

Elle n'est pas davantage expropriation - qui n'intervient qu'en mai 1966 en faveur de l'Etat et en prélude à une privatisation des biens concernés - mais tout au plus à ce stade une condition de réquisition, justifiée par la nécessité sociale ou économique, aux seules fins d'attribution, s'agissant des locaux à usage d'habitation ou d'exploitation pour les autres biens¹¹⁶.

Elle n'est pas donc pas négation du droit de propriété. En effet, ce type de réquisition spécifique, abstraction faite à ce stade de son caractère en principe temporaire, ne peut intervenir lorsque l'absence du titulaire des droits est justifiée par un congé ou une activité professionnelle avant le 1er janvier 1963, pour ce qui est des locaux à usage d'habitation.¹¹⁷ Quant aux propriétaires d'établissements à vocation économique, ils disposent d'un droit de réintégration sous condition de continuité de l'exploitation¹¹⁸.

Enfin, on n'a pas été suffisamment attentif au fait que cette ordonnance valait au premier chef mise en demeure en vue d'une reprise de l'occupation ou de la gestion des biens dans le mois qui suivait sa publication, comme l'indique clairement son article 18, en sorte qu'il s'en déduit indubitablement que l'intention des promoteurs du premier texte de droit algérien sur la vacance est d'assurer avant toutes choses un retour à la normalité.

Au-delà de l'analyse positiviste et s'il faut en finir avec un droit de l'Etat algérien balbutiant et imposé par la conjoncture qui prévaut au lendemain de l'indépendance, cette ordonnance ne déroge en rien à l'idée que la propriété ne relève pas d'un droit absolu, qu'elle est un droit que limitent les considérations d'ordre public, comme l'indiquent l'article 544 du code civil de 1804 et, désormais, l'article 674 du code civil algérien, plus qu'un jumeau, son exacte réplique.

On ne dira donc pas de ce droit qui fait encore lien avec le passé et le passif colonial que « seul le présent existe »¹¹⁹, même s'il n'est porteur d'aucune certitude d'un normativisme fondé sur la souveraineté populaire, la primauté du droit et du respect des personnes.

en fait ne seront pas exclus.

116- Articles 5 et 8 de l'ordonnance précitée.

117- Article 6 de l'ordonnance précitée.

118- Article 12 de l'ordonnance précitée.

119- André Comte Sponville, in Philosophie magazine, juin 2012.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

Cette ordonnance est prise en considération de la « défaillance de certains titulaires de droits patrimoniaux » essentiellement provoquée par l'exode, également des risques qui pèsent sur les biens mais aussi, comme l'indique son exposé des motifs, des conséquences de la défaillance sur « la vie économique » et, s'agissant des entreprises et exploitations agricoles, de son impact anti social.

30.- Claude BONTEMS qui sans doute se souvient de m'avoir guidé dans une étude portant sur « Le contentieux des biens dévolus à l'Etat par l'ordonnance du 6 mai 1966 »¹¹³ dont partie non négligeable a pris racine dans ce texte fondateur m'en voudrait si je ne revenais sur cette décision éminemment politique véhiculée par l'ordonnance du 24 août 1962.

Elle est en effet un vecteur important du droit algérien né de la décolonisation, en tous cas du contexte dans lequel elle est intervenue en Algérie. Si cette ordonnance appelle des observations d'ordre technique, elle autorise une remarque finale.

D'un point de vue strictement juridique, le texte exige des préfets qu'ils procèdent à un recensement des biens vacants sous la précision que la notion de vacance ne s'entend pas dans son seul sens traditionnel, pour ainsi dire civiliste.

La vacance est aussi, aux termes de l'article premier, absence d'« usage, d'occupation ou de jouissance....depuis plus de deux mois par le titulaire légal d'un de ses droits ».

La vacance n'est pas le prétexte à une occupation sans droits ni titres comme cela a pu être le cas pendant l'ère coloniale¹¹⁴ dans la mesure où les préfets sont tenus de procéder à l'expulsion d'occupants illégaux des biens à usage d'habitation ou à usage commercial, agricole, artisanal ou industriel¹¹⁵.

113- In RASJ 1979, p.629 s.

114- Sur l'instrumentation de cette notion en particulier pour favoriser la colonie de peuplement, cf. J.L. AUTIN, « La législation foncière en Algérie de 1830 à 1870 ou le triomphe de la raison juridique coloniale », Procès, 1987-1988, pp.91-96 et plus récemment M. FABRE, « Le contrat de concession aux colonies : norme molle et impact environnemental » in L'impact environnemental de la norme en milieu contraint, Victoire éditions, 2012 (en cours de publication). Adde D. GUIGNARD, op.cit., p.173 et note 8.

