

Celle-ci paraît s'effacer devant une notion que l'ordonnance du 27 septembre 1967 paraît présenter comme nouvelle : le caractère d'auxiliaire de la justice. Sous réserve des décrets d'application à venir, les articles 17, 18 et 21 à 23, obligent l'avocat inscrit à effectuer un

(166) Cette dernière expression visant tout avocat, même étranger, inscrit au Barreau algérien ; il est toutefois suprenant que l'élection de domicile visé, non seulement la représentation, mais encore l'assistance du justiciable.

(167) Cf. infra, 2ème partie.

(168) Art. 1^{er} al. 4 et art. 67 al. 1^{er} in fine.

(169) Art. 71.

« service civil ». Ceui-ci, défini par l'article 17 comme « une contribution apportée par l'avocat à l'administration et au fonctionnement de la justice », comprend, sans rémunération, « les charges qui lui seront confiées, soit par les chefs de juridictions, le tout dans les conditions déterminées ci-après ». Ce texte de l'article 17, fort général, est précisé dans les articles 21 et 22 pour l'avocat inscrit. C'est d'abord la suppléance des magistrats ou la participation aux travaux de la Chancellerie ; la première est traditionnelle, et en Algérie elle ne pourra s'appliquer qu'au niveau de la Cour, puisqu'elle seule est une juridiction collégiale, à moins que l'on ne songe à nommer, au tribunal, des magistrats suppléants, ce qui n'est pas la même chose ; quant aux travaux de la Chancellerie, cette obligation est nouvelle, et on ne peut qu'attendre un décret d'application. La seconde obligation du service civil est la participation à un service de consultations gratuites, qui n'est pas nouveau, mais qui gagnera peut-être à être systématiquement organisé et à fonctionner en liaison avec le bureau d'assistance judiciaire. Enfin, l'article 22 institue l'assistance gratuite, obligatoire dans deux cas : lorsqu'il s'agit d'un mineur, et lorsqu'il s'agit d'une demande faite par la mère en matière de garde d'enfant ; ceci est nouveau, partant d'une idée généreuse, mais exprimé sans discernement : il eût suffi de parler, en la matière, de vocation présumée à l'octroi du bénéfice de l'assistance judiciaire.

Précisément, on constate avec surprise que l'assistance judiciaire, en application de laquelle l'avocat prête aussi gratuitement son concours, n'est pas comprise dans le service civil. Il faut attendre l'article 65 pour en entendre parler, alors qu'incontestablement cette charge qui pèse sur l'avocat est du même ordre et du même esprit que celles citées dans le « service civil ». On notera au passage que l'article 65 paraît interdire en toute hypothèse la perception d'honoraires à l'avocat désigné au titre de l'assistance judiciaire ou commis d'office ; ce texte ne fait pas obstacle à l'application de l'article 20 de l'ordonnance n° 66-158 du 8 juin 1966 (170) permettant le retrait de l'assistance judiciaire « s'il survient à l'assisté judiciaire des ressources reconnues suffisantes » (171) :

— 83 —

Une autre notion paraît ressortir de l'ordonnance du 27 septembre 1967, notion qui pourrait osciller, de la patrimonialisation de la fonction d'avocat, à une sorte de fonctionnarisation.

Allant vers le premier aspect, quatre considérations sont à retenir. C'est d'abord (172) la possibilité de céder le cabinet, soumise cependant à l'accord du ministre de la justice ; ceci, à cette dernière réserve

(170) J.O.R.A. du 13 juin 1966.

(171) On objectera que l'art. suivant n'ouvre l'action en retrait de l'assistance judiciaire qu'au ministère public ou à la partie civile ; toutefois, il est concevable que le ministère public agisse à la requête de l'avocat. Ce texte est en tout cas moins clair que l'art. 18 L. 22 janvier 1851 mod. par décret du 22 décembre 1958.

(172) Art. 89.

près, couronne la pratique qui commence à s'instaurer en Europe occidentale, pratique qui avait dépassé la cession de bibliothèque et autres subterfuges. C'est ensuite la consécration de la possibilité de faire des associations entre avocats, par l'article 83, qui contient quelques dispositions générales intéressantes. C'est encore, en troisième lieu, la création d'une sorte de statut du « patronat » par l'article 87 ; celui-ci est particulièrement nouveau, c'est le moins qu'on puisse dire, lorsqu'il indique que le « patron » est civilement responsable de son collaborateur dans le domaine des fautes professionnelles; ceci, rapproché de l'article 14 qui invite à omettre du tableau l'avocat investi d'un emploi impliquant subordination, permet de constater qu'il existe un cas de responsabilité civile du fait d'autrui en l'absence de subordination. Enfin, quatrième et dernière considération en faveur d'une conception patrimonialisée de la fonction d'avocat : le droit de rétention du dossier (173) jusqu'à complet paiement des frais et honoraires, mesure nouvelle notamment en ce qu'elle est permise sans recours au bâtonnier, et sous son contrôle.

En face de ces considérations, il en est d'autres qui feraient pencher la fonction d'avocat vers une certaine fonctionnarisation. Ce n'est pas tant de l'assurance professionnelle obligatoire (174) qu'il s'agit, ni même peut-être, de la curieuse interdiction de la cession concertée du travail (175). C'est surtout de la tarification des honoraires qu'il s'agit, qui sera précisée par un décret d'application instituant des tarifs maxima (176), et de l'obligation de tenue de documents comptables, quittancier et autres, ouverture de compte-étude au Trésor, etc... C'est plus encore par un contrôle du barreau par le Ministre de Justice (177), paraissant exercer un pouvoir de tutelle, ce qu'il ne faudra pas oublier en étudiant l'organisation du barreau.

— 84 —

b) *Le statut.*

Quelles sont les conditions d'accès au barreau ? Quelle est l'organisation de celui-ci ? Enfin, quelle est de façon cette fois dynamique, la situation de l'avocat inscrit ?

1. — Conditions d'accès au Barreau.

En ce qui concerne tout d'abord *l'inscription au stage*, l'aptitude théorique résulte de l'obtention préalable du grade de licencié en droit.

(173) Art. 83.

(174) Art. 90, mesure souhaitable.

(175) art. 70, dont la rédaction paraît laisser entendre que les avocats auraient pu ne pas apprécier favorablement l'ordonnance elle-même.

(176) Prévus à l'art. 73, et en-dessous desquels les honoraires sont fixés librement en fonction du travail, de l'importance de l'affaire et de la situation du client.

(177) Sauf erreur, le ministre de la justice, garde des sceaux, est cité vingt-trois fois dans ce texte portant sur les avocats.

le grade doit avoir été conféré par l'Université d'Alger, mais un titre équivalent est admis. Sur ce point, on observera que l'équivalence paraît être accordée en la matière, par arrêté conjoint du Ministre de la Justice et du Ministre de la Réforme Administrative, et non pas du Ministre de l'Education Nationale ; ceci résultait en effet de l'article 9 du décret n° 65-123 du 23 avril 1965 ; ce texte pourrait être considéré comme abrogé par l'article 102 de l'ordonnance du 27 septembre 1967, abrogeant toutes dispositions contraires ; mais en réalité il ne s'agit pas d'une « disposition contraire », car l'ordonnance ne traite pas cette question (177 bis).

