

Le 8 mai 2002, son successeur déclare à son tour qu'il a abrogé 600 (six cents) circulaires signés par ses prédécesseurs. Sauf que, en date du 9 décembre 2010, le Bâtonnier national de l'ordre des avocats fut amené à dénoncer le fait que les juges continuent à être instruits à coup de circulaires et d'injonctions.

De manière surprenante un ténor du barreau d'Alger, président d'honneur de la ligue algérienne des droit de l'homme, demande au ministre de la justice d'intervenir par circulaires et directives. Maître Miloud Brahimi, au Quotidien d'Oran. Justice : la réforme ne débouchera sur rien. Le Quotidien d'Oran, 15 février 2003, p 6

(45)-Après l'instauration du multipartisme, un opposant a accusé le chef du gouvernement en fonction en 1992 de gérer le pays avec des circulaires. El Watan, 23 novembre 1992, Soulignons que ce chef de gouvernement qui fut un puissant ministre sous le règne du président Boumédiène, avait déjà géré l'important secteur de l'industrie et de l'énergie au moyen d'innombrables circulaires, instructions et injonctions. Déjà cité dans la présente étude, ce chef du gouvernement, Abdesslam Belaid, fut un des douze membres de l'Exécutif Provisoire.

Aux origines du système juridique algérien

(33) Article 51 du décret présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics (journal officiel n° 58 du 7 octobre 2010, p13) et arrêté du ministre des finances fixant le modèle de la déclaration de probité (journal officiel n°24 du 20 avril 2011, pp 23 et 26.)

(34) Journal officiel n°50 du 1er septembre 2010, p 14.

(35) IDARA -revue de l'École nationale d'administration (Alger), n°2, 1999

(36) Décret présidentiel n° 08-338 du 26 octobre 2008, journal officiel n° 62 du 9 novembre 2008.

(37) El Moudjahid, 26 février 1998, p3.

(38) Nabila Saidoun.-Tourisme : la circulaire interministérielle entérinée le 16 juin dernier. La formule « chez l'habitant » légalisée . Liberté, 2 juillet 2012,p 6.

(39) Décret exécutif n° 07-120 du 23 avril 2007-journal officiel n° 27 du 2 avril 2007, pp 7et 8.

(40) Guesmi Amelle et Amar.-Patriotisme économique, investissements étrangers et sécurité juridique in Mélanges en l'honneur du professeur Mohand Issad.« L'exigence et le droit » AJED édition, Alger, 2011,pp 261-294.

(41)-Leca(j) et Vatin(jc).-L'Algérie politique, institutions et régime. Presses de la Fondation nationale de Sciences Politiques,n°197,Paris,1975.

Addi Lahouari.-L'impasse du populisme, L'Algérie, collectivité politique et Etat en construction.ENAL,Alger,1990.

(42)-Le FLN ,mirage et réalité .Des origines à la prise du pouvoir.1945-1962. Editions NAQD/ENAL,Alger,1993.voir notamment le chapitre 19 :l'avènement d'une bureaucratie .Du même auteur ,L'Algérie et son destin. Croyants ou citoyens. Arcantere éditions,Paris,1992

(43)-Mourad Benachenhou.-Souveraineté de la loi ou dictature de la circulaire ? Le jeune indépendant,20 et 21 octobre 1998.Souignons que l'auteur de cet article est un ancien ministre !

Ahmed Saifi Benziane.-Le cirque circulaire. .Le quotidien d'Oran,30 septembre 2010,p.7.l'auteur traite avec beaucoup de dérision de la gestion(sic) du secteur de l'enseignement supérieur au moyen de circulaires.

(44)-C'est ainsi que le 19 octobre 1999,le ministre de la justice a déclaré à l'agence officielle ,Algérie Presse Service, qu'il a annulé toutes les circulaires de nature à remettre en cause l'indépendance de la justice.

(21) Sur la distinction entre notion fonctionnelle et notion conceptuelle voir. Sfez(L) . Critique de la décision. Cahiers de la fondation nationale de sciences politiques- n° 190-1974,pp 212-219.

Vedel (G).-La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait in JCP, 1950, I

(22)-Les circulaires administratives. Contribution à l'étude du droit administratif. Ed. Economica.2003.p.221.

(23)-Les circulaires administratives. Op cit p.218.

(24)-journal officiel n°27 du 6 juillet 1988,p.759.

(25)-non publiée.

(26) - Circulaire n° 842/394 du 7 septembre 1994 ayant pour objet la concession et l'affermage dans les services publics locaux-Ministère de l'intérieur-Recueil de notes et circulaires-décembre 1994.

(27)- Instruction publiée au journal officiel n°9 du 11 février 2004,p 24 et largement diffusée dans la presse nationale.

(28)-Koriche(MN).Retenue sur salaires :L'Etat contre le droit. El Watan,29 février 1996,p.7.

Yelles Chaouche(B).Sur le caractère inconstitutionnel et discriminatoire d'une imposition. El Watan,23-24 février 1996,p.5

(29)-Ordonnance n°96-14 du 24 juin 1996 portant loi de finances pour 1996. journal officiel n°39 du 26 juin 1996..

(30) journal officiel n°7 du 14 février 1978,pp 114-117-la loi n° 78-02 a été abrogée par la loi n° 88-29 du 19 juillet 1988 (journal officiel n° 29 du 20 juillet 1988,pp 800-802).

(31) Non publiées.

(32) EL Watan économique, du 14 au 20 mars 2011,p 6. La loi n° 87-19 du 8 décembre 1987 détermine le mode d'exploitation des terres agricoles du domaine national et fixe les droits et obligations des producteurs (journal officiel n°50 du 9 décembre 1997, p 1253).

Ce texte extrêmement important crée un droit de jouissance perpétuelle sur les terres agricoles étatiques.

Aux origines du système juridique algérien

Une direction de la justice sera créée au sein de la délégation aux affaires administratives par décret du président de l'Exécutif Provisoire n° 62-501 du 10 juillet 1962.

Le même jour, soit le 10 juillet 1962, sera nommé un directeur de la justice.

