

ELEMENTS DE DROIT JUDICIAIRE ALGERIEN

(deuxième suite)

par Henri FENAUX *

(2^e Partie : L'INSTANCE)

— 102 —

Il était permis, concluant l'étude de l'Organisation Judiciaire (**), de constater que le nouvel appareil judiciaire algérien n'était pas de nature à rapprocher la justice du justiciable, sauf, partiellement, sur le plan des distances géographiques. En revanche il pourrait n'en être pas de même en ce qui concerne l'instance, puisque, dit-on, « en Algérie la procédure est réputée sommaire ». Une telle assertion, pour fréquemment rappelée qu'elle soit, est pourtant fort ambiguë ; la commodité ne va pas sans l'atténuation de certaines garanties ; la facilité de l'accès du justiciable au prétoire, peut être compensée par un accroissement d'un certain aspect discrétionnaire des pouvoirs du juge. Mais peut-on réellement parler, en Algérie, de simplification de la procédure, en dehors des effets de la suppression des avoués ? Précisément, cette disparition des spécialistes de la procédure s'est-elle accompagnée de l'allègement des formes, nécessairement corrélative ?

Telles sont les questions fondamentales qu'on est en droit de se poser. Des textes assez brefs vont-ils permettre d'y apporter les éléments d'une réponse ? Mais aussi est-il possible de discerner aujourd'hui dans quelle mesure ces textes sont reçus dans la pratique, et l'accès à celle-ci ne fausse-t-il pas l'appréciation des textes ? Ceux-ci, il est vrai, sèment quelque peu le doute, puisqu'il est indiqué à l'article 474, on s'en souvient, qu'« il n'est provisoirement pas dérogé aux formes particulières de procéder, notamment... » en des matières fort nombreuses. Ceci, joint à l'inégale formation technique des magistrats, permet parfois à l'observateur de penser que finalement on assiste à une superposition des formes nouvelles aux formes anciennes le formalisme, allant jusqu'au formalisme illégal, étant souvent la rançon de l'inadéquation des hommes.

(*) Chargé de cours à la faculté de droit et des sciences économiques d'Alger.

(**) Voir notre étude, in *Revue Algérienne* vol. V n° 1, mars 1968 page 7.

Il est pourtant nécessaire de s'abstraire de la pratique actuelle, sauf pour y rechercher des lignes d'interprétation. Cette recherche se heurte toutefois à une double difficulté. La difficulté tient d'abord à l'absence quasi totale de publication des décisions judiciaires et particulièrement des décisions rendues par les juridictions inférieures. Elle tient ensuite à la qualité de l'interprétation, en ce sens que, faite parfois par des magistrats insuffisamment formés, cette interprétation peut n'avoir pour but que de pallier les actuelles carences, et pourrait n'être pas poursuivie lorsque l'organisation judiciaire sera parfaite.

De telles difficultés pourront parfois contraindre à se limiter au tracé de pistes provisoires, tant dans le domaine du déroulement de l'instance, que dans celui du jugement et des voies de recours, qui seront examinés successivement, après que l'on se sera attaché à traiter de l'action en justice.

— 103 —

Section introductive

L'ACTION EN JUSTICE

Dans cet exposé liminaire, il est nécessaire de rechercher tout d'abord quel est, en droit positif algérien, le domaine de l'action en justice. On en examinera ensuite les éléments généraux.

Sous-Section I

DOMAINE DE L'ACTION EN JUSTICE

On aurait pu concevoir, dans un pays qui somme toute pouvait penser et régir en faisant du neuf, et particulièrement à la faveur d'une option politique déterminée, que la matière du droit judiciaire fût plus ou moins bouleversée. Tout particulièrement, s'agissant du domaine de l'action en justice, on aurait pu admettre que fussent soustraires à la connaissance des juridictions *les causae minores*, ou des litiges d'une espèce précise ; une autre solution eût consisté dans la création d'un organisme para-judiciaire, permettant la conciliation des parties. De tels systèmes, allant du Tribunal populaire chinois à la Commission de la famille de certaines démocraties populaires, n'ont peut-être pas fait l'objet de discussions, de sorte qu'on ignore si le maintien du système dit occidental est le résultat d'une option. Peut-être est-il permis de penser que de telles solutions auraient de toute façon été écartées, dans un pays où l'autorité centrale avait à s'asseoir, et à éviter le « régionalisme » alors que précisément certaines régions connaissaient un tel organisme para-judiciaire, la djemaa, contre laquelle le pouvoir central précédent paraît avoir également lutté.

En tout cas le droit judiciaire algérien n'a d'aucune manière restreint le domaine de l'action en justice, ni par voie de conséquence, des juges agissant au contentieux. Il ne reste dès lors qu'à rechercher quelles en sont les limites traditionnelles, dans les hypothèses où le litige n'est pas encore né, ou lorsque les parties décident de le soustraire au juge.

Paragraphe I

La juridiction gracieuse

La législation algérienne s'est, sagement semble-t-il, privée d'une définition de la juridiction gracieuse. Sagement, oui, car les textes antérieurs n'en comportaient pas (208), la doctrine en voyait peut (209) ; et les juges n'en ont pas tellement besoin, puisqu'aussi bien il s'agit de l'exercice par le juge de son pouvoir d'*imperium*, qu'il se garde de confondre avec celui de *juris dictio*.

La matière permet habituellement la distinction entre les actes administratifs du juge, et les ordonnances sur requête. Il n'est pas sûr que le droit algérien permette de la conserver rigoureusement, encore qu'elle ne soit guère utile que pour son exposé.

Il existe, il est vrai, des secteurs où l'acte du juge est nécessairement administratif. C'est le cas, par exemple, du *contrôle de l'état-civil*, ou du *registre de commerce*. C'est encore le cas de l'exercice, par le juge, des fonctions de *haute tutelle*, en vue de l'*homologation*, des décisions du conseil de famille notamment. Ces questions ne sont généralement pas abordées dans un code de procédure civile ; lorsque l'Algérie sera dotée d'un code civil (210), il rappellera à leur sujet le rôle administratif, envisagé surtout *ad solemnitatem*, du juge de l'homologation et du contrôle ou de l'enregistrement.

Dans un autre secteur, on peut voir des actes administratifs dans les *renvois*, tant ceux d'une juridiction à une autre (211) que d'une sous section à une autre (212). Ces renvois auraient pu, on avait cru devoir l'indiquer, être la solution des problèmes de compétence, par leur disparition ; quelque bénéfique qu'on eût tiré, par l'absence d'autorité de la chose jugée et l'absence de voies de recours qui caractérisent les décisions administratives et particulièrement les renvois, ceux-ci n'ont pas été multipliés après la réforme judiciaire, qui n'autorise pas leur prolifération peut-être contestable.

La matière traditionnelle des actes administratifs du juge n'a donc pas été modifiée, et ne pouvait à la vérité pas l'être, par le droit judiciaire algérien. En revanche on peut se demander si le domaine des *ordonnances sur requête* n'a pas été bouleversé. On peut aussi

(208) La loi française du 15 juillet 1944, sur la Chambre du conseil, où l'on a cru relever un système, nous paraît fort ambiguë (cf. n. article « Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers » in *Rev. Trim. dr. Civ.* 1967. 3. 577).

(209) C. notamment SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, Tome 1, n° 485 et suivants.

(210) Puisque le Code de commerce français peut être considéré comme reconduit en bloc par la loi du 31 décembre 1962.

(211) Cf. supra, n° 52 et 28.

(212) Cf. supra, n° 13, et n. article cité à la note 40.

s'interroger sur la répercussion de ce bouleversement sur la nature et les effets des ordonnances sur requête.

1°) *Le domaine des ordonnances sur requête :*

On retrouve, dans le droit judiciaire algérien, le triple domaine des ordonnances sur requête, tel qu'il peut apparaître dans le temps.

a) *Avant le procès*, tout d'abord, il peut être statué sur requête dans le cadre de la préparation du dossier (213) on n'oserait plus dire dans celui des actes extrajudiciaires. Le juge peut ordonner un constat, une sommation, ou une autre mesure d'urgence, selon l'article 172. Ce texte commence précisément le chapitre 1^{er} « Des mesures d'urgence », du livre IV « Dispositions communes aux tribunaux et aux cours ; de la procédure d'urgence », dans un plan contestable.