D'ailleurs, sur un autre plan, on doit admettre que ce décret du 23 avril 1965 n'est pas abrogé, en ce qui concerne cette fois l'aptitude pratique à la profession d'avocat, il s'agit de la suppression du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, que l'on n'hésitera pas à qualifier de regrettable. D'autre part, en ce qui concerne toujours l'aptitude pratique, le texte de l'ordonnance de 1967 reprend les professions incompatibles, n'ajoutant que pour les titulaires d'un mandat électif non communal, à qui il défend (178) d'exercer la profession d'avocat pendant la durée de leur mandat.

Quant au serment, son expression à l'article 12 est conforme à la tradition.

On serait tenté d'autre part de revenir à l'aptitude pratique à l'exercice de la profession d'avocat, en évoquant le *stage*. Celui-ci pourtant, tel qu'il ressort des nouvelles dispositions, ne prépare que de loin à la pratique spécifique de la profession. En effet, ce stage n'est pas autre chose qu'un « service civil ». Celui-ci est défini (179) comme permettant au stagiaire de passer « cinq années de service dans la magistrature ». A supposer qu'il en soit réellement ainsi, et que pendant ces cinq années le stagiaire assume complètement les fonctions d'un véritable magistrat, il n'en demeure pas moins que le stagiaire sera nécessairement tenu à l'écart d'un cabinet d'avocat.

Pourtant, à l'expiration de ce délai, *l'inscription au Tableau* aura lieu, après délivrance du certificat de stage par le Ministre de la Justice, et le stagiaire sera avocat à part entière sans jamais avoir vu un justiciable s'il a passé les cinq années de stage à la Chancellerie, et en tout cas sans avoir jamais préparé un dossier, rédigé une requête

(177 bis) Au moment de l'impression, un nouveau texte (décret n° 67-284 du 20 déc. 1967, J.O.R.A. du 29, p. 1188) vient d'être promulgué, instituant une commission nationale d'équivalence ; ce texte rend à coup sûr caduc celui du 23 avril 1965 visant l'équivalence.

(178) Art. 86 ; ce texte, souhaitable en ce qu'il protège contre le mélange des genres, est en revanche curieux en ce qu'il paralysera ou le barreau ou une partie du recrutement des députés à la prochaine législature.

(179) Art. 17 1°.

ou des conclusions. En revanche, le choix de la résidence de l'avocat est subordonné à l'agrément ministériel (180).

— 85 —

2. — Organisation du Barreau.

La grande innovation de l'ordonnance du 27 septembre 1967 est la création, au lieu et place des Ordres d'avocats à la Cour ou au Tribunal, d'un Ordre National des Avocats.

L'assemblée générale, composée des avocats et stagiaires algériens, a pour fonction principale l'élection du Conseil de l'Ordre. Les « réunions de colonnes » ont disparu. Toutefois, on peut penser que leurs attributions, c'est-à-dire la discussion de toutes questions intéressant les avocats, sont dévolues à l'assemblée générale. En effet, non seulement l'article 32 requiert son avis sur la perception de cotisations, mais l'article 33 fait une obligation au Conseil de délibérer sur tout vœu émanant de l'Assemblée générale. Tout doute est levé, à la lecture des articles 33 et suivants, qui visent les délibérations et les sessions périodiques.

Dans le Conseil de l'Ordre National, « la représentation des avocats » dit l'article 24, « doit être harmonieuse et équitable ». Ce texte institue une représentation proportionnelle au nombre des avocats résidant dans le ressort des Cours, assez favorable aux petits barreaux et allant jusqu'à instituer membre de droit l'avocat unique (181). Les attributions du Conseil de l'Ordre National sont celles dévolues aux anciens Conseils des Ordres : c'est peut-être la seule raison qui permettrait de dire que ceux-ci n'existent plus, car l'ordonnance du 27 septembre 1967 ne contient aucune mention visant leur suppression ; au reste, leur maintien ne serait pas incompatible avec l'existence d'un Ordre National.

Ce Conseil de l'Ordre, dispersé sur le territoire national, est peu maniable, en ce sens qu'il peut difficilement être réuni rapidement. C'est pourquoi l'ordonnance de 1967 a institué un *Comité Exécutif*, composé de onze membres désignés par le Conseil, ayant une double fonction : admission au Barreau (182) et discipline.

Enfin le Conseil de l'Ordre élit en son sein, un *Bâtonnier* et deux *Bâtonniers adjoints*, le bâtonnier étant représenté dans chaque Cour.

On voit, par ce dernier exemple, combien une telle organisation, dont la création ne s'imposait pas, est lourde et risque d'être inefficace.

(180) Art. 6 : cette disposition, motivée dans le texte lui-même par la « juste répartition des avocats à travers le territoire », est très contestable en ce qu'elle peut conduire à bien des appréciations, allant de l'exil à une soumission incompatible avec l'indépendance de l'avocat.

(181) Ce qui est loin d'être une hypothèse d'école en Algérie.

(182) sous réserve des pouvoirs du ministre de la justice ; les art. 6 et 20 ne laissent, semble-t-il, aucun pouvoir au *Comité Exécutif*.

A la vérité, cet Ordre National jouera plutôt le rôle d'une Association Nationale, à quoi on a peut-être voulu le résumer. Peut-être est-ce aussi dans ce dessein que l'article 30 alinéa 2 indique que ce Conseil de l'Ordre National est seul habilité à représenter les intérêts des avocats à l'exclusion de « tout autre organisme ». Est-ce, en dehors du but, manifeste, la suppression des Unions des Jeunes Avocats et autres organismes ? En réalité, s'agissant d'un texte de procédure, il doit être lu en donnant à la « représentation » son sens procédural ; dès lors, l'Union des Jeunes Avocats peut exister, mais ne pourra pas représenter les avocats en justice.

— 86 —

3. — Situation de l'avocat inscrit.

L'étude des fonctions de l'avocat avait permis de mettre en doute le caractère libéral de la profession. Un aspect persiste cependant, par la soumission de l'avocat à une juridiction disciplinaire distincte du juge de droit commun, ce qui ne fait pas obstacle à l'intervention de celui-ci lorsque la faute disciplinaire a été commise à l'audience.