Trois jours après, sera édictée l'instruction du 13 juillet 1962 portant reconduction de la législation française.

Le rapprochement de toutes ces informations suggère fortement que cette instruction a été initiée par la direction de la justice. Cette hypothèse doit cependant être vérifiée. Sauf à affirmer que la cause de cette instruction résidait dans la nécessité de permettre aux tribunaux notamment répressifs de fonctionner dans le respect du principe de légalité

(17) Ce n'est pas faire preuve de juridisme outrancier que de s'interroger sur le fondement juridique de cette circulaire. Pour rappel, aux termes de l'article 14 du décret n° 62-306 du 19 mars 1962 portant organisation provisoire des pouvoirs publics en Algérie, « l'exécutif provisoire a le pouvoir réglementaire pour les affaires propres à l'Algérie ». En vertu de l'article 9 de ce décret l'exécutif provisoire devait assurer sa mission « jusqu'à la mise en place des institutions issues du suffrage universel ... »

Dans la tradition juridique et administrative française, les circulaires sont l'une des manifestations du pouvoir réglementaire.

Mais l'objet de cette instruction dépasse assurément les limites d'un pouvoir réglementaire. Du reste, dans l'Algérie indépendante, c'est par une loi (adoptée au surplus par une assemblée constituante) que cette épineuse question de la reconduction de toute une législation a été résolue. Et c'est naturellement par un texte de valeur législative (une ordonnance du président du Conseil de la Révolution) que cette dernière loi a été abrogée.

(18) On rappellera que selon le dictionnaire le premier sens du verbe formaliser est emprunté à la logique et signifie « poser explicitement les règles ».

(19) Long, Weil et Braibant.-Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 8ème édition. Sirey, 1984, pp 410-419.

(20) Yelles Chaouche(Bachir).-Recherches sur les mesures d'ordre intérieur. Thèse pour le doctorat de troisième cycle. Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg, 1981.

cette équipe de spécialistes n'était pas constituée de coopérants techniques français, si nombreux en Algérie à cette époque-là.

(14) Cette interprétation trouve confirmation dans les textes ci-après:

-Ordonnance n°62-406 du 14 octobre 1963 dont l'article 1er désigne par code pénal algérien « l'ensemble du code pénal tel qu'il était en vigueur au 1er juillet 1962 » sous réserve de quelques modifications. Journal officiel n° 76 du 15 octobre 1963,p 1038.

-Arrêté du 9 août 1962 relatif aux avances exceptionnelles en matière de marchés publics qui comporte le visa suivant :

« Vu la réglementation des marchés en vigueur aux 30 juin 1962 » journal officiel de l'État algérien n° 11, 4 septembre 1962.

-Protocole réglant à titre provisoire les modalités d'exécution des opérations financières algériennes et françaises. Faisant référence aux règles en vigueur au 30 juin 1962, ce protocole précise qu'il prend effet au 1er juillet 1962 et demeurera en vigueur jusqu'au 31 décembre 1962.

-Protocole relatif au contrôle financier qui dispose que jusqu'au 31 décembre 1962, le contrôle se fera conformément à la législation et à la réglementation française en vigueur en Algérie au 30 juin 1962.

Ces deux protocoles ont été publiés au journal officiel n° 14 du 14 septembre 1962.

(15) -Il n'est pas sans intérêt de savoir que la loi du 31 décembre 1962 censée se substituer à l'instruction du président de l'exécutif provisoire a été publiée au journal officiel n°2 du 11 janvier 1963. Cette loi apparaît pour la première fois comme visa dans un arrêté ministériel du 2 février 1963 (journal officiel n°7 du 15 février 1963 ,pp 172 et 173).

C'est dire que pendant une courte période il y eut, au niveau des visas des textes publiés au journal officiel, coexistence entre référence à l'instruction du 13 juillet 1962 et référence à la loi du 31 décembre 1962.

(16) Il n'est pas sans intérêt de savoir que contrairement à ce que suggère sa dénomination, la délégation aux affaires administratives avait un champ de compétences beaucoup plus vaste puisqu'il y incluait la justice. Précisons qu'il n'y avait pas, parmi les dix délégations composant l'Exécutif Provisoire, une délégation dédiée spécialement à la justice.

Aux origines du système juridique algérien

(4) Journal officiel n°2, 11 janvier 1963, p 18.

(5) journal officiel N°62 , 3 août 1973, p 678.

(6)-Journal officiel des débats de l'Assemblée Nationale Constituante,17 juin 1963,page 357.

(7)-Voir dans le présent volume la contribution de A .Bencheneb « Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de « l'État algérien ».

(8) Il en est ainsi de M .Leca qui a pourtant consacré toute une étude à « La nature juridique des mesures prises par l'exécutif provisoire » (revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques n°1, 1966, pp 7-15) et de M.Borella qui a produit la première chronique de droit de l'Algérie indépendante .Annuaire de la législation française et étrangère, nouvelle série, tome XII, 1963, pp 8-15.

Voir également Brahimi (Mohamed).-La circulaire ou l'instruction comme source de droit en Algérie. Mémoire DES droit public-institut de droit, Alger, 1975. L'auteur qui a limité sa recherche « au seul domaine de la révolution industrielle et de la révolution agraire » (page 10) qui étaient mises en œuvre dans les années soixante-dix , ignore totalement cette instruction du 13 juillet 1962.Il en est de même de Amar Bentoumi, ministre de la justice dans le premier gouvernement de la République algérienne, dont l'ouvrage(Naissance de la justice algérienne. Casbah Editions,Alger,2010.) n'évoque pas cette instruction dans les développements (pages 220 à 222) consacrés à la loi du 31 décembre 1962.

Seule exception, cependant. Voir Mohamed Boussoumah-Contribution à une recherche sur l'Etat et le pouvoir en Algérie durant l'été 1962-*Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques* ,-1982-Spécial 20ème anniversaire ,page 57, note 26.

(9) L'évolution du droit des marchés publics en Algérie. thèse droit université d'Alger. Avril 1992

(10)-Signalons que ce ministre ,Abdesslam Belaid, avait fait partie de l'Exécutif Provisoire en qualité de délégué aux affaires économiques. Décret du 6 avril 1962-journal officiel de la République française n° 84 du 7 avril 1962.