115- Et l'article 3 de l'ordonnance de faire l'impasse sur les locaux à usage professionnel qui

des avances de trésorerie jusqu'à la fin de l'année civile en vertu d'un protocole financier du 23 aout¹⁰⁵ - ne suffit pas pour couvrir des besoins imprévus.

Le budget doit être revu à la hausse¹⁰⁶ pour couvrir les besoins nouveaux du fonctionnement de l'administration mais aussi, pour l'essentiel, ceux des services de sécurité, de santé, de justice et de l'éducation nationale dont les locaux existant exigent, par suite de destructions, des travaux d'urgence, le tout moyennant une augmentation des droits indirects et de la taxe unique globale à la production, plus faciles à percevoir.

Quant aux recettes fiscales, leur rentrée est contrariée par la paralysie qui frappe l'économie autant que par la destruction de nombre de locaux de l'administration fiscale au point qu'il est impératif de tenter de reconstituer les outils utiles à la perception de l'impôt. Il est donc faite obligation à l'ensemble des contribuables de nombre de communes couvrant tout le nord du pays¹⁰⁷ de fournir une copie de leurs déclarations, à défaut d'en faire une au titre des impôts directs, de la taxe sur l'activité professionnelle et de celle relative aux véhicules des sociétés, au plus tard le 1er septembre¹⁰⁸, délai qui doit être réajusté au 15 septembre par une ordonnance rectificative¹⁰⁹ puis reporté au 1er octobre¹¹⁰.

29.- Sur le plan économique, des mesures de protection s'imposent pour juguler la sortie du territoire des matériels agricoles et des matériels servant aux travaux de construction. Quoiqu'avec retard elle est donc interdite, sauf lorsque les matériels ont été introduits sous le régime de l'admission temporaire par des entreprises étrangères¹¹¹.

Mais, incontestablement, les mesures les plus importantes ont trait aux « biens vacants » pour lesquels une première ordonnance intervient le 24 aout¹¹².

105- Cf. décret n°62-515, précité, JOEA n°14.

106- Ordonnance n°62-032 du 21 aout 1962, JOEA n°8.

107- Arrêté du 1^{er} septembre 1962, JOEA n°12.

108- Ordonnance n°62-014 du 2 aout 1962, JOEA n°8.

109- JOEA n°9.

110- JOEA n°12.

111- Arrêté du 19 septembre 1962, JOEA n°12.

112- Ordonnance n°62-020, JOEA n°12.

= Une gestion de l'urgence économique

27.- Au moment de l'indépendance, l'Algérie est surtout un pays agricole et si quelques récoltes ont pu être faites, il convient en premier lieu de réguler le marché des céréales. Un établissement public est créé à cet effet, l'office algérien interprofessionnel des céréales (OAIC)¹⁰¹.

Il s'agit de faire en sorte que des organismes stockeurs soient agréés et soient les acheteurs exclusifs des récoltes, que ceux-ci payent les producteurs sur la base de prix règlementés, le tout pour éviter les déperditions et les mouvements spéculatifs. En bref, un nouveau cadre qui prend désormais la forme d'une structure étatique se dessine pour régir la commercialisation et la distribution des différentes céréales ainsi que leurs produits dérivés.

A mesure que l'été avance, la tarification de la fourniture d'eau d'irrigation se précise¹⁰², les conditions de la récolte d'alfa sont arrêtées¹⁰³ avant que ne soient déterminées celles de la campagne vitivinicole, en termes de prix, de sortie des vins des propriétés et de normes de qualité¹⁰⁴.

Tout ceci pourrait accréditer l'idée d'une situation paisible et ordinaire. Or plusieurs indices sont en sens contraire.

Le droit de l'Etat algérien ne cache pas en effet les difficultés financières et, au-delà, l'existence d'une situation économique périlleuse.

28.- Sur le plan financier, l'Etat algérien manque cruellement de liquidités, comme le suggère une ordonnance du 27 juillet autorisant le délégué aux affaires financières à émettre des bons du trésor auprès des banques et des établissements financiers mais aussi, plus naïvement, auprès du public. Il reste qu'aucune des conditions de l'émission, pas même celle de la rémunération des créanciers de l'Etat ne sont ou ne seront, semble-t-il fixées.

Le besoin de trésorerie ne tient pas seulement au fait que le budget dont dispose l'Exécutif provisoire - malgré un engagement de la France de verser

101- Ordonnance du 12 juillet 1962, JOEA n°4 modifiée par ordonnance n°62-052 du 22 août 1962, JOEA n°18.