Concernant tout d'abord la *responsabilité disciplinaire normale*, l'article 45 de l'ordonnance du 27 septembre 1987 ne précise pas mieux que les textes antérieurs, ce qu'il faut entendre par « faute disciplinaire » ; il n'y a aucune raison pour que la jurisprudence traditionnelle ne soit pas continuée, qui sanctionnait aussi bien les fautes professionnelles que les fautes commises dans la vie privée, sous la coloration d'ailleurs ambiguë de manquement au serment : tout dépendra de la vigilance du Bâtonnier et du Conseil de l'Ordre. Ce n'est d'ailleurs plus celui-ci qui siège en matière disciplinaire, c'est le Comité exécutif. Après une procédure contradictoire, ce Conseil de Discipline pourra, comme par le passé, classer le dossier, ou transmettre au Bâtonnier en vue d'une exécution provisoire, l'une des quatre peines suivantes : avertissement, réprimande, interdiction temporaire d'exercer allant jusqu'à trois ans, radiation.

Un recours, normalement suspensif, peut être formé par l'avocat poursuivi ; il peut aussi être formé, non par le Procureur Général, mais par le Ministre de la Justice (183), dans les quinze jours de la notification de la décision. Le texte crée une nouvelle juridiction qui statuera en appel : la Commission mixte de recours, qui comprend trois magistrats et deux avocats (184), choisis par le Ministre de la Justice et nommés par arrêté pour un an ; cette Commission mixte

(183) Art. 49 ; le garde des sceaux reçoit notification de la décision (Art. 48) rendue par le Comité Exécutif ; notons que l'initiative des poursuites disciplinaires appartient aussi bien au Ministre de la Justice qu'à tout justiciable à un des membres du Conseil de l'Ordre ou au Bâtonnier.

(184) Art. 54 al. 5 : les 2 membres avocats sont choisis sur une liste de 10 avocats ne faisant pas partie du Comité Exécutif.

de recours (185), permanente, montre encore, tant par sa compétence que pour sa saisine, l'accroissement considérable des pouvoirs du Ministre de la Justice en la matière.

Enfin le pourvoi en cassation est permis par l'article 58, dont l'alinéa second rappelle que ce recours n'a pas d'effet suspensif.

Il est bien évident que la poursuite disciplinaire ne fait pas obstacle à une poursuite pénale ou à une action civile, compte tenu de ce que la juridiction disciplinaire est compétente pour connaître des demandes civiles. En revanche, une autre disposition de l'ordonnance du 27 septembre 1967 est infiniment plus surprenante, qui vient de situer entre la responsabilité disciplinaire que nous venons d'examiner et le délit d'audience qui va être abordé. Il s'agit de l'article 60, qui contient la disposition suivante :

« Lorsqu'un avocat fait l'objet de poursuites judiciaires pour crime ou délit, il est immédiatement suspendu de ses fonctions, si le Procureur général en fait la demande. Cette suspension n'est susceptible d'aucun recours ».

Ce texte est susceptible de permettre des décisions graves, car, s'il a été pris en tenant compte de la qualité d'auxiliaire de la justice qu'a l'avocat, il ne contient aucune discrimination selon les infractions susceptibles d'être reprochées à l'avocat qui, contrairement au magistrat, n'a aucun privilège de juridiction. Le procureur général peut, il est vrai, apporter des nuances au texte en ne requérant pas la suspension. Il est vrai aussi que le texte ne dit pas quelle est l'autorité qui prononce la suspension. L'esprit du texte permettrait d'y voir un pouvoir du Ministre de la Justice, mais son silence conduit à le lui refuser. Quant à la juridiction de jugement, et a fortiori la juridiction d'instruction, elle n'est compétente qu'en matière de délit d'audience, ce que l'infraction reprochée à l'avocat peut fort bien ne pas être.

— 87 —

Le délit d'audience, susceptible d'être commis par l'avocat, peut être sanctionné sur un triple fondement. En effet, chronologiquement, trois textes ont visé la matière : l'article 16 du décret n° 65-123 du 23 avril 1965, l'article 32 du Code de procédure civile, et l'article 61 de l'ordonnance du 27 septembre 1967. Le premier texte, traitant de la même matière que le troisième, peut être considéré comme abrogé par celui-ci. Il reste en tout cas deux dispositions, la seconde et la troisième. La seconde constitue un texte général, précis, au regard duquel la troisième, fort sommaire, doit être considérée comme un simple rappel ; d'ailleurs l'article 61 renvoie expressément au Code de procédure civile ; il renvoie aussi au Code de procédure pénale, ce qui est une manière de rappeler que le délit d'audience peut être

(185) qui pourra siéger en premier ressort si dans les deux mois de la plainte le Comité Exécutif n'a pas statué, sur initiative du ministre de la Justice (art. 59).

sanctionné, non seulement sur le plan disciplinaire, mais encore, le cas échéant, sur le plan pénal.

L'article 32 du Code de procédure civile, dès lors seule source utile de droit en la matière, ne contient, en guise de définition des faits susceptibles de donner lieu à une poursuite disciplinaire, que l'indication visant « *tout manquement aux obligations que lui impose son serment, commis à l'audience par un défenseur* ». Sous ces termes, on peut tout entendre, d'autant plus facilement que les magistrats et les avocats n'ont pas la même formation théorique et pratique. L'appréciation des circonstances et des intentions est laissée à la sagesse des juges, qui auront, souvent loin du siège du Conseil de l'Ordre National, à faire le départ entre les nécessités de la défense et les immunités qu'elle doit nécessairement entraîner, et les excès effectivement incompatibles avec la dignité du Tribunal et de la Barre. D'ailleurs le texte ne rend pas obligatoire l'exercice de la poursuite disciplinaire à propos de faits susceptibles d'être qualifiés délits d'audience ; il est souvent possible et plus efficace, de saisir le Comité exécutif, et, mieux encore, d'apaiser.

Le texte de l'article 32 du Code rappelle les sanctions susceptibles d'être prononcées, et indique qu'elles sont exécutoires par provision. La procédure est formée par des réquisitions du Ministère Public (186). L'alinéa trois précise que, si à ce moment l'avocat est absent, les débats relatifs à cette poursuite sont renvoyés à la première audience du lendemain « sans autre formalité » ; ceci ne paraît pas s'opposer, toutefois, à ce que la décision disciplinaire, rendue le lendemain en l'absence de l'avocat, soit un jugement par défaut.

D'autre part le texte ne rappelle pas deux éléments importants. L'un vise la compétence du tribunal statuant disciplinairement ; le délit d'audience étant un incident par rapport à l'affaire au fond, le tribunal qui a jugé au fond est dessaisi de tout le dossier, et par conséquent de l'incident, lequel ne pourra plus donner lieu qu'à la procédure disciplinaire normale devant le Comité exécutif du Conseil de l'Ordre. L'autre point vise les voies de recours : en application de la même idée, l'avocat sanctionné disciplinairement, a les mêmes voies de recours que celles dont dispose le justiciable au fond.

— 88 —

Parvenu au terme des premières analyses qui paraissent pouvoir être faites au sujet d'un texte tout récent (187) et en ignorant encore certains décrets d'application qui le préciseront, et sachant simplement que les nouvelles institutions ont été mises sur pied et commencent seulement de fonctionner, nous pouvons difficilement porter sur ce texte une appréciation précise. Si la marque dirigiste qui transparait dans bon nombre d'articles peut ne pas être considérée comme un apport positif, on pourra penser en revanche que l'intégration des

(186)...qui en fait est le plus souvent absent des juridictions civiles devant lesquelles les incidents sont infiniment plus rares.