Pour comprendre l'intérêt de l'ordonnance sur requête dans cette matière, il est nécessaire de rappeler qu'une mesure d'urgence peut être exécutée selon deux autres procédures hormis dans un procès, par l'effet d'un jugement avant-dire droit, comme le rappelle l'article 43, cas où à la vérité il n'y a plus tellement urgence. La mesure d'urgence peut d'abord être diligentée directement par l'agent d'exécution, requis par le justiciable. Il ne fait aucun doute que, malgré l'apparente subordination de l'agent d'exécution par rapport au greffier et, au-dessus de celui-ci, au magistrat, cet agent peut être chargé par le justiciable d'effectuer tel ou tel acte (214), particulièrement en la matière. Toutefois, l'article 172 alinéa 3 restreint la compétence de l'agent d'exécution, aux cas de « constat touchant des faits purements matériels » et de « sommation non interpellative ». On voit mal le sens de la première restriction, d'autant que l'alinéa 4 du même article, prévu en toute hypothèse, fait obligation à l'agent du greffe de mentionner les dires éventuels du défendeur possible ou de son représentant. On comprend mal, pour la raison qui vient d'être exprimée, pourquoi l'agent ne serait pas habilité, sur simple réquisition d'un justiciable, à délivrer une sommation interpellative ; il y a là une contradiction manifeste, à laquelle la pratique paraît répondre en ignorant les restrictions de l'alinéa 3.

En revanche, le même alinéa 3 fait plus opportunément intervenir le juge, en cas de refus opposé au justiciable par l'agent d'exécution, là où il aurait dû agir seul. Cette mesure est prudente. D'une façon plus générale, il est intéressant de recourir à la forme de l'ordonnance sur requête depuis la disparition des huissiers, précisément pour obtenir une exécution, puisqu'en effet l'ordonnance contient commission de l'agent d'exécution (215), et emporte la possibilité pour le juge d'exercer

(213) Outre l'ordonnance sur requête, d'utilité pratique considérable, abrégant les délais de procédure, et permettant notamment le référé d'heure à heure (art. 184 CPC).

(214) Le décret n° 66-165 du 8 juin 1966, précité, a effectivement transmis aux agents d'exécution, les attributions des huissiers.

(215) Malheureusement, dans le système actuel, et dans les tribunaux importants au moins, il n'est pas procédé à la désignation d'une personne physique dénommée et responsable. On ne peut que le regretter, sur le plan de l'efficacité au moins.

un contrôle. D'autre part, au-delà des restrictions assez platoniques de l'alinéa 4 de l'article 172, l'ordonnance sur requête accroît les pouvoirs de l'agent l'exécution, en face par exemple de la crainte d'une violation de domicile. En outre l'ordonnance donne à l'acte une force probante plus grande, notamment pour le constat. Enfin, elle ouvre la porte au référé en cas de difficulté, expressément prévu dans l'alinéa second, et qui doit être considéré désormais comme le droit.

Ces trois dernières considérations ne sont pas nouvelles, non plus que la difficulté qu'il y a, d'un autre côté, à discerner les domaines respectifs de l'ordonnance sur requête et de l'ordonnance de référé, dans cette matière où précisément l'article 183, pour la seconde, vise également « tous les cas d'urgence ». On aurait tendance à éliminer cette difficulté, en n'y voyant qu'une question de degré ; une telle réponse est toutefois assez ambiguë, car, susceptible de viser la nature de l'opération envisagée, et finalement sa distance par rapport au fond, elle risque de mettre en cause la nature même de l'ordonnance sur requête, dont il sera parlé plus loin. On pourrait également s'en rapporter, pour choisir l'une ou l'autre voie, à l'intérêt du demandeur, ou, en d'autres termes au résultat recherché : veut-il une mesure vraiment urgente, il préférera la forme de l'ordonnance sur requête ; veut-il un constat contradictoire, par exemple, qui ne pourra pas être contesté aisément, il choisira la procédure de référé.

— 106 —

b) *Dans le procès*, l'ordonnance sur requête n'apparaît, d'ordinaire, qu'au début de la procédure, et encore dans des matières exceptionnelles, où la nature même de l'action requiert un contrôle préalable du juge, ainsi en matière de divorce (216) ou de prise à partie (217).

Telle n'est pas, semble-t-il, la voie suivie par le législateur algérien de 1966. Celui-ci, au contraire, fait commencer toute instance par une requête, soit devant le Tribunal (218), soit devant la Cour statuant en premier ressort (219). Il en est de même pour l'appel (220) et pour le pourvoi (221).

Toutefois, avant de rechercher la nature juridique des ordonnances sur requête, il est permis de se poser dans ces hypothèses une question préalable : s'il y a requête, y a-t-il ordonnance ? La pratique n'aide pas à trouver une réponse, en présentant, du moins pour la requête introductive d'instance, toute une variété de formes, allant du plan de citation en usage précédemment devant le Conseil des Prud'hommes (222) à la véritable requête sollicitant une ordonnance ; cette ordonnance a

(216) Art. 234 C. Civ ; pour l'Algérie, art. 13 du décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959.

(217) Art. 510 C. Fr. P.C.

(218) Art. 12 C.P.C.

(219) Art. 110 C.P.C.

(220) Art. 168 C.P.C.

(221) Art. 240. C.P.C.

(222) Jurisdiction, pour, contre, objet de la demande.

d'ailleurs plusieurs intérêts, au rang desquels on peut citer la distribution à une Chambre ou à une Sous-Section (223), ou la commission d'un agent notificateur, intérêts qui recommanderaient l'usage de ce procédé. Mais, au vrai, à qui la requête est-elle adressée ? Le fait qu'en pratique elle soit déposée au greffe, et ne s'accompagne pas d'une comparution du demandeur devant le juge, ne transforme pas la requête en réquisition, faite au greffier, d'avoir à enrôler et à citer. La requête est donc adressée au juge ; celui-ci ne la voit peut-être pas en pratique, mais il n'en demeure pas moins qu'il est censé l'avoir lue, et même appréciée, puisque, selon les articles 18 et 20 notamment, c'est le juge qui convoque les parties seul l'article 20 précisant « par son greffier ». Dès lors, n'y a-t-il pas là une ordonnance, et précisément une ordonnance sur requête ? Ou bien, au contraire, faut-il y voir quelque chose de voisin du *placet* de l'ancienne procédure civile ? Il est permis de préférer la première interprétation (224), car la deuxième n'a d'intérêt que pour la mise au rôle.

On concluera de même en ce qui concerne la requête saisissant la Cour en premier ressort (225), et même la requête d'appel et la requête en cassation. En effet, dans toutes les hypothèses, il ne suffit pas de voir dans la requête l'expression d'une demande : il faut y relever à la fois l'effet de saisine, et les autres effets signalés, notamment l'attribution à une chambre et la commission d'un agent du greffe.

D'autre part, on peut encore estimer qu'en la forme d'ordonnances sur requête, pendant le procès, il peut être procédé à des remplacements d'expert (226), par exemple. C'est peut-être encore le cas des décisions de « renvoi » d'une audience à une autre, ou de la fixation, prises par le Président de la Section Commerciale siégeant seul aux audiences dites de rôle mais il n'est pas souhaitable de voir partout des ordonnances sur requête.

— 107 —

c) *Après le procès*, le domaine des ordonnances sur requête est encore vaste. C'est d'ailleurs l'un des aspects les plus nets du droit judiciaire algérien, que d'inaugurer presque toutes les voies d'exécution par une ordonnance sur requête. Ce régime de l'autorisation préalable quasi-générale, qui gouverne la matière des voies d'exécution, sera analysé lors de l'étude qui sera consacrée à celles-ci (227). D'ores et

(223) On aurait pu concevoir la désignation d'une section, la requête étant alors déposée au greffe unique du tribunal ou de la Cour : peut-être est-ce la solution de l'avenir ?

(224) Il n'est pas sans intérêt de voir, dans cette procédure, la très exacte continuation de la procédure par libelle du Bas-Empire Romain, au V^e siècle de notre ère. On suivra avec fruit le parallèle. Cf. MONIER, « Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du « Moyen Age », n° 284.

(225) Ici, l'ordonnance contient la désignation d'un conseiller rapporteur (art. 112 al. 1). En revanche l'ordonnance du conseiller rapporteur (al. 2) n'est pas rendue sur requête ; c'est un acte d'administration.

(226) Art. 51 al. 2.

(227) Cf. infra. 3ème partie : Voies d'exécution.

déjà, il y a lieu de remarquer que les ordonnances sur requête ont proliféré dans cette matière. On en trouvera, d'abord, lorsque le créancier poursuivant n'a pas de titre exécutoire, ce qui est normal puisqu'il y a lieu de constater surtout que la créance paraît fondée en son principe, et de l'évaluer. Mais on en trouvera aussi, souvent, lorsque le créancier a un titre exécutoire ; il faudra alors expliquer cette exigence, assez surprenante au premier abord ; peut-être devra-t-on alors revenir à la nécessité, déjà aperçue à plusieurs égards, de compenser la réduction du contrôle de la procédure par le justiciable, par un contrôle exercé par le juge.

Voilà donc, à travers ce rapide survol de la procédure, un domaine très large offert aux ordonnances sur requête. Et encore n'avons-nous pas évoqué toutes les hypothèses, et particulièrement la procédure monitoire (228) ou la contrainte par corps (229). Dès lors, est-il concevable de réunir toutes ces ordonnances sur requêtes ? Elles portent le plus souvent ce nom dans les dispositions du Code, et elles procèdent toutes de la même technique : est-ce suffisant pour leur conférer un aspect monolithique ?