(11) Journal officiel de la République Française du 3 novembre 1962,pp 10 640-10 650.

(12) À défaut de l'être ipso jure !

(13) Compte tenu de la technicité de la matière, il est permis de se demander si

Notes:

*Professeur à la Faculté de droit d'Alger.

Au début des années soixante-dix, à la faculté de droit d'Alger, j'ai eu le privilège de suivre les enseignements dispensés par le professeur Claude Bontems en histoire des institutions et ce, durant la deuxième et la troisième année de la licence.

Quand il officiait à Alger le professeur Bontems avait initié l'organisation de travaux dirigés en histoire des institutions. Je m'honore d'avoir fait partie du premier groupe d'étudiants qui a immédiatement adhéré à ce projet pédagogique.

(1) Rupture ou continuité du droit en Algérie. In Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques 1982, spécial 20e anniversaire, pp 107-135. Voir également Mahiou (A).-Études de droit public algérien. Office des publications universitaires-Alger, 1984, pp 133-155.

(2) Sur le plan international, l'Algérie qui avait été soumise au traité de Rome créant la CEE sur la base de l'article 227 § 2 , a demandé en date du 24 décembre 1962 le maintien provisoire de ces dispositions. Cette demande fut développée dans un mémorandum adressé le 3 janvier 1963 et acceptée le 24 mars 1963.

Cette démarche était dictée par le fait qu'en 1962, 94 % des exportations de l'Algérie étaient dirigées vers l'Europe des six et 80 % de ses importations en provenaient.

Benahmed (Said) .-Les relations entre l'Union Européenne et l'Algérie : Bilan et Perspectives. Thèse. droit-Aix-en-Provence. 2006. notamment pp 29 et suivantes.

(3) voir Mohamed Bedjaoui. Entretien accordé à l'hebdomadaire « Le siècle » n°1 du 14 au 20 juillet 1999, pp 20-21. Selon cet ancien ministre de la justice et ancien président du conseil constitutionnel « le premier parlement élu de l'Algérie indépendante qui était l'Assemblée Nationale Constituante, s'était trouvé devant une difficulté insurmontable : il ne pouvait abroger d'un trait de plume la législation coloniale car il aurait créé subitement un vide juridique... C'est pourquoi le parlement de l'indépendance a pris la loi du 31 décembre 1962 reconduisant provisoirement la législation coloniale, en attendant de la faire progressivement remplacer secteur par secteur ».

Aux origines du système juridique algérien

2°-Même si, formellement, elle n'a été appliquée que du 13 juillet 1962 au 26 mars 1963 et donc durant une période limitée, sa portée et son impact sur le système juridique de l'Algérie indépendante sont considérables. Inaugurant un nouveau type de circulaires, la « circulaire pré-formelle », l'instruction du président de l'Exécutif Provisoire a ouvert la voie à un mode de régulation juridique quelque peu pervers eu égard à la place excessive qu'occupent les circulaires et autres instructions parmi les sources du droit.

Au total, même si elle ne perturbe pas fondamentalement la typologie des circulaires reçue en héritage du système juridique français, l'instruction du 13 juillet 1962 a, indéniablement, une portée sur l'architecture des sources du droit en Algérie.

Inauguré dans l'Algérie indépendante à la faveur de l'édiction de cette instruction, le procédé de la « circulaire pré- formelle » reste aujourd'hui encore, comme un mode privilégié de la création du droit, nonobstant son interdiction par l'article 4 du décret n°88-131 du 4 juillet 1998 organisant les rapports entre l'administration et les administrés. Une telle situation pourrait constituer un révélateur efficient de la nature de l'État en Algérie. Au-delà du discours officiel, du reste fort ambigu, car prônant à la fois la création et le renforcement de l'Etat de droit, l'Etat en Algérie est, à juste titre, qualifié par un certain nombre de politologues⁽⁴¹⁾ d' « Etat administratif ». Si certains auteurs comme l'historien Mohamed Harbi ⁽⁴²⁾ soutiennent que ses racines sont à rechercher dans la bureaucratie des institutions de la Révolution Algérienne, cette approche est loin d'épuiser l'explication. En effet, l'instauration de l'Exécutif Provisoire en 1962 a grandement contribué à jeter les bases de cet Etat administratif, dès lors que le nouvel Etat était réduit à un appareil administratif qui ira en se renforçant, dominant les autres pouvoirs. Dans le cadre de cet Etat administratif, qui se rapproche davantage de l'Etat de police que de l'Etat de droit⁽⁴³⁾, le système juridique fonctionne massivement⁽⁴⁴⁾ à coup de circulaires, instructions et autres injonctions.⁽⁴⁵⁾

En guise de conclusion.

De l'ensemble de ces développements, il est permis de tirer deux conclusions :

1°- Contrairement à l'idée fort répandue dans la doctrine juridique en vigueur en Algérie qui fait de la fameuse loi du 31 décembre 1962 le fondement de l'ordonnement juridique du nouvel Etat, c'est en vérité une circulaire, celle du président de l'Exécutif provisoire qui est à l'origine du système juridique algérien : il s'agit là d'un fait historique indéniable qui devrait trouver sa juste et légitime place dans la science du droit en Algérie.

Aux origines du système juridique algérien

À titre d'exemple suite à l'examen par le conseil de gouvernement du projet de décret exécutif fixant les conditions d'exploitation des salles de jeux, le communiqué officiel précisait que « les nouvelles dispositions réglementaires... viennent pallier les insuffisances de la circulaire ministérielle n° 49 du 2 septembre 1989 régissant l'agrément et l'exploitation des salles»⁽³⁷⁾. Cette activité, de l'aveu même du gouvernement, était donc encadrée par une circulaire avant que celle-ci ne cède la place à un décret.