(187) Compte tenu des délais de publication.

avocats isolés à un Ordre national est intéressante, puisque ces avocats sont soustraits à la juridiction disciplinaire du Tribunal où ils exerçaient en trop petit nombre pour constituer un barreau. Toutefois, on aurait pu songer, sur ce plan, à simplement recommander la création de fédérations des petits barreaux.

On aurait pu songer aussi, d'autre part, à aborder dans l'ordonnance du 27 septembre 1967, la constitution d'un Ordre des *Avocats près la Cour suprême*. Au sujet de ces derniers, l'ordonnance se contente (188) de renvoyer aux « textes relatifs à la représentation, à l'assistance et à la défense devant la Cour Suprême », sans rien instaurer au point de vue organique (189) ; pourtant cette question est liée au statut des avocats à la Cour Suprême, que nous évoquerons après avoir indiqué sommairement quelles étaient leurs fonctions.

Les fonctions des avocats à la Cour Suprême sont celles que les autres avocats remplissent devant les autres juridictions : consultation, représentation et assistance. Il convient seulement de signaler que le recours à un avocat à la Cour Suprême est obligatoire, en application des articles 239 et 240 du Code de procédure civile ; toutefois, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 239, l'Etat est dispensé d'avoir recours au ministère d'avocat. La procédure étant, devant la Cour Suprême, essentiellement écrite, la fonction d'assistance se résume à la présentation d'observations orales.

— 89 —

Le statut des avocats à la Cour Suprême pose essentiellement deux questions. L'une portant sur le recrutement, l'autre sur l'effet de l'agrément à la Cour Suprême par rapport aux fonctions de l'avocat devant les autres juridictions. Le recrutement a donc lieu par la voie de l'agrément. Celui-ci, selon la loi n° 63-218 du 18 juin 1963 (190) et son article 11, est donné par le Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour Suprême, à des avocats inscrits depuis plus de dix années (191). En attendant la création de cet Ordre, le texte donnait au ministre de la Justice la possibilité d'effectuer cet agrément, dont d'ailleurs

(188) Art. 93 ; ce texte vise aussi les tribunaux militaires, pour lesquels l'ord. n° 65-307 du 23 déc. 1965 modifiant l'art. 12 de la loi n° 64-242 du 22 août 1964 portant code de justice militaire, requiert pour tout avocat un agrément du président du tribunal militaire, cette exigence étant d'autant plus surprenante que l'agrément paraît discrétionnaire et en tout cas est requis dès la phase d'information.

(189) On est en droit de se demander si, plus simplement, il n'appartiendrait pas aux avocats à la Cour Suprême de constituer eux-mêmes un ordre ; en effet, on est surpris de constater que, depuis l'installation de la Cour Suprême, c'est-à-dire depuis le 4 mai 1964, aucun ordre n'a été institué !

(190) In *Revue Algérienne* 1964 I. 326.

(191) délai susceptible d'être réduit en cas de participation à la guerre d'indépendance.

il a usé et continue d'user. Cette véritable délégation temporaire, prévue initialement pour une année, a été portée à trois ans ; elle expirait le 18 juin 1966, et fût prolongée d'une année par une ordonnance du 9 novembre 1966 (191 bis). S'agissant d'une délégation, l'agrément qui en résultait ne paraissait pas pouvoir avoir le caractère d'un acte discrétionnaire ; d'ailleurs, à notre connaissance, aucun refus d'agrément n'a été pris. A fortiori, il ne semble pas que le Ministre de la Justice ait jamais eu le pouvoir d'opérer des retraits d'agrément. On pourrait penser que la délégation allait jusqu'au pouvoir disciplinaire, mais encore conviendrait-il d'exiger que les formes et garanties disciplinaires fussent respectées. D'ailleurs, un tel pouvoir pouvait n'être pas utile, puisque la faute disciplinaire pouvait être sanctionnée, soit par la procédure de délit d'audience, devant la Cour Suprême, soit par l'action disciplinaire normale dans le barreau auquel l'avocat agréé continuait d'appartenir à plus forte raison aujourd'hui, devant le Conseil de l'Ordre National. Néanmoins, à notre connaissance, trois retraits d'agrément sont intervenus, dont les deux derniers pourraient avoir un motif disciplinaire encore que non exprimé.

— 90 —

Le statut des avocats à la Cour Suprême pose une seconde question, relative au *cumul* des fonctions de l'avocat devant la Cour Suprême avec les fonctions qu'il a devant les autres juridictions. Il fût envisagé d'interdire le cumul ; une note, simple lettre, contenait ces termes : « bien entendu, les avocats agréés à la Cour Suprême, cesseront leurs activités devant les autres juridictions ». Cette conception, si elle était entrée dans les faits, aurait eu pour conséquence la création d'un corps très réduit d'avocats à la Cour Suprême, qui n'eût probablement pas contenu les meilleurs, plus enclins à une vie professionnelle plus active, et d'autre part eût suscité une assez grande cherté de la procédure devant la Cour Suprême. Concevable sur le plan théorique car elle conduirait à une meilleure adéquation, cette idée de non-cumul était irréalisable et inopportune en l'état actuel des choses. C'est pourquoi elle a été abandonnée. Plus exactement, elle n'a pas été reprise dans le droit positif concernant les avocats, de sorte qu'il convient de la considérer comme abandonnée. On peut donc dire aujourd'hui de la façon la plus nette, que l'avocat agréé est en même temps avocat ordinaire et avocat de la Cour Suprême. Ce n'est que dans un lointain avenir que le barreau devenant accessible et un recrutement ayant effectivement lieu, et une certaine spécialisation se faisant en pratique, il sera possible d'envisager la création d'un corps d'avocats dont l'activité se limitera à l'assistance et la représentation devant la Cour Suprême.

(191 bis) Pendant l'impression, un nouveau texte a donné au grade des sceaux un nouveau délai de deux années pour procéder à l'agrément (ord. n° 67-277 du 19 déc. 1967 J.O.R.A. du 26, p. 1178). On notera que cette ordonnance fût prise « en raison de l'impossibilité de constituer un ordre des Avocats à la Cour Suprême », motif qui prenait parti, en dehors des textes, sur le non-cumul (cf. infra, n° 90).

Tout dépendra, peut-être, de la place que la pratique laissera à cette autre catégorie d'auxiliaires des parties que constituent les « défenseurs de justice ».