— 108 —

2°) *Nature juridique et effets des ordonnances sur requête :*

La recherche de la nature juridique des ordonnances sur requête est, traditionnellement, l'une des questions les plus délicates du droit judiciaire. Peut-être serait-ce aussi l'une des questions les plus inutiles, n'étant la détermination de leurs effets. Quoiqu'il en soit, le droit judiciaire positif algérien éclaire-t-il de quelque manière ce problème ?

On est toujours tenté, en la matière, de déterminer la nature juridique des ordonnances sur requête à partir de leurs effets. Cette démarche, pour illogique qu'elle soit, ne peut pas être évitée, qui conduit à constater que, les effets n'étant pas toujours les mêmes, les ordonnances sur requête ne constituent pas un bloc monolithique et dès lors la réponse est formulée au moment où la question est posée.

En effet, le nombre même des ordonnances sur requête susceptibles d'être rendues, la variété des objets auxquels elles répondent contraint d'y voir un procédé unique quant à la forme, mais multiple quant aux effets. Il est difficile d'accorder la même portée à l'ordonnance autorisant une sommation, et à celle inaugurant une saisie, ou à l'ordonnance susceptible d'être rendue sur une requête introductive d'instance par exemple.

Un point est certain, déjà : l'ordonnance sur requête est plus qu'une mesure administrative, plus qu'un acte de juridiction gracieuse. En effet, dans toutes les hypothèses, l'ordonnance sur requête permet de faire un acte, et de donner à cet acte une valeur particulière. Ainsi, pour prendre l'exemple le plus saisissant, tant par sa nature que par

(228) Art. 174 à 182 C. Alg. P.C. sur l'injonction de payer.

(229) Art. 407 à 412 C. Alg. P.C.

ses effets, en matière de constat. Malgré le silence du Code Algérien de procédure civile, il paraît que se poursuivra nécessairement la jurisprudence antérieure qui donnait aux constats une force probante différente selon que l'agent a été requis par le justiciable, ou commis par ordonnance sur requête. Dans le premier cas, le constat ne vaut qu'à titre de renseignements, et sa pertinence est souverainement appréciée par le tribunal ; dans le second, le constat ordonné sur requête vaut en général (230) jusqu'à inscription de faux. Dès lors, c'est par la vertu de la commission par ordonnance que le constat lie le Tribunal. Il est permis de voir là un effet juridictionnel, s'ajoutant à celui de la commission.

— 109 —

Cet effet de l'ordonnance sur requête serait à lui seul insuffisant pour lui donner la nature d'un acte juridictionnel. En effet, un jugement d'homologation a également un tel effet, alors qu'on le range d'habitude dans les actes de juridiction gracieuse ; à la vérité, et ceci ruine la distinction, ce jugement peut être attaqué par la tierce-opposition (231).

Il y a plus, qui contraint à voir dans l'ordonnance sur requête un acte juridictionnel, c'est la possibilité d'exercer des voies de recours. On lit en effet dans l'article 172 alinéa 2 CPC :

« En cas de rejet de la demande, sauf en matière de constat ou de sommation, l'ordonnance est susceptible d'appel lorsqu'elle a été rendue par le président d'une juridiction du premier degré ».

L'exclusion de l'appel en matière de constat ou de sommation peut paraître surprenante ; toutefois, dans la mesure où un refus ne constitue pas ici une hypothèse d'école, on admettra que l'appel, d'ailleurs peu compatible en fait avec l'urgence, ne s'impose pas, puisque la même mesure peut être directement requise par le justiciable (232). Dès lors, la faculté d'appel signe le caractère juridictionnel de l'ordonnance sur requête.

Mais il est nécessaire de nuancer immédiatement cette affirmation. En effet, le même alinéa 2 de l'article 172 commence ainsi :

« Dans le cas où il fait droit à la demande, il lui en sera référé en cas de difficultés ».

S'agit-il exclusivement de résoudre des difficultés, d'aménager la mesure d'urgence ? Il est évident que la clause de référé, devenue de droit, permet au juge d'aller jusqu'à rétracter son ordonnance. Dès

(230) En réalité, on donne souvent une autre ligne de partage : le constat ordonné ne vaut jusqu'à inscription de faux que pour autant que la loi l'ait prévu dans la matière considérée ; en d'autres termes, un constat ordonné dans une matière où il aurait pu être simplement requis, ne vaudrait qu'à titre de renseignements. Cette thèse nous paraît très contestable.

(231) Cf. Art. 1397 C. Civ. (L. 13 juillet 1965) et n. art. précité in Rev. Trim. dr. Civ. 1967.

(232) A l'exception, il est vrai, de la sommation interpellative, selon l'al. 3 : cf. supra n° 106.

lors, plutôt que de nuancer le caractère juridictionnel de l'ordonnance sur requête, ne s'agit-il pas, compte tenu de cette possibilité de rétractation, d'anéantir le caractère juridictionnel ? Il convient de répondre par la négative. En effet, déjà, la possibilité de rétractation peut s'étendre aux jugements rendus par une juridiction véritable, ne serait-ce que par la voie de la tierce-opposition ; or, précisément, la clause de référé n'est pas autre chose qu'un procédé simplifié de tierce-opposition. D'autre part, quand bien même l'ordonnance sur requête autorisant une mesure d'urgence serait-elle gracieuse, ce ne serait pas la seule hypothèse où la décision favorable est gracieuse, alors que le rejet est contentieux (233).

Il semble qu'il soit nécessaire d'aller plus loin. En effet, l'ordonnance sur requête autorisant la mesure d'urgence, est juridictionnelle, outre dans la commission et dans la valeur probante, en ce qu'elle rend éventuellement compétent le juge des référés (234).

— 110 —

Quelques généraux que soient les termes de l'article 172, on peut toutefois se demander s'ils englobent toute la matière des ordonnances sur requête. C'est ainsi, notamment, que les ordonnances inaugurant les saisies sont régies par des dispositions particulières. Précisément, parmi celles-ci, on peut relever l'article 346, en matière de saisie conservatoire, où l'alinéa 3 contient la disposition suivante, relative à l'ordonnance autorisant la saisie :

« Elle est exécutoire sur minute, nonobstant opposition ou appel. Il en sera référé au juge en cas de difficulté ».

Un tel texte, apparemment fort hérétique, est de nature à plonger le juriste dans un abîme de réflexion (235). Il est toutefois souhaitable de n'y point tomber.

En réalité, ou bien la mesure a été autorisée par le juge, ou elle a été refusée. Dans le premier cas, le débiteur pourra revenir devant ce juge en se portant demandeur en référé. Si le juge rejette l'incident, il ordonnera en même temps la continuation des poursuites ; il en serait de même en cas de cantonnement, solution d'admission partielle de la contestation formée par le débiteur. Si le juge ordonne la main-levée de la saisie, celle-ci nécessairement tombe. Mais, en face de cette décision du juge des référés, toute voie de recours sera ouverte, non pas contre l'ordonnance sur requête, mais contre l'ordonnance de référé. Par conséquent il est certain que la clause de référé, contenue dans l'ordonnance autorisant la saisie, interdit l'appel contre cette ordonnance. Dès lors la formule de l'art. 346 al. 3 doit simplement

(233) Cf. BOULLOC, op cit, sur l'acte d'instruction, ici l'ord. accordant la liberté provisoire et l'ord. la rejetant.

(234) Lequel, il est vrai, serait compétent même sans clause de référé, et même en l'absence de la disposition expresse de l'art. 172 al. 2.

(235) L'art 48 C. Fr. P.C. contient la même formule dans son al. 4 (L. 12 nov. 1955).

être considérée comme malheureuse : il n'y a pas d'appel contre l'ordonnance sur requête autorisant la saisie conservatoire, et pas davantage d'opposition.

Dans le second cas, le juge a rejeté la requête en autorisation de saisie conservatoire ; cette solution n'est pas une hypothèse d'école : il suffit que l'apparence de créance ne soit pas suffisante pour permettre au juge de dire qu'elle est « fondée en son principe », ou que le requérant ne justifie pas suffisamment de ce que le recouvrement est exposé à péril. Dans cette hypothèse, faut-il admettre l'ouverture d'une voie de recours ? La jurisprudence française en matière d'ordonnances sur requête, y fut longtemps hostile, et repoussa le plus souvent les appels, en se fondant sur le caractère gracieux de la mesure ; c'est seulement depuis la loi du 15 juillet 1944, permettant expressément l'appel des décisions gracieuses rendues en chambre du conseil, que l'appel des ordonnances de rejet fut admis (236). Si l'on fait abstraction de la justification donnée, en raison du caractère quelque peu aberrant de cette loi de 1944, il convient de retenir que l'appel n'est plus aujourd'hui discuté ; une motivation plus sérieuse consisterait simplement à constater que le rejet de la requête fait grief au requérant (237). En droit algérien, aucun doute ne peut subsister, en présence de l'article 172, rédigé en des termes si généraux (« en quelque matière que ce soit » selon l'alinéa premier) que l'alinéa second, autorisant précisément l'appel en cas de rejet de la requête, a vocation à s'appliquer notamment à l'autorisation de saisir conservatoirement.