Autre illustration en matière d'activités réglementées, elle concerne l'activité touristique et plus particulièrement « l'hébergement chez l'habitant ». Là également c'est le ministre en charge du tourisme qui a déclaré qu'une circulaire interministérielle signée le 12 juin 2012 est venue « donner à la formule « logement chez l'habitant » son caractère légal en attendant la promulgation d'un décret organisant ce type d'hébergement »⁽³⁸⁾.

-Le droit des investissements censé consacrer le mieux la sécurité juridique offre pourtant, lui également, des exemples de cette pratique. Ainsi après l'importante refonte du code des investissements en 1993 et la création de l'Agence Nationale de Promotion et de Suivi des Investissements (APSI), c'est par une circulaire interministérielle de 1994 que furent instituées au niveau local des CALPI ou comités d'assistance à la localisation et la promotion des investissements. Pièce maîtresse dans l'application du dispositif (à cause de leur maîtrise des problèmes afférents aux assiettes foncières) ces CALPI ont fait l'objet, en 2007, d'un décret du chef de gouvernement⁽³⁹⁾. La circulaire interministérielle est ainsi transformée en décret et ce, après treize années d'application !

De même, en 2008, dans un contexte de crise économique assez grave, l'équilibre global du code et du régime juridique des investissements étrangers en Algérie a été bouleversé par trois instructions du chef du gouvernement⁽⁴⁰⁾ consacrant un revirement dans la politique économique. Le contenu de ces instructions a été repris dans des textes ou dispositions de valeur législative notamment sous forme de « cavaliers budgétaires » insérés dans les lois de finances.

C'est ainsi que fut institué par simples circulaires un « emprunt forcé » avant d'être « formalisé » par un collectif budgétaire.

b- S'agissant du droit économique, il faut souligner qu'il a toujours été le domaine de prédilection de cette pratique.

-Ainsi tout le chapitre 2 de la loi n° 78-02 du 11 février 1978 relative au monopole de l'État sur le commerce extérieur ⁽³⁰⁾, chapitre relatif à l'intervention des intermédiaires dans les opérations de commerce extérieur, a pour origine les circulaires⁽³¹⁾ du ministre de l'industrie et de l'énergie n°16/CAB du 15 mars 1968 et n°31/CAB du 17 octobre 1972. Ces circulaires ont imposé l'insertion, dans les contrats internationaux du secteur de l'industrie et de l'énergie, d'une « clause d'exclusion des intermédiaires ».

La loi n°78-02 a généralisé le principe posé par ces circulaires à l'ensemble des contrats internationaux passés par l'État algérien et ses démembrements.

-En matière agricole, un ancien ministre en charge du secteur a reconnu dans une interview que « ce qui allait devenir la loi 87-19 a été précédée par une circulaire interministérielle mise aussitôt en application » ⁽³²⁾.

-En matière de marchés publics, la déclaration de probité, pièce désormais ⁽³³⁾ importante de tout dossier de soumission avait été instituée par l'instruction du premier ministre n° 680/PM du 21 décembre 2009, avant de faire l'objet de dispositions de l'ordonnance n°10-05 du 26 août 2010 complétant la loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption (34).

Autre exemple tiré du droit des commandes publiques, il a trait à la stricte distinction dans les soumissions , entre l'offre technique et l'offre financière. Introduite d'abord dans une instruction ministérielle ⁽³⁵⁾, elle a été consacrée ensuite dans le code des marchés publics promulgué sous forme de décret présidentiel, en 2008 ⁽³⁶⁾.

-En matière d'activités économiques réglementées qui sont extrêmement nombreuses, très souvent, les conditions d'accès et d'exercice résultent de circulaires et d'instructions ministérielles avant d'être « codifiées » par décret exécutif pris par le chef du gouvernement.

Aux origines du système juridique algérien

d'être amendée par le Parlement pour capitaliser les acquis en matière de transparence et de régularité des opérations électorales, acquis qui résultaient d'instructions présidentielles antérieures »⁽²⁷⁾.

Lors de la précédente élection présidentielle, celle de 1999, le quotidien national « la tribune », dans sa livraison du 15 mars avait consacré sa une à la revendication des candidats qui étaient en lice en ces termes : « Des candidats veulent que la circulaire présidentielle 26 devienne un décret exécutif (sic) »

Dans un registre qui fut extrêmement sensible et donc politique, celui des langues, on peut aussi relever que c'est par une circulaire du ministre de l'éducation nationale prise durant l'année scolaire 1995/1996 que fut organisée pour la première fois l'enseignement de la langue ancestrale, Tamazizght. Prise après la grève dite des cartables organisée dans toutes les régions de Kabylie durant l'année 1994/1995, cette circulaire autorise l'enseignement de cette langue dans 16 départements avant que des textes réglementaires et législatifs ne viennent officialiser cette pratique et qu'une révision constitutionnelle adoptée en 2001 ne donne le statut de langue nationale à Tamazizght.

Cette brève recension serait davantage encore incomplète si l'on omettait un exemple d'autant plus emblématique de cette pratique hétérodoxe, qu'il constitue l'une des plus graves violations de la légalité commise en Algérie durant la décennie quatre-vingt dix. C'est ainsi qu'en date du 6 février 1996, le chef du gouvernement annonce, dans un message à la Nation, qu'il a pris la décision de procéder à une retenue sur les salaires de tous les agents du secteur public pendant onze mois. Cette mesure dictée par les nécessités urgentes de la solidarité nationale sera formalisée dans la circulaire n°7 du 6 février 1996 suivie d'une circulaire n°14 du 21 mars. Nonobstant sa justification par le recours à l'idée de solidarité nationale, cette mesure sera très mal acceptée⁽²⁸⁾) et sera à l'origine d'une grève générale de deux jours. Aussi et pourrait-on dire, tout naturellement, ces circulaires seront transformées en dispositions intégrées dans une loi de finances complémentaire⁽²⁹⁾ , élaborée quatre mois après la première instruction scélérate.

Dans le cadre de la présente étude, il serait présomptueux de vouloir en faire une recension exhaustive.

Aussi se contentera-t-on de citer quelques exemples relativement récents et significatifs de cette pratique fort répandue en Algérie.