— 91 —

2°/ *Les défenseurs de justice.*

En même temps que le texte réglementant la profession d'avocat, paraissait au Journal Officiel du 3 octobre 1967, une ordonnance n° 67-203 du 27 septembre 1967 relative à la profession de défenseur de justice. L'institution, sinon le nom, n'est pas nouvelle en Algérie, où l'on connaissait les oukils judiciaires, jadis attachés aux juridictions musulmanes. Son maintien, utile en pratique en raison du trop petit nombre d'avocats (192), peut paraître contestable à une époque de création d'un nouveau droit algérien, puisqu'elle place à côté du justiciable un auxiliaire qui, au moins sur le plan des connaissances techniques, ne présente pas de garanties suffisantes.

a) *Fonctions des défenseurs de justice.*

Les fonctions des défenseurs de justice sont inscrites à l'article 5 alinéa 2 : ils « assistent, défendent et représentent les parties ». Littéralement la consultation n'est pas prévue ; il est vrai, d'une part qu'elle est pratiquement comprise dans l'assistance, et d'autre part que toute personne, de préférence tout juriste, peut donner des consultations.

Ces fonctions ne peuvent être exercées sur tout le territoire national. Les défenseurs de justice étant fixés au siège d'un tribunal, on aurait pu penser que leur compétence coïnciderait avec les limites de celle du tribunal. En réalité, l'article 6 crée une limite géographique plus large : le défenseur peut exercer dans tout le ressort de la Cour dont dépend ce tribunal ; toutefois, il ne peut faire acte professionnel devant la Cour elle-même, tant qu'un texte ultérieur ne l'y autorisera pas. Si on peut penser que les défenseurs ne seront nommés que là où il n'existe pas d'avocats, du moins en nombre suffisant, il n'est apporté aucune limite à l'implantation des défenseurs, de sorte que pourra se poser la question de concours entre avocats et défenseurs. Les textes des deux ordonnances du 27 septembre 1967 n'autorisent pas à trancher en faveur des avocats : il y a concurrence entre les deux professions. Bien plus, une nomination pléthorique de défenseurs n'est pas inconcevable, qui aboutirait à une disparition des avocats.

En tout cas, les fonctions des défenseurs sont pratiquement calqués sur celles des avocats. Le défenseur, tenu au secret professionnel et à l'interdiction de la publicité, ne peut exercer d'autres fonctions ;

(192) cette pénurie va inévitablement s'aggraver, puisque l'un des effets du « service civil » des avocats sera pratiquement de tarir le recrutement pendant cinq ans, et même probablement bien davantage, car cette perspective est de nature à amener les licenciés en droit à choisir d'autres voies.

il est tenu de prêter son concours, sauf motif valable, il reçoit élection de domicile ; il doit tenir la même comptabilité que l'avocat et sera soumis lui aussi à la tarification des honoraires. En revanche, rien n'est prévu pour la cession de cabinet ; au contraire, à partir de l'article 17 indiquant que le procureur général prendra toutes mesures conservatoires en attendant la nomination d'un successeur, on peut conclure que le défenseur sortant ne cède rien. Enfin l'article 18 donne droit à un congé annuel de trente jours, ce qui paraît ressortir bien plus du statut de fonctionnaire que de celui de profession libérale.

— 92 —

b) *Statut des défenseurs de justice.*

Un aperçu du statut des défenseurs de justice peut être donné en matière de recrutement et de discipline.

Le recrutement a lieu sur titres ou par concours. Les titres admis sont, soit, curieusement assimilés, ceux de bachelier en droit ou de capacitaine en droit, soit le diplôme d'études supérieures ou de fin de quatrième année des médersas, le diplôme de l'Institut des études islamiques (193) ou le certificat d'études nord-africaines (194). Ces diplômes qui sanctionnent certaines connaissances juridiques (195), ne sont pas requis pour les anciens « clerks procéduriers » d'avoués ayant exercé pendant au moins quinze ans, anciens premiers clerks d'avoué ayant exercé pendant dix ans, ou pour les anciens avoués suppléants (196) ; les magistrats ayant dix années d'exercice depuis le 1^{er} juillet 1962 « peuvent être nommés défenseurs de justice », selon l'article 4, ce qui est assez surprenant. D'autre part, l'article 3 (197) indique quelles sont les épreuves du concours ouvert aux candidats aux fonctions de défenseur de justice ; on notera que, contrairement au contenu des connaissances acquises lors des enseignements sanctionnés par les diplômes cités pour l'admission sur titre, l'examen comprend des interrogations de droit civil, pénal, commercial, droit du travail, droit judiciaire, qui correspondent mieux à l'aptitude à exercer des fonctions d'auxiliaire de la justice dans un pays doté d'un droit positif récent pour partie.

(193) qui paraît différent de l'Institut d'Etude Supérieures Islamiques d'Alger où, à partir d'octobre 1946 époque à laquelle il commença de fonctionner, le baccalauréat était exigé.

(194) Institué par décret du 24 mai 1949, et succédant au certificat d'études de législation algérienne, de droit musulman et de coutumes indigènes créé par le décret du 31 décembre 1889.

(195) Ces diplômes permettaient de pourvoir aux fonctions d'aoun, de bachadel et cadî, et précisément d'oukil (arrêté gubernatorial du 1^{er} août 1885 ; Code de l'Algérie par ESTOUBLON et LEFEBRE, p. 1042). Ceci rend assez inutile, semble-t-il, la condition de possession de ces diplômes exigée par l'art. 29 de l'ord. pour l'intégration des oukils judiciaires dans le corps des défenseurs.

(196) les anciens avoués titulaires furent autorisés à s'inscrire au barreau (art. 477 C. Alg. P.C.), mais rien ne fût prévu pour les huissiers et pour le personnel de leurs études.

(197) complété par deux arrêtés du 9 octobre 1967 (JORA du 10

Le candidat, admis sur titre ou à l'issue du concours, est nommé par arrêté ministériel ; cette nomination vise un poste déterminé, que le défenseur est tenu de rejoindre à peine de radiation. Il prête devant la Cour, un serment analogue à celui de l'avocat. Puis, aucun service civil ne lui étant imposé, ni aucun stage, il exerce pratiquement les mêmes fonctions que l'avocat.

— 93 —

Quant à la *discipline*, on pouvait se demander comment elle serait assurée, autrement que de façon administrative, puisque les « corps des défenseurs » n'existe pas en tant qu'organe juridique. La question a été résolue de la façon suivante : le défenseur, placé sous la surveillance du Procureur général, est, pour ses fautes professionnelles, justiciable d'un conseil de discipline. Celui-ci, présidé par un représentant du Ministre de la Justice, comprend en outre deux magistrats désignés par le Ministre de la Justice et de deux défenseurs tirés au sort. Sa composition exclut toute voie de recours, contre la décision disciplinaire, excepté, selon l'article 24 alinéa 2, un curieux recours gracieux. Le conseil de discipline pourra, après une procédure contradictoire, prononcer l'une des quatre sanctions disciplinaires habituelles, la radiation étant nécessairement appelée, faute d'un Tableau, l'interdiction définitive d'exercer.