Dès lors l'ordonnance de rejet est juridictionnelle. Il n'en reste pas moins que le demandeur, constatant le plus souvent un rejet en l'état, pourra déposer une nouvelle requête, accompagnée cette fois de preuves plus convaincantes de la réalité de sa créance ou du péril. Est-ce là une contradiction, entre le caractère juridictionnel, permettant l'appel, et l'absence d'autorité de la chose jugée, permettant la réitération de la requête ? Il suffit, pour répondre à cette question, de rappeler que l'autorité de la chose jugée s'entend, pour employer l'expression des économistes, « toutes choses égales » : l'ordonnance de rejet a été rendue en l'état, et doit être considérée comme une décision d'irrecevabilité.

Il est possible de nous résumer, en affirmant à nouveau que l'article 172 a une portée générale, et donne un meilleur éclairage sur la nature juridique des ordonnances sur requête, lesquelles sont toujours d'une utilité capitale pour le justiciable.

(236) Paris, 5 nov. 1957, cf. Rev. Trim. dr. Civ. 1958, 306, obs. MM. HEBRAUD et RAYNAUD.

(237) C'est le même motif qui permettra de recevoir éventuellement la tierce-opposition. A la vérité cette question ne nous paraît revêtir qu'un intérêt assez théorique : en pratique, le tiers fera un dire au procès-verbal de saisie, et l'affaire reviendra en référé sur difficulté d'exécution ou le tiers assignera en référé pour obtenir la distraction.

— 111 —

Paragraphe II

L'arbitrage

Il reste, afin de parfaire la délimitation du domaine de l'action en justice, à évoquer l'hypothèse où les justiciables entendent soustraire l'examen du litige au juge, et recourir à la procédure d'arbitrage.

Le législateur algérien consacre tout un livre à la matière, le livre VII « de l'arbitrage », article 442 à 458, soit plus d'un trentième du Code de procédure civile. Ces dispositions sont manifestement hors de proportion avec l'utilité pratique de l'arbitrage en droit interne ; on verra d'ailleurs qu'elles ne sont pas de nature à rendre plus fréquent le recours à cette procédure.

Il n'en demeure pas moins que la matière offre un intérêt théorique considérable, tant au regard du droit civil ou commercial qu'en ce qui concerne la procédure. Un autre intérêt aurait pu marquer l'arbitrage en Algérie, intérêt résultant de la présence, en beaucoup d'endroits, de la djemaa, assemblée de notables à qui était souvent dévolue, en pratique, la connaissance des litiges survenus dans le village. Il était difficile de discerner l'efficacité exacte de cette institution intéressante, allant de la mission de conciliation jusqu'à la fonction de judicature, avec une force exécutoire qui, pour être officieuse, n'en était pas moins réelle par des moyens tels que la mise en quarantaine, voire le bannissement. La djemaa fût combattue en Algérie par l'administration française, en fait du moins. On aurait pu songer à partir de 1962, à un retour au système de la djemaa (qui pendant la guerre d'Indépendance avait été relayée par les Commissions de Justice des Willayas). Il n'en a rien été : le législateur de 1966, probablement pour des raisons politiques, a affecté à l'égard de la djemaa un parti-pris d'ignorance aussi systématique que celui que manifestait le législateur français.

Par conséquent le droit positif algérien nous offre une vue de l'arbitrage qui n'est pas essentiellement différente de celle des articles 1003 et suivants du Code français de procédure civile. On verra toutefois que l'accord des parties a été mieux précisé, et que l'exercice de l'arbitrage soulève autant de difficultés.

— 112 —

A — L'ACCORD DES PARTIES

La seule mention de l'article 442 : « Toute personne *peut* compromettre... » permet de rappeler que l'arbitrage est nécessairement volontaire. Il ne peut résulter que d'un accord préalable des parties, accord qui doit remplir des conditions tant de fond que de forme.

1°) *Conditions de fond*a) *Conditions tenant aux parties.*

L'art. 442 permet de recourir à l'arbitrage sur les droits dont le justiciable « a la libre disposition ». Ainsi est consacrée l'exigence d'une capacité complète, tant de jouissance que d'exercice. Les incapables

sont exclus de l'arbitrage ; ceci résulte d'ailleurs a contrario de l'article 447 alinéa 2 qui indique « le décès, lorsque tous les héritiers sont majeurs, ne met pas fin au compromis ».

L'art. 442 al. 3 interdit à l'Etat et aux personnes morales publiques de recourir à l'arbitrage.

b) *Conditions tenant à l'objet.*

Le Code n'indique nulle part qu'il doit s'agir d'un objet litigieux. A première vue ceci est évident. Mais ce silence a l'heureux effet de mettre un terme aux difficultés historiques suscitées par l'article 1006 du Code français qui exigeait, sans restriction, que l'objet du litige fût précisé, ainsi d'ailleurs que le nom des arbitres, dans le compromis. Plus exactement l'article 444, qui indique les conditions de forme, ne contient cette exigence de précision de l'objet que pour l'une des deux formes de l'accord, toutes deux prévues dans ce texte. En revanche, pour la seconde forme de l'accord, l'objet litigieux n'a pas à être précisé : il n'a même pas à être né, pourvu qu'on connaisse son cadre, c'est-à-dire le contrat dont l'exécution pourrait donner naissance à des contestations, selon les termes mêmes de l'art. 444 al. 2 - 1° « exécution » pouvant aussi s'entendre de la validité du contrat lui-même.

L'article 442 alinéa 2, d'autre part, interdit d'abord de recourir à l'arbitrage en matière alimentaire, en matière de logement et de vêtements, en matière successorale ; ceci jusqu'ici, ne fait pas de difficulté, et permet simplement de signaler la matière successorale, nouvelle par rapport à l'art. 1004 C. Fr. P. C. N'est pas nouvelle ni surprenante l'interdiction de recourir à l'arbitrage, prévue à la fin de l'article 442 al. 2, en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes. Finalement ce texte n'encourerait qu'un reproche purement formel, visant l'ordre illogique des exclusions, n'était la mention « ni sur les questions concernant l'ordre public ». La formule, encore plus imprécise que celle du texte français (238), contraint de renvoyer à l'inépuisable débat sur le choix du mode d'intervention du ministère public au procès civil, lorsque l'ordre public est en jeu, ... ou directement en jeu, ... ou principalement en jeu (239). On conviendra en tout cas que cette formule n'est pas de nature à étendre le champ d'application pratique de l'arbitrage (240).

— 113 —

2°) *Conditions de forme*

Le droit algérien a repris les deux formes habituelles d'accord en vue de l'arbitrage, le compromis et la clause compromissoire. Le droit antérieur leur assignait des domaines assez différents, réservant la clause compromissoire plus particulièrement aux litiges commerciaux. Le droit algérien paraît ouvrir un choix, en toute matière.

(238) Art. 1004 C. Fr. P. C. «... ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public ».

(239) Cf. supra, n° 70.

(240) On pourrait même craindre qu'elle vise même à interdire l'arbitrage international !

a) *Le compromis*

L'article 443, qui traite de la forme du compromis, est ainsi rédigé :

« Le compromis est fait devant les arbitres choisis. Il est constaté soit par le procès-verbal, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé ».

Ce texte comprend manifestement deux dispositions contradictoires : si le compromis est fait « devant » les arbitres, il ne peut être authentique, ni constituer un véritable procès-verbal. Cet article 443, qui est voisin de l'article 1003 du Code français, pourrait être interprété à la lumière de la jurisprudence ancienne, du moins en ce qui concerne l'exigence d'un écrit simplement *ad probationem* (241) Pourtant l'intérêt des justiciables devrait plutôt motiver une interprétation en sens opposé, vers l'exigence d'un écrit *ad solemnitatem*, attirant l'attention sur l'absence des garanties judiciaires.

D'autre part l'article 444 alinéa 1^{er} requiert, à peine de nullité, la désignation des arbitres et la précision de l'objet du litige ce qui renforce l'opinion exprimée sur l'exigence de la forme écrite. Quant à la durée de la mission des arbitres, l'alinéa 5 la fixe à trois mois, faute de convention contraire, ce délai étant susceptible d'être prorogé, et commençant à courir à compter de la désignation des arbitres.

x b) *La clause compromissoire.*

De la façon la plus nette, l'article 444 alinéa 2 permet aux parties « dans tout contrat » de prévoir un recours à l'arbitrage. Dès lors il ne fait aucun doute que cette clause est licite en toute matière, sous réserve bien entendu de respecter les conditions de fond. Ce texte laisse poindre un doute, non pas sur la validité de la clause, mais sur son étendue, puisqu'il vise « l'exécution » du contrat : faut-il penser que sa validité même se trouverait exclue du champ d'application de la clause compromissoire ? Une réponse négative s'impose, car l'alinéa 2 vise davantage le temps de l'exécution que la nature de celle-ci, et s'explique par une nécessaire limitation de l'objet par rapport au contrat lui-même.