Pour les commodités de la présentation, on distinguera le droit économique des autres branches du droit.

a-s'agissant en premier lieu des diverses branches du droit : En matière administrative, le premier exemple intéressant a trait à l'institution du médiateur.

Par instruction du ministre de l'intérieur N°20/DRC du 22 janvier 1986 ⁽²⁵⁾ a été créée la fonction de médiateur administratif auprès de chaque wali (préfet) et ce, avant que l'article 34 du décret n° 88-131 du 4 juillet 1998 régissant les rapports entre l'administration et les administrés ne vienne « formaliser » cette institution

Le second exemple emprunté au droit administratif est une circulaire ⁽²⁶⁾ du ministre de l'intérieur datée du 7 septembre 1994 qui a bouleversé les mode de gestion des services publics locaux avant que les codes de la commune et de la wilaya ne fassent l'objet d'une refonte. Il s'agissait pour le ministre de tutelle des collectivités locales d'introduire l'idée de privatisation des services publics locaux dans un contexte politique et social largement hostile à cette réforme. La circulaire apparaît en l'espèce, comme un instrument de réforme permettant d'éviter le débat public.

Pris en exécution de l'instruction du chef du gouvernement n°20 du 7 juillet 1994, cette circulaire fait de la concession le mode privilégié de gestion des services publics locaux alors que dans les codes de la commune et de la wilaya ,elle n'était qu'un pis-aller et donc en vérité peu recommandable.

Dans le droit électoral, il existe une instruction présidentielle du 7 février 2004 relative à l'élection à la présidence de la république aux termes de laquelle il est affirmé que « la loi organique relative au régime électoral vient

Aux origines du système juridique algérien

Ceci étant rappelé, il convient d'ajouter que notre proposition de qualification de la circulaire ici étudiée ne se situe pas dans le registre du contentieux. Si tel était le cas, elle serait évidemment superfétatoire. Car, assurément, la circulaire pré-formelle, dont l'objet est habituellement de combler un vide juridique, participerait de la catégorie des circulaires réglementaires.

Cette nouvelle notion trouverait plutôt et plus utilement son ancrage dans la théorie des sources du droit. Qualifiée faute de mieux de « pré-formelle », cette catégorie de circulaire précède toujours, souvent dans l'opacité, un texte législatif ou réglementaire dont elle constituera la matière.

Cette notion de « circulaire pré-formelle » est à rapprocher de ce que Geneviève Koubi appelle « circulaires antécédentes » par opposition aux « circulaires postérieures » à la loi ⁽²²⁾. Selon cet auteur, les circulaires antécédentes, dans le système français objet de son étude, « interprètent avant la lettre les orientations du discours de droit, assurant les règles encore informes d'une relative effectivité ». Mais ces circulaires pourraient tout au plus « être qualifiées interprétatives (car) leur caractère réglementaire ne pouvant être certifié. » ⁽²³⁾

La circulaire pré-formelle telle qu'elle saisie à partir de la pratique administrative algérienne participe au contraire du type « circulaire réglementaire » ayant des effets sur l'ordonnancement juridique.

Pourtant depuis 1988, les circulaires pré-formelles sont interdites. C'est du moins ce qui ressort de l'article 4 du décret n°88-131 du 4 juillet 1988 organisant en Algérie les rapports entre l'administration et les administrés ⁽²⁴⁾. Aux termes de cette disposition, « l'action de l'autorité administrative doit s'inscrire dans le cadre des lois et règlements en vigueur. A ce titre, les instructions, circulaires, notes et avis doivent être édictés dans le respect des textes qui les impliquent. » En conséquence, une circulaire ne devrait plus jamais précéder une loi ou un règlement.

Quoi qu'il en soit, ce procédé de production ou de fabrication du droit, connaîtra dans l'Algérie indépendante un développement important .

Initiée par la délégation aux affaires administratives, cette instruction du 13 juillet 1962, endossée par le président de l'Exécutif Provisoire avait une portée générale dès lors qu'elle fut appliquée par toutes les délégations et qu'elle avait pour objet la reconduction de l'ensemble de la législation française applicable sur tout le territoire de l'Algérie.

Une importante limite sera cependant apportée puisque ladite législation française devait être appliquée « dans la mesure où son application ne paraît pas incompatible avec l'exercice de la souveraineté algérienne ».

La loi du 31 décembre 1962 reprendra ce dispositif en précisant davantage encore les limites à la reconduction de la législation française. En effet, outre l'atteinte à la souveraineté de l'État algérien, l'Assemblée Constituante ajoutera une seconde et importante limite : l'exclusion des textes et dispositions d'inspiration colonialiste, discriminatoires ou attentatoires à l'exercice normal des libertés démocratiques.

Hormis cette seconde limite, la loi du 31 décembre 1962 apparaît comme un texte qui reprend pour la « formaliser » ⁽¹⁸⁾

l'instruction du président de l'exécutif provisoire.

C'est pourquoi nous proposons de désigner cette dernière par l'appellation de « circulaire pré-formelle ».

Ce faisant, l'on pourrait penser qu'il s'agirait là d'un nouveau et troisième type de circulaire qui viendrait compléter la distinction héritée du droit administratif français. L'on sait en effet que depuis le célèbre arrêt du conseil d'État du 29 janvier 1954, institution Notre-Dame du Kreisker ⁽¹⁹⁾, la jurisprudence administrative distingue, avec les difficultés que l'on sait, les circulaires interprétatives et les circulaires réglementaires. Cette distinction qui n'a pas rencontré l'adhésion des juges civil et pénal est construite sur la base d'un critère tiré du contentieux ⁽²⁰⁾. Pour l'essentiel dans une matière où la subtilité le dispute au pragmatisme, le juge administratif a élaboré cette notion fonctionnelle ⁽²¹⁾ de circulaire réglementaire pour fonder et élargir son contrôle sur des textes assimilés à des mesures ou des documents d'ordre intérieur qui échappaient « naturellement » à sa censure.