D'autre part, en cas d'urgence, le Ministre de la Justice peut prendre une décision d'interdiction provisoire d'exercer, en attendant l'issue de la procédure disciplinaire (198).

En outre, le délit d'audience pourra donner lieu à des sanctions disciplinaires, selon l'article 25, comme pour les avocats. Enfin les poursuites disciplinaires ne font pas obstacle à l'exercice de poursuites judiciaires, civiles ou pénales.

Des garanties existent donc, tant pour le défenseur que pour le justiciable, sinon dans le domaine de la compétence technique. On se plaint toutefois à espérer qu'il s'agit là de mesures destinées à apporter des solutions à une situation provisoire. On craint cependant d'avoir dû, chemin faisant, constater que certaines des solutions avaient participé à la création de cette situation, en sorte que, en dernière analyse, ne soient pas tellement satisfaits les intérêts de ceux pour qui le droit judiciaire est institué : les parties au procès.

(198) Art. 20 al. Ce texte est peut-être destiné à jouer le rôle de l'article 60 de l'ordonnance sur la profession d'avocat (cf. supra, n° 86), dont cependant on est surpris de ne pas trouver l'homologue en des termes aussi nets.

— 94 —

Section II

LES PARTIES AU PROCES

Les textes de droit judiciaire décrivent les institutions qui ont pour fonction d'assurer la sanction des droits ; ils décrivent aussi la mise en œuvre de cette protection. Prévoir la structure d'accueil, préciser le déroulement du procès, telles sont d'habitude les deux préoccupations essentielles des législations en matière de droit judiciaire. Ces législations ne traitent pas, ou rappellent peu, les conditions d'existence du procès c'est-à-dire d'existence de justiciables entre lesquels est né un conflit. Il s'agirait effectivement davantage d'un rappel, car c'est surtout de droit civil qu'il s'agit : pour le reste, c'est l'un des domaines essentiels de la jurisprudence.

La législation algérienne de procédure civile n'échappe pas à cette habitude de silence en ce qui concerne les parties au procès, à part quelques dispositions éparses. Ce n'est pas étonnant, lorsqu'on se souvient que ce Code fût rédigé à partir des Codes français et marocain, alors que l'essentiel de la matière était déjà régi par le code civil de 1804. Mais précisément, comme en Algérie n'existe aucun Code civil, et finalement aucune loi civile de fond dans le sens où on l'entend aujourd'hui, on aurait pu s'attendre à ce que le Code de procédure civile comportât des indications précises en ce qui concerne les parties.

Est-il suffisant, en 1967, de dire, comme le rappelle l'article 459 alinéa 1^{er} : « *Nul ne peut ester en justice s'il n'a qualité, capacité et intérêt pour le faire* » ? Il convient d'essayer d'y répondre en abordant successivement la qualité et l'intérêt, la capacité pouvant être appréciée avec la première.

— 95 —

Paragraphe I

La qualité

Pour être admis à plaider, il faut être un sujet de droits, c'est-à-dire exister et avoir une aptitude suffisante.

1^{er}/ *La vie.*

Les personnes physiques doivent être vivantes. Il n'y a aucune raison de douter de la pérennité de l'adage *infans conceptus* en Algérie. En ce qui concerne les personnes décédées, aucune action ne peut être engagée ou soutenue en leur nom. Mais, si le décès vient à se produire en cours d'instance, il y a lieu de tenir compte des articles 84 à 89. Le premier de ces textes indique que le décès ou le changement de capacité des parties ne peut retarder le jugement d'une affaire si celle-ci est en état d'être jugée ; ce texte doit être pris dans son sens procédural, davantage en des termes de Palais qu'en un langage de législateur : il s'agit des affaires « en état », c'est-à-dire conclues et plaidées, et, devrait-on ajouter, en délibéré. Cette inter-

prétation est confirmée par les articles suivants, qui visent l'hypothèse où le décès survient avant que la défense au fond ait été présentée. Ces textes indiquent qu'il y a lieu de recourir à la formule de la reprise d'instance : les héritiers sont avertis et reçoivent délai pour conclure.

On peut relever une certaine contradiction entre l'article 85, qui permet au juge d'inviter « verbalement ou par avis » les héritiers, et l'article 88 qui précise que les reprises d'instances sont faites dans la même forme que les demandes introductives d'instance ; il est probable que l'injonction verbale vise le cas où l'héritier est présent à l'audience, mais ceci crée une comparution volontaire... obligatoire assez contestable. Ceci est d'ailleurs confirmé par la présomption de reprise d'instance instituée par l'article 89 au cas de comparution sans déclaration expresse en sens contraire. En outre, les tribunaux auront à statuer sur la délicate question de savoir dans quelle mesure l'instance est reprise lorsqu'un avocat ou un défenseur, représentant une partie dans le sens précis de la représentation, comparaitra au cours du procès après le décès de son client.

— 96 —

Ce sont toutefois là des problèmes classiques, auxquels il est probable que la jurisprudence donnera les solutions traditionnelles. Il devrait en être de même en ce qui concerne les *personnes morales*. Pourtant, en cette matière, des solutions législatives eussent été souhaitables, ou plus exactement leur rappel dans un Code de procédure civile à défaut d'un Code civil car elles existent. En effet, il existe en Algérie des sociétés de fait plus nombreuses qu'ailleurs, mais cette question n'est pas nouvelle et les difficultés peuvent parfois se résoudre grâce à la fiction de l'association en participation ; il existe en outre, cette fois depuis l'Indépendance, de nombreux organismes qui rentrent difficilement dans les cadres juridiques. La matière touchant plus au droit public qu'au droit privé, il ne paraît pas possible, dans un exposé de droit judiciaire, d'en aborder l'étude (199). Qu'il nous suffise ici de rappeler que, à notre sens, trois éléments nouveaux ont compliqué les choses. D'abord en application du décret n° 63-83 du 18 mars 1963 portant réglementation des biens vacants, voire avant sa promulgation, de nombreuses entreprises s'instituèrent en comité de gestion, et agirent comme des sociétés de droit privé, embauchant, souscrivant parfois des polices d'assurances, fabriquant, vendant, plaçant même. Ensuite le décret n° 64-128 du 15 avril 1964 se rapportant à la nomination de commissaires du Gouvernement, a permis de maintenir, par arrêtés, des sociétés de droit privé, mais en les plaçant sous tutelle d'un Ministère technique. Enfin, avant et depuis juin 1965, de véritables sociétés nationales ont été créées, dans d'assez nombreux secteurs.