L'alinéa 3 est à première vue plus curieux. Il se rapporte à la matière des contrats commerciaux, qui devient un secteur particulier du champ d'application de la clause compromissoire, et exige que la désignation des arbitres dans le contrat fasse l'objet d'une disposition écrite et spécialement approuvée. N'est-il pas paradoxal d'être plus strict lorsque les arbitres sont désignés que lorsqu'ils ne le sont pas ? Ce premier paradoxe peut aisément se résoudre en indiquant que, ce qui est spécialement approuvé, c'est la désignation des arbitres, sur laquelle les parties ne pourront plus revenir. Il existe un second paradoxe tenant cette fois à la matière elle-même, et cette fois il ne paraît pas possible d'y répondre : pourquoi se montre-t-on plus strict pour les commerçants, normalement rompus aux affaires, que pour les justiciables ordinaires ? Est-ce pour laisser une place - certainement future - aux Chambres arbitrales en matière commerciale, véritables organismes para-judiciaires ?

(241) Cf. POITTIERS, 20 déc. 1950, D. 1951. 103.

Il est difficile en tout cas, de ne pas raisonner a contrario, et un texte serait probablement nécessaire pour exiger la forme écrite et l'approbation spéciale dans tous les cas, afin de ne pas sombrer dans le fleuve des contrats d'adhésion ou dans l'océan des vices du consentement...

— 114 —

B — L'EXERCICE DE L'ARBITRAGE

L'essentiel de l'arbitrage étant la sentence arbitrale, c'est celle-ci qui permettra d'examiner successivement la procédure qui y aboutit et les effets qu'elle peut avoir.

1°) Procédure de l'arbitrage

L'arbitrage consistant dans le jugement d'un litige par d'autres organes que ceux installés par l'Etat, il est nécessaire de rechercher comment cette sorte de juridiction est constituée, c'est-à-dire décrire la mise en œuvre de l'arbitrage, puis d'examiner comment le litige est examiné et reçoit une solution, c'est-à-dire quel est le déroulement de la procédure.

a) Mise en œuvre.

La juridiction volontaire rend nécessaire la constitution d'un collège arbitral. Mais encore faut-il que les parties procèdent d'abord à la désignation des arbitres. La question ne se pose pas dans l'hypothèse de l'existence d'un compromis, puisque celui-ci, à peine de nullité (242), contient désignation des arbitres ; il en est de même de la clause compromissoire dans les cas où y figure également cette désignation, cas auxquels l'article 444 alinéa 3, on l'a vu, fait allusion. Mais nombreuses sont les hypothèses où les parties, convenant dans un contrat de soumettre tous litiges à des arbitres, ne nomment pas ceux-ci. S'il survient un litige, il devient nécessaire de rendre actuelle la clause compromissoire. Le Code algérien n'évoque pas la nécessité, pourtant évidente, de rédiger alors un compromis, précisant l'objet du litige bien nécessaire pour déterminer l'étendue de la saisine des arbitres et contenant désignation des arbitres (243) et le cas échéant indication d'un délai. L'article 444 alinéa 4 prévoit uniquement l'hypothèse de refus, par l'une des parties, de désigner son arbitre. Ce texte permet à l'autre partie d'y suppléer par ordonnance sur requête. Une telle disposition surprend, à deux égards ; d'une part, on aurait préféré une procédure de référé, donc contradictoire, s'agissant d'un litige, et visant une désignation assez impensable d'un arbitre par un juge ; d'autre part ce texte donne compétence au président de la juridiction du lieu du contrat, en face de l'article 9 alinéa 1^{er} - 4^e qui est beaucoup plus large, comprenant notamment, en matière commerciale, la compé-

(242) Cette nullité, résultant *expressis verbis* de l'art. 444 al. 1^{er}, ne serait qu'une nullité relative. On pourra penser qu'un tel compromis, qui ne désigne pas les arbitres, n'est pas autre chose qu'une clause compromissoire, parfaitement valable.

(243) Voire, d'ores et déjà, du tiers-arbitre, avec éventuellement ses pouvoirs d'amiable compositeur ; une telle procédure aurait le mérite d'épargner aux parties bien des difficultés, notamment quant à l'application de l'art. 450.

tence du tribunal du lieu de l'exécution, alors que précisément il s'agit ici d'un litige se rapportant par hypothèse à l'exécution. On peut craindre que l'article 444 alinéa 4 n'assure une trop grande protection au vendeur ; d'autre part on est ici renvoyé à la question de l'existence des voies de recours contre l'ordonnance sur requête.

Lorsque chacune des parties a désigné son ou ses arbitres, ceux-ci se réunissent et forment le collège arbitral. Encore faut-il que les arbitres acceptent de remplir leur mission qui peut être lourde et requérir un long travail. Ceci résulte implicitement de l'article 448 alinéa 1^{er} (244), qui leur interdit de se déporter « si leurs opérations sont commencées » ; cette disposition n'est concevable qu'à propos de la clause compromissoire, dans la mesure toutefois où on interprète au mot l'article 443, qui, rappelons-le, indique que « le compromis est fait devant les arbitres », lesquels ont nécessairement accepté. L'article 448 alinéa 1^{er} limite la récusation aux causes survenues depuis le compromis (245) ; l'article 445 contient une curieuse possibilité de révocation bilatérale des arbitres, dont on voit mal la portée, voire l'intérêt.

Enfin l'article 447 ouvre la parenthèse des issues négatives de l'arbitrage. Deux de ces cas ne provoquent aucune question ; l'expiration du délai conventionnel, ou du délai légal subsidiaire de trois mois ; le partage des arbitres lorsqu'aucun tiers-arbitre n'a pas été prévu. La perte de la chose litigieuse ou l'extinction de la créance contestée, sont des hypothèses extrêmement douteuses, au moins pour la première. Quant à la dernière disposition de l'article 447, elle vise la continuation de l'arbitrage en cas de décès d'une partie, avec un délai donné aux héritiers pour faire inventaire et délibérer, ce délai et sa motivation paraissant plus proches du droit successoral français que du droit successoral musulman actuellement applicable en Algérie. Il reste la première disposition de ce texte, visant la fin de l'arbitrage « par le décès, le refus, le départ ou l'empêchement d'un des arbitres sauf clause contraire, ou lorsque les parties conviennent que le remplacement sera fait au choix des parties, de l'arbitre ou des arbitres restants » ; ce texte, clair à deuxième lecture, justifie une fois encore la nécessité d'une rédaction précise du compromis ; il laisse subsister un terme quelque peu ambigu : l'empêchement.

Supposons que toutes difficultés et elles sont déjà nombreuses on été applanies : comment ont lieu les opérations d'arbitrage ?

— 115 —

b) *Déroulement de la procédure :*

L'instruction du litige suit, selon l'article 446 alinéa 1^{er}, « délais et formes établis pour les juridictions ». Faire une interprétation trop étroite de ce texte conduirait à démonétiser radicalement l'arbitrage,

(244) L'art. 447 évoque explicitement le refus ; ceci est une occasion de regretter l'absence d'un texte plus précis sur la constitution du collège arbitral.

(245) Ceci est autre occasion de regretter l'absence de prévision d'un compromis après la clause compromissoire.

dont l'intérêt principal réside justement dans la dispense des formes procédurales. Mais là encore on verra une nouvelle utilité d'une rédaction précise du compromis, seule source de la dispense de respect des formes permise aux parties par le même texte ; une telle exigence peut paraître assez lointaine de l'esprit de l'arbitrage.

Cette instruction du litige est normalement faite par le collège arbitral, qui reçoit les documents, visite les lieux, entend les parties et reçoit éventuellement leurs explications écrites ; toutefois l'article 446 qui omet de rappeler que les parties doivent se soumettre de bonne foi à l'instruction et corrélativement de préciser quels sont les pouvoirs d'investigation des arbitres, indique que le compromis peut permettre la commission d'un arbitre. Cette instruction ne pose pas d'autres questions que celles qui ont reçu une solution en jurisprudence sous l'empire du texte français, notamment quant au respect des droits de la défense (246).