Aux origines du système juridique algérien

C'est du moins ce qui ressort par exemple du tout premier visa, cité plus haut, aux termes duquel l'instruction du 13 juillet 1962 était

« relative à la reconduction de l'ensemble de la législation en vigueur en Algérie au 1er juillet 1962. »

Puis progressivement mais de manière itérative, des limites sont apportées à travers la formule « dans la mesure où son application ne paraît pas incompatible avec l'exercice de la souveraineté algérienne ». Ces limites seront du reste reprises dans la loi du 31 décembre 1962.

Au total, même si nous ne disposons pas encore du texte de cette instruction, son existence ne fait désormais aucun doute. Elle constitue le premier texte dans l'histoire du droit algérien à organiser la reconduction de la législation française en vigueur au moment de .

La reconnaissance de ce fait historique a pour effet immédiat de faire descendre la célèbre loi du 31 décembre 1962, de son piédestal.

Dans cette perspective, cette loi apparaît, à bien des égards, comme le prolongement de cette instruction présidentielle du 13 juillet 1962.

Mieux encore, eu égard au fondement discutable ⁽¹⁷⁾ de cette instruction, il est permis de se demander si la loi du 31 décembre 1962 ne serait pas, en quelque sorte, une loi de validation de cette instruction ainsi que des textes pris sur sa base.

II -De quelques considérations sur la portée de cette instruction

Le dépouillement du journal officiel, de l'État algérien, puis de la République algérienne a révélé que cette instruction a été appliquée du 13 juillet 1962 au 26 mars 1963.

À première vue, les effets de ce texte furent donc quelque peu limités.

Pourtant, il ne faudrait pas se méprendre, car la portée véritable de cette instruction dépasse la dimension temporelle de son existence. Au plan juridique, cette instruction apparaît comme un nouveau type de circulaires. Au plan politique ou systémique, cette instruction a inauguré un processus qui marque encore profondément le nouvel Etat en Algérie.

la mesure où son application ne paraît pas incompatible avec l'exercice de la souveraineté algérienne. »

b-« Vu l'instruction du 13 juillet 1962 de M. le président de l'exécutif provisoire algérien (délégation des affaires administratives) précisant que l'ensemble de la législation applicable sur tout le territoire algérien au 1er juillet 1962 continue à être appliquée dans la mesure où son application ne paraît pas incompatible avec l'exercice de la souveraineté algérienne. »

Un exemple unique mérite également d'être cité. Il est tiré des visas du décret n° 62-24 du 16 novembre 1962 portant dissolution de la préfecture de police d'Oran. Pris par le premier président de la République Algérienne, ce décret comporte le visa suivant: « Vu l'instruction présidentielle du 13 juillet 1962 prorogeant la législation en vigueur antérieurement au 1er juillet 1962. »

Bien qu'il soit unique, ce dernier exemple est intéressant car il souligne que l'instruction du 13 juillet 1962 émane bien de la plus haute autorité de l'État algérien, le président de l'Exécutif Provisoire, institution créée en vertu du décret (du général De Gaulle) n° 62-306 du 19 mars 1962 portant organisation provisoire des pouvoirs publics en Algérie. C'est à ce titre que le décret signé par M. Ben Bella

le 26 novembre 1962 l'a qualifiée d'« instruction présidentielle ».

Ce faisant, le premier chef de l'État de l'Algérie indépendante lui apporte une sorte de validation.

Même s'il s'agit d'une instruction présidentielle, il est manifeste que l'initiative de ce texte revient à la délégation aux affaires administratives. ⁽¹⁶⁾.

Pour rappel l'Exécutif Provisoire était composé de dix délégations, sorte de départements ministériels, dont les compétences étaient cependant limitées par les pouvoirs que le gouvernement français continuait à exercer. Initiée par le délégué aux affaires administratives et endossée par le président de l'exécutif provisoire, cette instruction du 13 juillet 1962 semble avoir été perçue par ses destinataires comme une injonction pour utiliser sans limite aucune, le droit français en vigueur en Algérie à la date 1er juillet 1962.

Aux origines du système juridique algérien

La réponse à cette question est apportée par une circulaire, l'instruction du Président de l'Exécutif Provisoire du 13 juillet 1962.

Précisons d'emblée que nous n'avons pu accéder, à ce jour, à ce texte. Mais l'existence de cette instruction ne fait aucun doute.

Les recherches entreprises par nos soins à travers le journal officiel de l'Etat Algérien puis du journal officiel de la République algérienne permettent en effet de faire les observations suivantes :

La référence à cette circulaire apparaît pour la première fois dans les visas d'un arrêté daté du 31 juillet 1962 pris par le délégué aux affaires sociales de l'Exécutif Provisoire. Publié au journal officiel n° 5 des 3 et 7 août 1962 (page 49) cet arrêté comportait un premier visa libellé comme suit : « Vu l'instruction du président de l'exécutif provisoire algérien, en date du 13 juillet 1962 relatif à la reconduction de l'ensemble de la législation en vigueur en Algérie au 1er juillet 1962 ».

Toute référence à cette circulaire cessera à partir du 26 mars 1963 (15) date du dernier visa relevé dans l'arrêté du ministre de l'agriculture du 18 mars 1963 relatif à l'importation des carnivores et des oiseaux de basse-cour et de volière.

Ce dernier visa est ,du reste, sensiblement différent du tout premier

suscité puisqu'il énonce : « Vu la circulaire du 13 juillet 1962 maintenant en vigueur sur tout le territoire algérien la législation applicable au 1er juillet».

Au demeurant, ce qui frappe l'analyste des textes publiés entre le 31 juillet 1962 et le 18 mars 1963, c'est la diversité des formes dans lesquelles sont libellés les visas faisant référence à cette instruction du président de l'Exécutif Provisoire.

Outre les deux formes sus évoquées nous avons recensé les modèles les plus fréquents ci-après :

a-« Vu les instructions de M. le président de l'exécutif provisoire en date du 13 juillet 1962 stipulant (sic) que l'ensemble de la législation applicable sur tout le territoire algérien au 1er juillet 1962 continue à être appliquée dans

Tel est reconstitué, le raisonnement qui semble avoir été à l'origine de l'incorporation de ce cahier au droit des marchés publics de l'Algérie indépendante. Ce raisonnement est fort probable car il a été appliqué dans une autre branche du droit, le droit de la comptabilité publique.