102- Arrêté du 22 août 1962, JOEA n°11.

103- Arrêté du 7 août 1962, JOEA n°17.

104- Ordonnance n°62-037 du 18 septembre 1962, JOEA n°18.

mesures d'exclusion, de suspension ou celles consécutives à un abandon de poste. Elle rend sans effet toutes démissions, mises à la retraite anticipée ou mise en disponibilité. L'Etat algérien y incite fortement par un engagement de reconstitution de carrière et de « réparation du préjudice subi » à raison de l'interruption de l'activité de la personne de la personne qui demande sa réintégration.

L'intégration concerne les fonctionnaires et agents contractuels algériens qui ont exercé au Maroc, en Tunisie ou en France, les contractuels pouvant du reste bénéficier d'une titularisation immédiate, tant les postes à pourvoir paraissent nombreux⁹⁷. Au demeurant, ces personnes mais aussi celles qui ont pu avoir une activité professionnelle dans une entité étatique à caractère économique ou un établissement public peuvent se prévaloir des mesures favorisant l'accès à la fonction publique⁹⁸. L'ensemble du dispositif est bientôt étendu aux magistrats⁹⁹.

Intégration ou réintégration, ces opérations ne se font pas sans difficultés. Elles se heurtent plus précisément à une résistance de la part du contrôle financier qui refuse souvent son visa. Dès lors qu'elles se combinent avec les mesures de faveur prises pour l'accès à la fonction publique, il n'est pas exclu qu'elles donnent lieu à des négociations plus ou moins subtiles entre candidats et administration à propos en particulier du classement des intéressés et de la détermination de leur régime indemnitaire.

Mais l'heure n'est pas à l'orthodoxie et donc au caractère définitif d'un refus de visa par le contrôleur financier, tant la demande bureaucratique est forte. Dans ce contexte, décision est prise de soumettre les dossiers litigieux à la direction générale de la fonction publique qui peut passer outre au refus et donc imposer sa décision au contrôle financier¹⁰⁰.

97- Article 2 de l'ordonnance n°62-034 du 6 septembre 1962, JOEA n°12.

98- Supra, §.25.

99- Ordonnance n°62-040 du 18 septembre 1962, JOEA n°15.

100- Ordonnance n°62-04 du 18 septembre 1962, JOEA n°15.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

nombre d'équivalences étant admises et pour les emplois de la catégorie B, soit de la première partie du baccalauréat soit du brevet élémentaire. Quant aux emplois de la catégorie C, il suffit soit du certificat d'études soit d'un certificat de scolarité de la classe de cinquième des collèges ou lycées⁹¹⁹².

Dans la mesure où il s'agit de faire face à un vide administratif, on ne se préoccupe pas des conditions de titularisation pas plus qu'on ne subordonne celle-ci à la preuve d'une formation.

Quant aux nominations destinées à permettre le fonctionnement des juridictions, elles peuvent se faire « sur titres » sans qu'on ne sache lesquels⁹³, tant le manque de magistrats est flagrant.

Enfin, parant au plus pressé, le délégué aux affaires sociales autorise le Centre Hospitalier d'Alger à recruter des médecins contractuels pour des périodes de trois mois renouvelables, à temps plein ou même à mi temps⁹⁴, suggérant par la même l'état de déliquescence des structures de santé publique sur l'ensemble du territoire.

26.- En second lieu, des mesures d'intégration et de réintégration sont envisagées.

La réintégration dans un emploi de fonctionnaires mais aussi d'agents et employés des administrations, collectivités, services et établissements publics est une conséquence logique de l'amnistie générale consécutive au cessez le feu puis à la proclamation de l'indépendance.

L'amnistie ouvre un droit à réintégration⁹⁵ et celle-ci intervient, le cas échéant en surnombre⁹⁶. La réintégration neutralise plus précisément les

91- Décret n°62-503 du 19 juillet 1962, JOEA n°3.

92- Une circulaire du délégué aux affaires administratives du 6 septembre 1962 (JOEA n°12) réservera les emplois de la catégorie D aux veuves et orphelins de guerre, aux anciens combattants de l'ALN, aux prisonniers et internés, le même texte leur accordant des priorités de recrutement ainsi qu'un sur classement, d'où progressivement « une course à l'attestation ».

93- Ordonnance n°62-049 du 21 septembre 1962, JOEA n°18

94- Décret n°62-509 du 16 août 1962, JOEA n°13.

95- Ordonnance n°62-1 du 6 juillet 1962, JOEA n°1

96- Circulaire du délégué aux affaires administratives du 6 juillet 1962, JOEA n°1.