A l'issue de l'instruction, l'ensemble des arbitres rédige la sentence arbitrale. Le Code n'indique pas expressément que la sentence est nécessairement écrite, mais c'est l'évidence même, sans qu'il soit besoin d'évoquer le dépôt qui en sera fait au greffe, ni la signature des experts prévue par l'article 449 alinéa 2, texte qui d'ailleurs envisage le cas improbable de refus de signature par la minorité. Cette dernière disposition, reprise de l'article 1016 du Code français, risque d'avoir peu de portée pratique ; elle n'aura guère d'effets que lorsque les parties auront recours à des chambres arbitrales, qui à notre connaissance n'existent pas actuellement en Algérie, et dont l'imparité est peu conciliable avec la conception normale de l'arbitrage où chacune des parties désigne son arbitre. Cette imparité étant la meilleur solution d'éviter le partage des voix, il arrivera fréquemment que, en son absence, les arbitres émettront chacun un avis qui sera consigné dans la sentence. Dans cette hypothèse, le compromis prendra fin, l'arbitrage ayant échoué, à moins qu'une clause ne prévoie expressément la désignation d'un tiers arbitre.

Ce tiers arbitre est normalement nommé par les arbitres, et éventuellement par le président de la juridiction qui donnera l'exéquatur à la sentence arbitrale (247). Ce tiers arbitre, s'il accepte la mission qui lui est confiée, confère avec les arbitres et statue dans les trente jours de son acceptation. Mais le tiers arbitre est tenu, selon l'article 451 alinéa second, de se conformer à l'un des avis des autres arbitres. Cette disposition, qui reprend celle de l'article 1018 alinéa 2 du Code français, est tout aussi choquante, car la sagesse s'exprime souvent ainsi : *in medio virtus*. Il n'est dit nulle part dans le Code, que le tiers-arbitre pourra juger différemment ; pourtant c'est ainsi que la

(246) Cf. pour l'examen contradictoire des pièces, AIX, 19 mars 1963, D. 1963. 524.

(247) On peut penser ici, selon le principe de correspondance des formes, que la désignation aura lieu par ordonnance sur requête (à partir de l'article 444 al. 4) et à la requête de la partie la plus diligente.

logique et la pratique comprennent la qualité d'amiable compositeur qui peut être donnée au tiers-arbitre par le compromis (248).

Or, si le Code algérien reprend dans son article 451 alinéa 3 ce vocable, c'est dans le cadre d'une disposition générale, qui paraît viser tout autre chose :

« Les arbitres et tiers arbitres décident d'après les règles du droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs ».

Il nous paraît que ce texte, qui reprend d'ailleurs mot pour mot l'article 1019 du Code français de procédure civile, est quelque peu hérétique. En effet, il donne l'impression de mélanger deux choses nettement distinctes. La première concerne ce qui nous intéresse immédiatement, c'est-à-dire l'étendue des pouvoirs du tiers arbitre. Devant le caractère général de l'article 451 alinéa second, il est bien nécessaire d'avoir un texte qui permette aux parties de libérer le tiers-arbitre par rapport aux avis des arbitres qu'il doit départager ; ce texte ne peut être que l'alinéa 3. En outre, logiquement, seul le tiers arbitre (249) peut amener à composition indépendamment de savoir s'il y a lieu ou non de statuer en droit, ce que nous verrons plus loin ; donc seul le tiers-arbitre peut être qualifié d'amiable compositeur, car les premiers arbitres, qui par hypothèse ont exprimé des avis différents, ne composent pas !

Autre chose est de savoir si les arbitres, quels qu'ils soient, statuent en droit ou en équité ; ceci à notre sens n'a rien à voir avec la qualité d'amiables compositeurs : si l'on indique que l'équité permet de rapprocher les parties, il est facile de répondre que le droit devrait, et combien plus, conduire à une solution unique ! En tout cas, les parties peuvent convenir que les arbitres statueront en équité ce qui ouvre la porte vers le domaine d'élection de l'arbitrage : l'arbitrage international. Celui-ci n'entrant pas dans notre propos, il est nécessaire de pousser plus avant la description de l'arbitrage en droit interne, en examinant les effets de la sentence arbitrale, d'une sentence qui contient décision.

— 116 —

2°) *Les effets de la sentence arbitrale*

Il est nécessaire de distinguer la phase arbitrale de la phase judiciaire.

a) *Phase arbitrale.*

Le prononcé de la sentence, mieux même : sa simple rédaction (250).

(248) Ce pouvoir devrait résulter d'une clause expresse du compromis ; cependant il n'est pas interdit de penser que les parties pourront, à défaut, rédiger un avenant au compromis pour donner précisément la possibilité d'un tiers arbitrage, et d'autre part pour définir les pouvoirs du tiers arbitre.

(249) A moins qu'il s'agisse d'une Chambre arbitrale, à composition impartiale, auquel cas il n'y aura pas de tiers arbitrage ; c'est la seule hypothèse, peu courante rappelons-le, où l'al. 3 conserve tout son sens.

(250) Le prononcé, et le dépôt au greffe, ne sont pas nécessaires, la sentence est acquise aux parties en leur absence (C. Cass. Req. 27 avril 1900, D.P. 1901. I. 494.).

devraient terminer la phase arbitrale ; c'est probablement pour cette raison que le législateur algérien ne prolonge pas cette phase au-delà. Toutefois la pratique, et particulièrement celle des Chambres arbitrales, a instauré la faculté d'appel à l'intérieur même de la phase arbitrale, créant ainsi un arbitrage à deux degrés. Cette pratique a pu s'instaurer dans le silence du Code français de procédure civile ; il est logique de penser que les mêmes textes, inscrits au Code algérien, ne feront pas obstacle à l'exercice des voies de recours pendant la phase arbitrale.

Il est logique de penser que le compromis permettant expressément l'appel arbitral, emportera corrélativement renonciation à l'appel judiciaire ; cette renonciation devra cependant être expresse, car l'institution de l'un n'emporte pas de plein droit déchéance du droit au second.

La phase arbitrale peut donc comprendre un appel. En revanche on voit mal comment une opposition, dans le sens procédural classique du terme, serait concevable dans cette phase, puisque les parties ont désigné chacune leur arbitre ou le président du tribunal y a suppléé. A fortiori ne peut-on admettre la requête civile, dite « rétractation » en droit positif algérien, pendant la phase arbitrale.

— 117 —

b) *Phase judiciaire.*

La sentence arbitrale qui a été rendue, même si elle consiste en une décision préparatoire, doit emprunter le secours du bras séculier pour pouvoir être exécutée. Toutefois le but même que s'étaient assigné les parties, la nature même de l'arbitrage, qui emporte renonciation au juge naturel, devraient normalement exclure un examen au fond. Sans entrer dans la controverse, ou dans l'évolution, des pouvoirs du juge de l'exéquatur (251), on conviendra que la tentation est forte, pour ce juge, de profiter d'un contrôle formel pour procéder à une correction du fond, sous la bannière de l'ordre public. Les textes permettant l'exéquatur et ouvrant des voies de recours, n'ont donc qu'une valeur assez platonique.

1. — L'exéquatur ne peut être demandé que d'une sentence qui a déjà emprunté la phase judiciaire par son dépôt au greffe. Ce dépôt a lieu au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, par l'un des arbitres, dans les trois jours (251), selon l'article 451 alinéa premier. L'alinéa second indique que, « s'il a été compromis sur l'appel d'une sentence », le dépôt a lieu au greffe de la Cour ; cette disposition, à rapprocher des termes « arbitrage sur appel » de l'article 446 alinéa, ou de ceux de l'article 453 alinéa 3, est ambiguë : ou bien il a été compromis après un jugement rendu en premier ressort, et nécessairement frappé d'appel, et dans ce cas il est logique de rendre la Cour compétente sur l'exéquatur ; ou bien l'arbitrage a comporté deux degrés, ce qui paraît plus conforme au

(251) En droit international privé : cf. Mohand ISSAD : « le jugement étranger devant le juge de l'exéquatur : de la révision au contrôle ». Thèse Alger - 1968.

(252) Ce délai ne devrait pas entraîner la nullité : Cf. supra, note 250.

texte qui vise la « sentence », et dans cette hypothèse on voit mal pourquoi l'exéquatur devrait être accordé par la Cour.

L'exéquatur est accordé par une ordonnance rendue par le président du tribunal - ou de la Cour. Malgré l'imprécision des textes, il convient d'admettre qu'il s'agit d'une ordonnance sur requête, rendue à la requête de la partie la plus diligente ; l'article 453 invite d'ailleurs à y penser, en décrivant l'opération qui permet finalement au président, par une ordonnance rendue sur la minute de la sentence, d'autoriser le greffier à apposer, à la suite, la formule exécutoire.

Cette exéquatur pose deux questions, une déjà abordée se rapportant à la nature juridique de l'ordonnance, l'autre, qui vient d'être quelque peu éliminée, ayant trait aux pouvoirs du juge de l'exéquatur. Ces deux questions sont d'ailleurs liées. On pourrait être tenté de pencher en faveur d'une nature juridictionnelle, non seulement parce que l'ordonnance a précisément pour effet d'accorder la force exécutoire, mais surtout afin de permettre au juge d'effectuer un contrôle. Ce contrôle, qui pourrait ne pas être permis s'il s'agissait d'un acte d'administration judiciaire, devrait se limiter à la censure selon l'ordre public, sans aller jusqu'à la révision, même s'il s'agit d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger ; il n'est pas certain que la motivation, et son éventuel défaut, puissent autoriser le refus d'exéquatur (253). En revanche, un refus d'accorder l'exéquatur, non motivé par l'ordre public équivaldrait à un déni de justice, et justifierait une prise à partie.