Le problème posé par ces nouvelles formes ne vise pas seulement la reconnaissance de la personnalité morale. Il vise aussi la nature,

(199) F. BORELLA. Le droit public économique de l'Algérie. *Revue Algérienne* n° 3 et 4 1966.

de droit privé ou de droit public, de la nouvelle personne morale, et l'on sait combien la question a d'importance selon le sens que l'on donne à l'article 7 du Code Algérien de procédure civile. Mais surtout, il se complique par l'interférence de la notion de patrimoine. A ce sujet, le temps n'est peut-être plus où l'on pouvait proclamer « une personne, un patrimoine » ; mais le juriste, quoique prévenu contre des raisonnements périmés, n'en n'est pas moins surpris en constatant parfois que certaines personnes morales nouvelles, dont les attributions vont du contrôle d'un secteur économique à son absorption complète, paraissent n'avoir pas de patrimoine. Pour ne citer qu'un exemple, relatif à une institution récemment disparue et remplacée, comment expliquer que l'Office National des Transports, d'une part ne se reconnaissait pas civilement responsable de telle entreprise de transports, placée sous le régime de l'auto-gestion, alors que d'autre part le même Office National des Transports se portait partie civile dans un procès visant un détournement imputé à un dirigeant de la même entreprise ? Comment, d'ailleurs, expliquer que la poursuite visait un « détournement de patrimoine national » ?

Faut-il accuser les vieilles notions juridiques, qui avaient le mérite d'être claires, et d'un maniement simple ? Ou faut-il ne voir dans les institutions nouvelles qu'un phénomène sui generis ce qui ne veut rien dire, et parait repousser à des temps meilleurs l'analyse juridique ? Faut-il garder la notion de personnalité morale, et affecter à chaque fois d'un bulletin de naissance pour savoir si elle peut être poursuivie pour telle dette née à telle date ?

En tout cas, quelque grande que puisse être notre perplexité en face de ces questions, deux considérations permettent de donner les éléments d'une réponse. D'une part les fameux décrets de mars 1963 furent présentés, à l'Assemblée Nationale, comme destinés à créer des organismes justiciables du droit privé. D'autre part, sauf lorsqu'il s'agit d'une administration véritable, exerçant un pouvoir de tutelle, tout autre organisme devrait être considéré comme de droit privé.

D'ailleurs la jurisprudence, pour autant qu'on la connaisse, paraît fixée vers une assez grande rigueur en ce qui concerne ces organismes nouveaux ; elle admet volontiers les modes de droit privé, en disant notamment qu'il n'est pas utile de mettre en cause le commissaire du Gouvernement d'une entreprise lorsque celle-ci a été assignée (200).

Pour terminer sur cette question, nous n'oserions pas dire qu'il existe un décalage entre le droit public et le droit privé : ce qui est sûr, en tout cas, c'est que c'est celui-ci, saisi de litiges et finalement responsable du crédit, qui assure une sanction. Or, cette sanction, le juge la trouve dans les textes ou, lorsque ceux-ci sont ambigus, dans l'application des critères anciens. Au vrai, y en a-t-il d'autres ?

(200) Voir par ex. Trib. d'Alger, section commerciale, 22 juin 1967 (Soc. Tunis. d'Ass. et de Réass. c/ Soc. Mét. d'El Alia), décision non publiée suivant d'autres décisions rendues dans le même sens.

2) *La localisation.*

Le droit judiciaire étant décidément une matière de renvoi à d'autres disciplines, il faudra ici encore, s'agissant de la localisation des justiciables, renvoyer le lecteur au droit international privé.

La distinction entre nationaux et étrangers étant faite d'après la loi du 2 mars 1963 portant Code de la nationalité algérienne (201) ; ne valant que pour les personnes physiques, le critère du contrôle pourrait continuer à déterminer la nationalité des personnes morales. Mais, compte tenu des observations précédentes, on y substituera un autre contrôle, le contrôle institutionnel et légal.

Le national pourra être jugé en Algérie pour une obligation contractée à l'étranger avec un Algérien, selon l'article 11 du Code de procédure civile. Ce texte reprend presque intégralement les dispositions de l'article 15 du Code civil français. Toutefois, celui-ci paraît plus large en permettant à l'étranger, et non pas seulement au Français, d'assigner un Français pour des obligations nées à l'étranger ; en d'autres termes le droit positif algérien serait plus protectionniste. Cette restriction n'aurait cependant de portée que si elle interdisait à l'étranger d'assigner un Algérien en Algérie pour des obligations nées à l'étranger ; or cette disposition de l'article 11 C.P.C. apparaît, non pas tellement comme une dérogation à la règle *actor sequitur forum rei*, qu'il faudrait interpréter restrictivement, mais plutôt comme une dérogation à la détermination de la compétence à partir du lieu du contrat : dès lors, bien souvent l'Algérien aura un domicile en Algérie, et il pourra y être assigné en application du droit interne.

Si la discussion reste ouverte en ce qui concerne l'article 11, en revanche l'article 10 du Code de procédure civile reprend l'article 14 du Code civil français. Ce qu'on peut savoir officieusement de la jurisprudence algérienne, conduit à penser qu'elle suivra les anciens errements. Il est dès lors probable que la protection du justiciable national sera assez nuancée, et que, par exemple, l'article 10 C.P.C. cédera le pas à l'élection de juridiction issue d'une convention.

Enfin, au sujet des étrangers étant en justice en Algérie, la *cautio judicatum solvi* peut être requise (202) du demandeur principal ou de l'intervenant, à défaut de convention diplomatique en dispensant. On peut penser que l'absence de garanties réelles ou personnelles n'avait pas à être rappelée, puisque de toute façon l'exception *judicatum solvi* est soumise à l'appréciation du tribunal.

(201) Loi n° 63-96 du 27 mars 1963, JORA du 2 avril 1963, *Revue Algérienne* octobre 1967).

(202) Article 460 C.P.C. ; ce texte vise, outre le demandeur principal, l'intervenant il ne peut évidemment s'agir que de l'intervenant volontaire.

— 98 —

B. — L'APTITUDE A ESTER EN JUSTICE.

Hormis l'indication de la capacité à l'article 459, il n'existe aucune disposition du Code Algérien de procédure civile qui traite de la capacité, et pas davantage en matière de représentation. C'est donc fort prudemment qu'on avancera les éléments essentiels du droit positif de l'aptitude à ester en justice en attendant un Code civil algérien.

1°/ *La capacité.*

Bien évidemment, c'est la capacité d'exercice qui est requise pour ester en justice. Mais qui est juridiquement capable en Algérie ?

En ce qui concerne l'âge, il existe bien en Algérie une majorité politique à dix-neuf ans (203), une majorité matrimoniale fixée à seize et dix-huit ans (204), et une majorité pénale maintenue à dix-huit ans (205) ; mais aucune disposition ne vise la majorité civile de droit commun. Il convient donc de continuer d'appliquer l'article 488 du Code civil français, compris dans la loi de reconduction du 31 décembre 1962. Mais aucune émancipation ne paraît possible.

En ce qui concerne la capacité selon le sexe, il ne semble pas que la question se soit jamais posée, du moins en des termes de capacité de jouissance. En revanche la capacité d'exercice, si elle était reconnue à la femme, n'en était pas moins assortie, au moins en fait, ou bien de l'assistance du mari ou une sorte de tuteur ad hoc. En tout cas, aujourd'hui, il est certain que la femme capable, use en fait de sa capacité (206) pour ester en justice.