« empêchés »⁸⁸, si bien que les premières nominations de préfets, sous préfets et secrétaires généraux peuvent intervenir à partir du 21 août, sans doute à cause du délai nécessaire aux consultations préalables à ce type de nomination. De même, il devient possible à partir du 19 juillet de procéder à la nomination de directeurs généraux, directeurs, sous directeurs et inspecteurs de l'administration centrale puisque, sur le plan juridique, il semble suffire d'être « un citoyen habile à la fonction publique »⁸⁹. Cette condition aux contours on ne peut plus flous ne concerne que les hauts fonctionnaires et se ramène en réalité à un parrainage.

Pour le reste, qui n'est pas rien, si aucune action de formation n'est envisageable. Il en est de même de l'organisation de concours puisqu'il faut parer au plus pressé.

Dès lors, abstraction faite du recours à la contractualisation, deux politiques se dégagent qui concernent les conditions de nomination ainsi que l'intégration et la réintégration de personnels.

25.- En premier lieu, des mesures sont prises qui tendent à favoriser l'accès à la fonction publique par dérogation au statut de 1959, théoriquement applicable⁹⁰.

Sous réserve des emplois à technicité particulière comme ceux des corps de santé, mais en vérité il n'existe pas de nomenclature permettant de définir avec précision le périmètre de ces emplois, il s'agit de personnes de plus de dix sept ans jouissant des « droits civiques algériens ».

Par voie de conséquence, les impétrants peuvent être de nationalité algérienne ou française. Ils peuvent se prévaloir pour les emplois de la catégorie A seulement d'un certificat de licence ou du baccalauréat, un certain

88- Arrêté du 6 juillet 1962 du préfet de grande Kabylie, (à propos d'une déclaration d'utilité publique), JOEA n°2.

89- Décret n°62-502 du 19 juillet 1962, JOEA n°3. Ce texte sera remplacé par un décret n°62-537 du 18 septembre 1962, JOEA n°18. Il exigera « une qualité professionnelle certaine », sans préciser ce concept et les conditions de son appréciation. Il se caractérise tout autant par le fait qu'il affecte d'un indice supérieur à celui de l'emploi les titulaires de diplômes et titres mais aussi les bénéficiaires de la « qualité d'ancien combattant de l'ALN » et nombre de personnes assimilées comme les orphelins et veuves de guerre.

90- Décret n°62-503 du 19 juillet 1962, JOEA n°3.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

Cette organisation est complétée par la création d'un office national algérien du tourisme (ONAT), établissement public affecté d'une mission de conseil des pouvoirs publics pour le « tourisme, la propagande touristique et le thermalisme », de promotion du tourisme et de gestion d'établissements ainsi que d'écoles hôtelières⁸⁴, les statuts d'un établissement public préexistant, l'OFALAC, étant adaptés en conséquence pour faire en sorte qu'il ne soit désormais chargé que du contrôle de la qualité des produits à l'exportation ainsi que de leur promotion⁸⁵.

Enfin, pour couronner les ambitions sous tendues par les différents textes en matière de développement économique, un commissariat à la formation professionnelle assisté d'un organe consultatif est institué⁸⁶. Il s'agit, pour l'essentiel, de préparer les dispositifs adéquats « pour satisfaire aux impératifs du plan » en même temps que d'annoncer l'institution d'une taxe pour la formation professionnelle à la charge des entreprises.

24.- La ressource humaine. Le démarrage de l'Etat algérien ne se conçoit pas sans personnels adéquats, puisque les ambitions légitimes sont immenses.

La tâche est d'autant moins simple qu'en 1962 les vacances d'été ne suffisent plus à cacher le départ sans esprit de retour de la plus grande partie des agents publics et que les retours d'exil des algériens ne peuvent suffire à pourvoir aux postes délaissés ainsi qu'aux nouveaux qui se profilent. Par ailleurs, la suppression des quotas⁸⁷ de « fonctionnaires musulmans » intervenue à partir de 1958 n'est pas de nature à permettre de faire face à la demande.

L'immédiat tient dans une algérianisation des postes « discrétionnaires », d'autant que l'on peut constater dès le 6 juillet que certains préfets sont

84- Article 2 de l'ordonnance n°62-030 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

85- Article 2 de l'ordonnance n°62-026 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

86- Ordonnance n°62-028 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

87- Ainsi l'effectif des candidats « musulmans » à l'école normale était limité à 10% de l'effectif total selon A. MERCIER, « Contribution à l'étude des réformes politiques, sociales et économiques en faveur des musulmans français d'Algérie, Alger, Imprimerie officielle, 1944, p.21. G. TILLION in, « L'Afrique bascule vers l'avenir », Paris, 1999, p.48, avait par ailleurs relevé qu'en 1955 plus d'un million huit cent mille enfants algériens, autant dire près de 80% de la population d'âge scolaire, n'étaient pas scolarisés.