Lorsque l'exéquatur est accordé, la sentence ainsi revêtue de la formule exécutoire est signifiée ; le texte ne le dit pas, mais c'est cette signification qui servira de point de départ aux délais de recours, puisque l'exéquatur a été accordé à l'issue d'une procédure judiciaire non contradictoire. On aurait d'ailleurs pu songer, afin d'éviter une partie au moins de la procédure ultérieure, à une procédure contradictoire d'exéquatur, mais peut-être est-il préférable de constituer immédiatement un titre exécutoire. Ce titre permettra des mesures conservatoires. Il peut même permettre de recourir aux voies d'exécution, lorsque la sentence arbitrale a prévu l'exécution provisoire ; ceci résulte de l'article 455 alinéa 2.

— 117 —

2. — Les voies de recours.

Le chapitre III « des voies de recours contre la sentence arbitrale » groupe les articles 455 à 458, qui traitent, de façon assez peu claire, de cinq voies de recours, dans des termes analogues à ceux des articles 1023 à 1028 du Code français. D'une façon générale, on devrait admettre que ces voies de recours ne s'entendent que contre des sentences revêtues de la formule exécutoire, à peine d'irrecevabilité (254), sauf peut-être pour la première d'entre elles, particulière à la matière de l'arbitrage : l'opposition en nullité.

(253) Cf. sur ces deux points LOUSSOUARN, *D.* 1957, *Chron.* p. 191.

(254) Selon la jurisprudence antérieure (Cass. Fr., Ch. Civ. 23 déc. 1959, *D.* 1960. 685, note ROBERT).

L'opposition en nullité, qui aurait pu sans dommage être appelée autrement (255) doit être distinguée de l'opposition ordinaire, qui précisément (art. 449 al. 3) n'est pas ouverte contre la sentence. Elle vise effectivement l'annulation de la sentence arbitrale. Les cas d'ouverture de cette demande de nullité ne peuvent se définir que par opposition à l'appel et à la « rétractation », dont sont exclues (256) cinq hypothèses par l'article 458 alinéa premier : absence de compromis ou sentence en dehors du compromis (c'est-à-dire, dans ce cas, *extra petita*), nullité du compromis ou expiration des délais, sentence n'émanant pas du collège arbitral tout entier ou absence de réunion de ce collège par le tiers arbitre, et enfin « chose non demandée » - c'est-à-dire à nouveau *extra petita*. Quant aux conditions de recevabilité, si l'on exclut l'absence de renonciation à cette « opposition en nullité », qui paraît inadmissible (257), elles sont difficilement discernables. La compétence déjà reçoit un solution ambiguë : le texte vise « la juridiction où elle » (l'ordonnance d'exéquatur) « a été rendue », et paraît faire allusion au président qui a rendu l'ordonnance, ce qui serait logique en vertu du principe de correspondance des formes ; pourtant on n'hésitera pas à répudier cette analyse, et à dire qu'il s'agit du tribunal lui-même, car la critique qui est faite à la sentence vise le fond, par l'intermédiaire de l'étendue de la saisine des arbitres. Quant au délai pour former cette « opposition en nullité », il n'est pas davantage précisé ; le vocable utilisé permet de penser qu'il y a lieu, ici, d'appliquer le délai normal d'opposition, huit jours selon l'article 98, encore que le but de l'opération, bien plus proche de celui de l'appel que de celui de l'opposition, pourrait faire préférer le délai d'appel d'un mois, lequel délai d'un mois paraît être le délai de droit commun qui n'a pas été écarté par une disposition spéciale à la matière de l'arbitrage ; ce délai ne peut logiquement commencer à courir que du jour de la notification de la sentence revêtue de la formule exécutoire, puisque cette dernière n'a pas été prononcée de façon contradictoire. Enfin le droit commun conduit à admettre l'appel du jugement statuant sur l'« opposition en nullité ».

— 118 —

Les cas d'ouverture de l'« opposition en nullité » permettent de restreindre d'autant le domaine de *l'appel*. Celui-ci pour le cas où les parties n'y auraient pas renoncé, pourra être formé, dès lors, soit pour vice de forme, soit pour vice de fond ; le vice de forme visera

(255) Pourquoi pas la « demande en nullité », précisément permise alors que « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » ?

(256) L'art. 458 al. 3, traite précisément de l'opposition en nullité », après que l'al. 2 ait exclu les cinq cas de l'appel, et commence en ces termes : « les parties peuvent, dans tous les cas... » ; il faut lire « dans tous ces cas... », à la fois parce que c'est logique, et parce que ce texte provient directement, dans cette écriture, de l'art. 1028 al. 2 C.P.C. fr. ; il ne s'agit donc que d'une erreur matérielle.

(257) Il est probable que la jurisprudence ancienne sera reconduite (Cf. Paris 23 mars 1939, D.J. 1939. 296) ; on y serait conduit par une lecture un peu étroite de l'art. 446 al. 2, précité, et, mieux encore, par un certain souci de l'ordre public.

surtout la formalité substantielle de procéder, qui n'est pas susceptible d'être écartée par le compromis, à l'exclusion de la participation du collège arbitral à l'établissement de la sentence arbitrale ; quant à la critique portant sur le fond, elle ne pourra pas viser l'étendue de la saisine des arbitres. L'appel de la sentence arbitrale paraît devoir être porté devant le tribunal, malgré l'article 455 donnant compétence au tribunal ou à la cour, « selon que les matières auxquelles elles se rapportent, sont de la compétence de l'une ou de l'autre de ces juridictions ». On ne peut comprendre ce texte, semble-t-il, qu'en se souvenant des travaux préparatoires du Code algérien de procédure civile, dont l'avant-dernier état prévoyait une répartition de la compétence en premier ressort entre le tribunal et la cour ; il est probable que les textes sur l'arbitrage furent rédigés à cette époque, et que par inadvertance ils ne subirent pas le contre-coup du retour à l'unité de juridiction en premier ressort. Quant au délai d'appel, force est bien, et ici sans ambiguïté, de s'en rapporter au délai d'un mois du droit commun de l'article 102.

Mais alors, s'il faut admettre que l'appel est formé devant le tribunal dont le président a rendu l'ordonnance d'exéquatur, quelle place faut-il faire à la « rétractation », requête civile qui sera portée devant le même tribunal ? Les articles 456 à 458 la prévoient cependant, et en réduisent les cas d'ouverture, d'une part comme ceux de l'appel, au bénéfice de l'« opposition en nullité », et d'autre part en ce qui concerne l'inobservation des formes ordinaires, et à nouveau en cas *d'extra petita*.

Quant à la *terce-opposition*, l'article 454 devrait conduire à l'exclure, puisque la sentence arbitrale n'est pas opposable aux tiers. Toutefois il paraît indispensable de l'admettre, car la sentence revêtue de l'exéquatur emporte une exécution qui peut nuire aux tiers.

Enfin le *pourvoi en cassation* peut être formé contre le jugement rendu sur appel de la sentence. La formule de l'article 458 in fine paraît limiter le pourvoi à cette hypothèse et à celle du jugement rendu sur demande en « rétractation ». Pourtant trois cas peuvent se présenter, où un pourvoi est concevable. Le premier vise l'arbitrage à deux degrés, avec renonciation corrélative à l'appel dans la phase judiciaire ; le second lui est assimilable : l'arbitrage à un degré, avec renonciation à l'appel. Le troisième cas vise le pourvoi qui pourrait être fait contre le jugement statuant sur l'« opposition en nullité ». Dans cette hypothèse, le pourvoi paraît recevable mais limité au jugement, et ne portant donc pas sur la sentence elle-même (258). Cette solution pourrait être étendue aux deux premiers cas ; mais alors il faudrait admettre que le pourvoi fût dirigé contre la seule décision judiciaire, c'est-à-dire contre l'ordonnance d'exéquatur, ce qui est peu concevable.

On ne peut s'empêcher de regretter l'absence d'une ouverture générale et incontestable du pourvoi en cassation en matière d'arbitrage, qui aurait précisément pour effet de censurer des décisions rendues

(258) Cf. C. Cass. Ch. Civ. 16 juin 1963, D. 1953. 574.

par des personnes qui peuvent n'avoir pas connaissance de principes juridiques fondamentaux. Les textes actuels en la matière ne se comprennent que dans le cadre d'un arbitrage où il aurait été statué en équité et non en droit alors que l'article 451 al. 3 n'ouvre cette perspective qu'en application d'une disposition expresse de la convention. Ce regret, il est vrai, est tempéré par l'examen de la pratique, qui demain gardera probablement l'hostilité traditionnelle en face de l'arbitrage, et la conséquence qui y était attachée : non pas l'abandon, mais la protection du justiciable.