Les remèdes à l'incapacité ne sont donc requis qu'en matière de minorité car il ne paraît exister aucun texte actuellement applicable en matière de prodigalité ou à l'insanité d'esprit, sauf une improbable assimilation à la minorité. L'administration légale ne soulève pas de difficultés. En revanche l'idée de tutelle légale par le parent survivant, quoique communément reçue en pratique, pourrait avoir besoin du soutien d'un texte, car il n'est pas évident qu'elle soit exactement compatible avec le droit musulman.

Quant aux sanctions de l'incapacité, il ne fait aucun doute, que les tribunaux algériens continueront d'appliquer la notion de nullité de protection, forme nuancée de la nullité relative puisqu'elle n'a pas à être soulevée *in limine litis*, afin d'éviter des nullités protestatives.

(203) Art. 13 Constitution de 1963.

(204) loi n° 63-224 du 29 juin 1963 (J.O.R.A. du 2 juillet, Rev. Alg. 1964. I. 343).

(205) après des vicissitudes, puisque la promulgation des Codes pénal et de procédure pénale faisant apparaître une divergence : 16 ans pour l'un, 18 ans pour l'autre ! Ceci, qui trahissait l'absence d'identité de vues sur cette question, plus qu'une simple erreur matérielle, fût corrigée par rectificatif.

(206) On verra plus loin (n° 99) qu'il y a lieu de nuancer cette affirmation par le libéralisme des tribunaux en matière de représentation.

2°/ La représentation.

Indépendamment de la représentation par un avocat ou par un défenseur, il est encore permis au justiciable, d'être représenté par un mandataire de justice, selon l'article 16 du Code de procédure civile. On peut en effet penser que les textes visant les avocats et les défenseurs n'excluent pas ces mandataires. Toutefois, il convient d'espérer qu'on n'y verra pas autre chose que l'assistance dans une affaire, et de préférence par un parent.

En pratique, il y a lieu de distinguer les audiences dites de statut personnel, affaires d'état où l'on paraît admettre trop facilement une représentation informelle et une tutelle éternelle, des autres audiences où au contraire le représentant non avocat ou défenseur est tenu de produire un pouvoir. En droit, il est bien évident que la seconde formule est seule valable, et on ne peut qu'espérer sa généralisation prochaine.

En effet, il convient de recevoir l'adage « nul ne plaide par procureur », et de considérer qu'il continue à être la règle fondamentale en matière de qualité. Le demandeur, agissant en son nom personnel, doit énoncer le titre auquel il agit, soit *motu proprio*, soit en qualité d'héritier, soit en qualité de créancier par l'action oblique. Mais s'il agit pour le compte d'autrui, il n'a qualité pour le faire que s'il présente un titre l'y autorisant. Il est regrettable que le Code de procédure civile ne contienne pas une disposition dans ce sens, précisément pour combattre des pratiques actuellement malheureuses.

Paragraphe II

L'intérêt

Comme pour la capacité, l'intérêt à ester en justice est seulement mentionné dans l'article 459 les deux notions étant d'ailleurs tellement liées qu'il faut faire effort pour les dissocier. Rien ne s'oppose à ce que le droit positif algérien continue d'exiger que soit remplie la triple condition tenant à l'intérêt.

En effet, que l'intérêt doive être juridiquement protégé ne fait aucun doute. Indiquons toutefois qu'en la matière, des textes civils seraient souhaitables. Pour déterminer le moment du mariage, d'abord : il est incertain, mais on prétend que l'officier de l'état civil ne « crée » pas le mariage, qui pourrait résulter de l'échange des consentements devant le *cadi*, voire de la promesse, de sorte qu'en l'absence de transcription à l'état civil on se demande s'il y a ou non mariage ; à ce sujet, la Cour d'Alger paraissait exclure la constitution de partie civile de la veuve dont le mariage n'avait pas été transcrit : cette solution, la seule concevable, devrait être généralisée. D'autre part, un texte serait souhaitable pour donner certains droits aux enfants

naturels, qui n'ont actuellement d'autre statut que celui de légitimes, susceptible de découler d'une admission trop généreuse de la preuve d'un mariage assez fictif entre les parents.

L'intérêt doit d'autre part être direct et personnel. La question risque de se poser, on l'a vu, sinon tellement en matière de syndicats ou d'associations, mais plutôt en ce qui concerne les organismes récemment créés, comités de gestion ou offices, sans que l'on sache bien identifier le titulaire du droit de propriété.

Enfin, l'intérêt doit être né et actuel. On voit, dans la pratique algérienne, des actions fondées sur une violation, simplement annoncée, d'un droit, surtout lorsque la menace s'est traduite en acte, ainsi par la dénonciation de nouvel œuvre ; il n'y a aucune raison d'exclure les actions provocatoires, sanctionnant la menace traduite simplement par paroles ou écrits ; quant aux actions en nullité, leur admission ne souffre aucune discussion. D'autre part, en l'absence de violation d'un droit, la formule « pas d'intérêt, pas d'action », qui est la sanction du défaut d'intérêt, cessera de recevoir application lorsqu'il s'agira de mesures conservatoires, ou en présence d'actions déclaratoires.

— 101 —

C'est dire assez qu'en matière d'intérêt à ester en justice, la nouvelle législation algérienne n'a rien apporté qui soit susceptible de modifier la jurisprudence classique en la matière. Il n'est pas interdit d'y voir la marque d'une certaine prudence, dans un domaine qui cesse d'être de la forme pour devenir du fond. Toutefois, s'il est concevable de s'en remettre somme toute à la sagesse des juges, et si l'on peut ainsi ne pas parler de démission du législatif, ce n'est une solution créatrice que dans la mesure où la structure d'accueil du justiciable permet une évolution. On admettra que l'organisation judiciaire n'est pas faite uniquement pour le présent ou le futur immédiat ; il n'en demeure pas moins, d'une part que des critiques assez nombreuses ont pu être faites à ce sujet, d'autre part qu'un personnel insuffisant, non seulement ne permette pas l'évolution, mais encore la rende définitivement impossible.

En d'autres termes, on peut craindre que les options prises quant aux choses et aux personnes, en matière d'organisation judiciaire, aboutissent, sur le fond du droit, au mieux à un certain immobilisme. Il est permis de voir des remèdes dans une fusion entre les Cours, accompagnée du maintien, au siège des Cours supprimées, des tribunaux jugeant les affaires importantes (207) en adoptant une composition collégiale, rendue possible par un statut de la magistrature. Alors les juges créeront le droit, et le législateur sortira des compilations.

Mais ce n'est pas du droit positif. Pour compléter l'examen de celui-ci, il reste à aborder l'instance, et les voies d'exécution.

(à suivre).

(207) Au rang desquelles nous placerions les affaires d'état, et les actions immobilières et mobilières dont le taux dépasserait par exemple 5.000 DA.