En effet dans le « cours de législation financière » élaboré en 1969 par « une équipe de spécialistes »⁽¹³⁾ à l'Ecole d'Application Economique et Financière sous tutelle du ministère algérien des finances et du plan, l'on a pu relever (page 119) que le décret français du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique est

« légalement applicable en Algérie en vertu de la loi n° 62-157 du 31 décembre 1962 portant reconduction de la législation en vigueur au 31 décembre 1962 ».

En réalité ce raisonnement est fort contestable car fondé sur un postulat dont la fragilité se révèle nettement à l'analyse.

Lorsque l'article 1er de la loi du 31 décembre 1962 dispose que

« la législation en vigueur au 31 décembre 1962 est reconduite », ceci ne signifie nullement que le droit français édicté entre le 3 juillet 1962 et le 31 décembre 1962 soit concerné par cette mesure.

Toute autre interprétation constitue un non-sens dans la mesure où cela reviendrait à tomber dans un des cas d'exclusion prévu par la loi du 31 décembre 1962 elle-même qui déclare non reconduite toutes les dispositions portant atteintes à la souveraineté nationale.

C'est pourquoi il faut entendre impérativement par « législation en vigueur au 31 décembre 1962 » le droit français en vigueur au moment de l'indépendance, soit le 3 juillet 1962 .⁽¹⁴⁾

Puisqu'il en est ainsi ,se pose nécessairement la question de savoir comment la législation française en vigueur au moment de l'indépendance, soit le 3 juillet 1962, a-t-elle été prorogée jusqu'au 31 décembre 1962, cette dernière date étant la seule à avoir été prise en considération par l'Assemblée Nationale Constituante dans la loi n° 62-157 du 31 décembre 1962.

Aux origines du système juridique algérien

Précisons que dans ces deux textes, le ministre algérien de l'industrie rappelle que pour l'exécution d'un marché public, l'entrepreneur devra se soumettre à toutes les dispositions légales et réglementaires applicables aux marchés de l'État, ainsi qu'à celles contenues dans les documents généraux et particuliers tels que le cahier des prescriptions communes applicables aux marchés de travaux de bâtiment du 20 octobre 1962.

Mais nos recherches à propos de ce cahier de prescriptions communes du 20 octobre 1962 ont conduit au constat qu'il n'existait pas de texte algérien répondant à cet intitulé !

En revanche un document français de cette nature a bel et bien été rendu obligatoire en vertu du décret n° 62-1279 du 20 octobre 1962 (11).

Ce cahier a pour objet la préparation et l'organisation des chantiers ainsi que la coordination entre les entreprises qui concourent à l'exécution des travaux, techniquement liés.

Ses prescriptions ont, à l'évidence, un caractère technique et sont d'une utilité certaine. Ces caractéristiques pourraient justifier l'incorporation dudit cahier dans l'arsenal réglementaire qui était censé assurer une réelle protection du maître d'ouvrage algérien et assurer une bonne exécution des marchés publics de bâtiment.

Il reste que la question du fondement juridique de l'intégration, à l'ordre juridique algérien, d'un texte émanant des autorités françaises, après la proclamation de l'indépendance (ou si l'on préfère de la mise entre parenthèses des conséquences de l'indépendance algérienne), demeure entière.

Aussi est-il permis de se demander si, cette intégration ne procédait pas d'une interprétation erronée de la loi du 31 décembre 1962. Celle-ci, on le sait suffisamment maintenant, dispose que « la législation en vigueur au 31 décembre 1962 est reconduite jusqu'à nouvel ordre, sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale » (article 1er). Le cahier des prescriptions communes en question, ne comportant pas, manifestement, de dispositions pouvant porter atteinte à la souveraineté nationale et ayant été édicté avant le 31 décembre 1962, il est, pourrait-on dire, ipso facto ⁽¹²⁾, reconduit et donc définitivement intégré à l'ordre juridique algérien.

Cette déclaration suggère donc, qu'avant même la loi du 31 décembre 1962, la législation française en vigueur en Algérie, au moment de l'indépendance, avait été prorogée une première fois par l'Exécutif Provisoire et ce, au moyen de circulaires.

Il s'agit là d'une information essentielle qui gagnerait à être convertie en connaissance pour enrichir l'histoire du droit de l'Algérie indépendante ⁽⁷⁾. Dans la présente étude nous nous proposons de montrer dans une première partie que contrairement à une idée très répandue au sein de la culture juridique algérienne, aux termes de laquelle la législation française en vigueur au moment de l'indépendance a été prorogée par la fameuse loi N° 62-157 du 31 décembre, c'est en vérité, par une instruction du président de l'Exécutif Provisoire du 13 juillet 1962, que la reconduction du droit français a été réalisée pour la première fois. Ceci étant établi nous tenterons de saisir la portée d'une telle mesure et ses incidences sur la nature de l'État algérien ainsi que sur son mode de fonctionnement. Ce sera l'objet de la seconde partie

1- l'instruction du président de l'exécutif provisoire du 13 juillet 1962.

La plupart des juristes, pour éminents qu'ils soient, ont superbement ignoré⁽⁸⁾ cette donnée mise en évidence de manière quasi fortuite. En effet dans le cadre d'une recherche universitaire sur l'évolution du droit des marchés publics en Algérie depuis la pénétration française en 1830 jusqu'au début des années quatre-vingt-dix ⁽⁹⁾, nous avons littéralement buté contre un texte a priori anodin : le cahier des prescriptions communes applicables aux marchés de travaux de bâtiment du 20 octobre 1962. Document à caractère technique, ce cahier devait être, a priori, des plus banals.

Ce cahier fût expressément cité dans une circulaire du ministre ⁽¹⁰⁾ algérien de l'industrie et de l'énergie datée du 6 décembre 1967 et adressée à l'ensemble des entreprises et établissements publics sous sa tutelle.

Cinq années après, le même ministre, dans une importante décision datée du 14 juillet 1972 ayant pour objet d'instituer des commissions de transactions commerciales au sein des sociétés nationales du secteur de l'industrie et de l'énergie, réitère la référence à ce même cahier des charges du 20 octobre 1962.