— 119 —

Sous-Section II

GENERALITES SUR L'ACTION EN JUSTICE

Après avoir défini le domaine de l'action en justice et avant de rechercher les apports du droit positif algérien en ce qui concerne le déroulement de l'instance, il est souhaitable de se demander si la conception même de l'action en justice est nouvelle, et, corrélativement, si de nouvelles actions ne sont pas apparues.

Paragraphe I

Notion d'action en justice

L'action en justice est le pouvoir légal de s'adresser à la justice pour faire valoir un droit. Si la définition traditionnelle peut difficilement être changée, on concevrait en revanche que le contenu pourrait se trouver modifié par des considérations politiques. Force est bien de constater, pourtant, qu'en cette matière le droit algérien positif est des plus classiques. Nous avons déjà constaté (259) que le Code est particulièrement discret sur l'action en justice. Ce que nous connaissons de la jurisprudence algérienne postérieure, conduit à penser que le procès civil est plus individualiste, plus intéressé, que jamais ; le Ministère public n'y est guère que réputé présent, et extrêmement rares y sont ses interventions. C'est pourquoi il y a fort peu à dire sur les éléments de la définition traditionnelle.

L'action reste un *pouvoir légal*. Elle constitue un recours facultatif, volontaire ; à la vérité rien dans les textes n'interdit un usage accru de la voie d'action par le Ministère Public (260), mais rien ne laisse prévoir actuellement un tel accroissement ; rien n'interdit non plus que la justice soit à la disposition des justiciables, et que les juges, se sentant moins tenus par le rôle, permettent plus facilement les transactions. Réciproquement, nul ne peut être empêché d'agir en justice, et le justiciable doit avoir le libre accès aux tribunaux ; l'un des éléments favorisant ce libre accès, la proximité géographique, a été considéré par le législateur algérien ; l'autre élément, relatif à l'absence de cherté de la justice, pourrait n'avoir pas reçu de solution satisfaisante dans l'état actuel des textes sur la taxe judiciaire (261).

(259) Cf. supra, n^{os} 100 et 101, sur l'intérêt à agir en justice.

(260) Cf. supra n^o 69.

(261) Cf. infra chapitre I sur le déroulement de l'instance, n^o 122.

L'action s'exerce par un *recours au tribunal*. Cette seconde assertion ne pose aucune autre question que celles relatives à l'actuelle organisation judiciaire algérienne.

Enfin l'action est engagée pour *faire valoir un droit*. Sans revenir ici sur l'intérêt à agir, il suffit de rappeler que le plaideur engage sa responsabilité, et peut être condamné à des dommages-intérêts pour abus du droit d'ester en justice, notamment à titre de sanction d'une procédure dilatoire (262), contrepartie normale de l'esprit de célérité qui paraît caractériser la procédure algérienne. Avant d'examiner celle-ci, il est nécessaire de rechercher si le droit judiciaire algérien comprend plusieurs sortes d'actions, ou si au contraire l'effort d'unification est allé jusqu'à ce domaine.

— 120 —

Paragraphe II

Classification des actions

La première distinction classique oppose les *actions réelles, personnelles et mixtes*. Elle est absolument inévitable, à la fois parce que le personnel à l'instance n'est pas le même selon qu'il s'agit d'assurer la protection d'un droit réel ou d'obtenir l'exécution d'une créance, et parce que cette distinction emporte des conséquences inéluctables sur le plan de la compétence. Nous avons effectivement constaté (263) que la compétence *ratione loci* reposait particulièrement sur la nature du droit allégué, et par conséquent sur la nature de l'action qui le sanctionne. En revanche les *actiones tam rem quam personam* de Justinien resteront une matière propre à la doctrine ; des traces en existent pourtant en législation (264).

A l'intérieur des actions réelles et personnelles, la distinction est encore inévitable, pour des raisons tenant à la compétence territoriale, *actions mobilières et actions immobilières*, qui sont parmi les principaux critères de l'article 8 du Code algérien de procédure civile.

En revanche on se serait attendu à la suppression de la subdivision des actions réelles immobilières en *actions pétitoires et actions possessoires*, et ce pour deux raisons. En effet, d'une part la distinction faite par le droit musulman entre propriété et possession, si elle est certaine, ne recouvre pas celle du droit français, particulièrement en ce qui concerne la notion de possession utile, fondement de la protection possessoire du droit français. D'autre part le droit musulman paraît ignorer la protection possessoire stricto sensu, et ne voir dans la possession, outre le fondement d'un droit aux fruits et aux impenses, que la preuve permettant d'exercer l'action en revendication donc d'agir au pétitoire. Un autre élément peut être ajouté, relatif à la fois à l'impossibilité procédurale d'assurer cette distinction et à son

(262) Cf. art. 433 al. 4 in fine.

(263) Cf. supra, n^{os} 45 et suiv., notamment n^o 48.

(264) Art. 9, 1ère disposition, C.P.C., par ex.

défaut d'intérêt pratique, élément dont l'expression par M. MILLIOT nous amène très précisément à la situation d'aujourd'hui. Cette expression (265) est la suivante : « Cette confusion du pétitoire et du possesseur s'explique : par l'unicité de la juridiction du cadi qui enlève tout intérêt au problème de la compétence, en même temps qu'elle supprime ses difficultés ; par la simplicité de la procédure musulmane qui exclut une discrimination nuancée des différents moyens procéduraires (il n'y a en réalité qu'une seule action en droit musulman) et surtout par la facilité que représentent l'admission, comme minimum probatoire du droit de propriété, d'une possession qualifiée. A quoi bon l'action possessorie si une action en revendication peut être fondée sur une possession de dix à douze mois ? »

On voudra bien excuser cette longue citation ; elle a le mérite, sans hiatus (266), de pouvoir être encore lue aujourd'hui et de garder toute sa valeur après la réforme de 1965-66. En effet, nous sommes aujourd'hui dans un système d'unicité de juridiction, non pas tellement celui, proclamé, du Tribunal, que celui, réel, de la section civile. Il n'est pas jusqu'aux sous-sections qui en la matière ne respectent ce principe : les actions possessoires et pétitoires ressortissent de la même sous-section civile dans les tribunaux importants. En effet, le droit positif algérien a gardé cette distinction, manifestement inspirée du droit français. Il y a apporté les mêmes critères relatifs aux conditions de recevabilité des actions possessoires, et il y a attaché les mêmes effets sur le plan procédural. Ce faisant, il a sensiblement modifié le droit musulman classique et créé, sinon exactement une possession qui était déjà assez nette, une protection possessorie nouvelle.

Sur le plan des conditions de la protection possessorie, on notera surtout qu'elle est accordée, selon l'article 413, à la possession annale, paisible, publique, continue, non interrompue, non précaire et non équivoque. Le texte fait une exception au profit de la réintégrande, qui dès lors à en droit algérien, très nettement, l'aspect d'une action *ex delicto*, et non pas tellement d'une action possessorie, et qui, pouvant être fondée sur la simple détention, est susceptible d'être formée contre le co-locataire, voire contre le propriétaire.

Ce nom de réintégrande, qui a ses lettres d'ancienneté, amène à admettre, sur le plan de la procédure, celui des deux véritables actions possessoires, la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre. La question la plus importante en la matière, reçoit en droit algérien la solution que lui donnait le droit français : les articles 415 et suivants du Code algérien de procédure civile consacrent le non-cumul du possesseur et du pétitoire ; l'article 415 va jusqu'à préciser que même l'enquête ne pourra porter sur le fond du droit. L'article 419 alinéa 1^{er} précise de façon opportune que le juge du pétitoire, saisi en second lieu, pourra

(265) Introduction à l'étude du droit musulman, éd. SIREY 1963, n° 734 p. 605.

(266) La compétence juridictionnelle des cadis fût, par le décret du 22 juillet 1963, transférée au juge d'instance (cf. supra n° 3 et note 7) ; il y avait donc, entre ce texte et le Code, unicité de juridiction, sauf la possibilité d'une compétence concurrente du Tribunal de grande instance.

fixer délai pour liquider les condamnations prononcées au possessoire, tout comme le faisait l'article 27 du Code français de procédure civile ; tout comme lui, il exige que le jugement statuant au possessoire, ait été exécuté, avant de recourir au pétitoire.

Ainsi avons-nous constaté, à la faveur de l'étude des classifications des actions, que toute la matière, seulement modifiée sur le dernier point par rapport au droit musulman, était fort classique, comme était fort classique, finalement, toute la matière de l'action en justice. En revanche le Code algérien de procédure civile a profondément modifié le déroulement de l'instance, ce qui aura des répercussions jusqu'à l'exercice des voies de recours.

(à suivre)