Aux origines du système juridique algérien

En effet décider de reconduire la législation française, au surplus coloniale, en vigueur au 31 décembre 1962 pourrait signifier que la législation française (y compris la législation de la France métropolitaine) a continué à produire ses effets durant la période allant du 3 juillet 1962 (date de l'indépendance) au 31 décembre 1962, date de l'adoption de la loi.

b- La loi du 31 décembre 1962 a prorogé la législation en vigueur à cette date, mais cette législation est, en vérité, celle en vigueur au

3 juillet 1962. Selon cette seconde interprétation, la législation française en vigueur en Algérie au 3 juillet 1962 a été prorogée jusqu'au 31 décembre 1962 date à laquelle l'Assemblée Nationale Constituante a décidé de la proroger à nouveau mais cette fois-ci « jusqu'à nouvel ordre ».

Sauf que, ni dans la loi du 31 décembre 1962, ni dans l'ordonnance du 5 juillet 1973 n'apparaissent les éléments pouvant accréditer l'hypothèse d'une première prorogation de la législation française en vigueur au 3 juillet 1962.

Ces éléments doivent être recherchés dans le journal officiel des travaux de l'Assemblée Nationale Constituante.

Lors de la séance du 31 décembre 1962, sous le sceau de l'urgence, la commission de la législation élabore, en association avec le ministre de la justice, une **proposition de loi** qui sera adoptée à l'unanimité et deviendra la fameuse loi n° 62-157 du 31 décembre 1962.

Mais là n'est pas l'essentiel ! Le chercheur qui consulte le journal officiel des débats de la Constituante portant sur la séance du 31 décembre 1962 relève une intervention, celle du député M. Ramage qui doit être reproduite eu égard à son extrême importance pour la problématique qui nous préoccupe.

Ce député algérien dont le nom suggère qu'il était d'origine européenne a déclaré : « Je tiens à préciser que l'exécutif provisoire n'a pas voulu prendre de texte, ordonnances ou décrets susceptibles de paraître au journal officiel, ne désirant pas, à l'époque, que le peuple algérien pût dire que rien n'était changé. Il a procédé par voie de simples circulaires prorogeant la législation en vigueur, adressées aux agents de l'autorité »⁽⁶⁾

À la lecture de l'article 2 de cette ordonnance, l'on relève que « sont abrogés tous les textes antérieurs au 3 juillet 1962, reconduit par la loi susvisée » (ie celle du 31 décembre 1962).

Pourtant, un examen attentif de la loi 62-157 du 31 décembre 1962 permet de conclure que cette date du 3 juillet 1962, n'a jamais été évoquée par ses rédacteurs.

Seule est prise en considération la date du 31 décembre 1962 qui est du reste citée trois fois : dans l'intitulé, dans l'exposé des motifs et dans l'article 1er. Loin d'être oiseuse, cette observation tend à souligner l'existence d'un probable malentendu, entre le législateur de 1962 et celui de 1973, malentendu qui pourrait être la source d'une véritable incohérence.

Car de quoi s'agit-il exactement ?

La loi n° 62-157 du 31 décembre 1962 reconduit jusqu'à nouvel ordre la législation en vigueur **au 31 décembre 1962**.

Or l'ordonnance du président du Conseil de la Révolution n° 73-29, en abrogeant la loi n° 62-157, précise « qu'en conséquence... sont abrogées tous les textes antérieurs **au 3 juillet 1962**, reconduits par la loi susvisée » (ie celle du 31 décembre 1962.)

Ce rappel des éléments du problème permet d'affiner notre interrogation : En définitive, la loi du 31 décembre 1962 a-t-elle reconduit la législation en vigueur au 31 décembre 1962 comme cela ressort clairement et à trois reprises de la lettre de son texte ? Ou bien comme le suggère l'ordonnance n° 73-29 du 7 juillet 1973, la loi du 31 décembre 1962 a-t-elle reconduit, en vérité, les textes en vigueur au 3 juillet 1962, date de l'indépendance effective de l'Algérie ?

Deux interprétations et deux options pourraient ainsi être inférées de cette interrogation :

a-Puisque l'Algérie est indépendante depuis le 3 juillet 1962, la loi du 31 décembre 1962 pourrait dès lors apparaître non pas comme monument juridique mais comme une « monstruosité juridique ».

Aux origines du système juridique algérien.

Par Chérif Bennadji

* Professeur à la Faculté de droit d'Alger

« Dès qu'un Etat nouveau apparaît, le premier problème qui surgit est un premier dilemme, celui de la continuité ou de la rupture de l'ordre juridique reçu en héritage » ⁽¹⁾.

C'est en ces termes que le Doyen Mahiou introduit sa magistrale présentation du système juridique algérien, saisi dans son évolution de 1962 à 1982.

Comme réponse à ce dilemme, l'Algérie, pour sa part, a fait le choix de la continuité ⁽²⁾.

De l'avis de tous les juristes algériens ⁽³⁾, l'acte fondateur de cette continuité est la « loi n° 62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre, de la législation en vigueur au 31 décembre 1962 ». ⁽⁴⁾

Véritable monument du droit de l'Algérie indépendante, cette loi qui, pour des raisons historiques, fut adoptée par l'Assemblée Nationale Constituante, fait partie du viatique que les facultés de droit donnent à leurs étudiants. Pour un juriste algérien, faire l'impasse sur une information de cette importance serait faire montre d'une ignorance crasse et donc impardonnable, mais également faire preuve d'un manque de professionnalisme.

Il est vrai que ce monument a servi de socle à l'ordre juridique de l'Algérie indépendante de 1963 au 5 juillet 1975 date du point de départ de l'effet de son abrogation par l'ordonnance n° 73-29 du 5 juillet 1973 ⁽⁵⁾ dont l'exposé des motifs énonçait de manière péremptoire, que « l'abrogation de la loi n° 62-157 du 31 décembre 1962 est une nécessité absolue et constitue un devoir impérieux et sacré ... ».