Cette administration s'étoffe au mois de septembre par création de deux directions générales, l'une en charge de la fonction publique⁷³ et l'autre dédiée à l'administration départementale et communale⁷⁴ et même d'un service.....de l'information⁷⁵.

23.- Quant à la délégation aux affaires économiques, elle se dévoile dans l'organisation qu'elle ne met en place que fin aout, d'ailleurs à la faveur d'une série d'ordonnances prises à l'initiative de son délégué.

Il s'agit d'une véritable préfiguration des orientations économiques de l'Algérie au moins pendant une vingtaine d'années et de l'administration qui lui servira de support, comme le montre déjà la création d'une direction des études économiques et du plan⁷⁶.

En outre, cette délégation couvre le commerce intérieur⁷⁷ et le commerce extérieur⁷⁸, l'artisanat⁷⁹, l'industrialisation⁸⁰ déjà dissociée des questions minières⁸¹ et de l'énergie dont une direction distincte reçoit déjà mission principale de « mettre en œuvre conformément aux directives du gouvernement et aux orientations du plan la politique générale de développement des ressources énergétiques du pays »⁸². Et sous la tutelle de cette direction est placé un bureau algérien des pétroles, établissement public créé pour se charger d'un « programme national de recherche et de mise en valeur des richesses pétrolières, dans l'intérêt exclusif de la nation »⁸³.

73- Décret n°62-526 du 18 septembre 1962, JOEA n°15.

74- Décret n°62-527 du 18 septembre 1962, JOEA n°15.

75- Décret du 7 septembre 1962, JOEA n°19.

76- Ordonnance n°62-031 du 25 aout 1962, JOEA n°10, modifiée par l'ordonnance n°62-051 du 21 septembre 1962, JOEA n°18. Ce texte annonce la création d'un Conseil national du plan, envisagé comme un organisme consultatif à disposition des « instances supérieures de l'Etat » (article 2) et lui-même assisté de commissions spéciales et de commissions départementales.

77- Ordonnance n°62-021 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

78- Ordonnance n°62-023 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

79- Ordonnance n°62-025 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

80- Ordonnance n°62-22 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

81- Ordonnance n°62-024 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

82- Article 2 de l'ordonnance n°62-029 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

83- Article 2 de l'ordonnance n°62-029 du 25 aout 1962, JOEA n°10.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

subventions⁶⁹. Mais le mécanisme paraît trop lourd et restrictif, raisons pour lesquelles il ne tarde pas à être complété par un arrêté qui concerne l'ensemble des marchés publics et autorise le versement d'une avance « exceptionnelle » aux titulaires des marchés, y compris d'ailleurs lorsqu'ils ont déjà été conclus⁷⁰.

21.- Dans l'organisation de l'Etat central que l'Exécutif provisoire s'évertue à mettre en place, deux délégations s'activent plus particulièrement, en sorte qu'apparaît clairement à leur niveau une tentation bureaucratique. Il est vrai que les personnalités placées à leur tête peuvent s'estimer fortes du soutien du FLN.

Si la délégation aux affaires administratives se présente comme une délégation « fourre- tout », la délégation aux affaires économiques est davantage une préfiguration de la future administration de l'économie algérienne.

22.- La délégation aux affaires administratives, on l'a déjà dit, s'est vu adjoindre une direction de la justice⁷¹.

Si l'on s'en tient à son organigramme initial⁷², elle dispose déjà d'une inspection générale, d'un service juridique, d'un service du personnel qui d'ailleurs gère le corps préfectoral, d'un service de la fonction publique ainsi que d'une sous direction des collectivités territoriales.

Un examen plus attentif de son organisation montre que, sans doute sous l'influence de la loi française de 1905 sur la séparation de l'église et de l'Etat, cette délégation prend en charge « les cultes et le pèlerinage » mais aussi l'imprimerie officielle et le journal officiel, la « nationalité et les naturalisations » (sic), le transport des rapatriés qui par conséquent n'échoit pas à la délégation aux affaires sociales ainsi que ...les « allocations militaires ».

69- Ibidem, article 13.

70- Arrêté du 9 août 1962, JOEA n°11.

71- Supra n°19.

72- Arrêté du 6 juillet 1962, JOEA n°1.

L'objectif fondamental est que cette juridiction répressive statue à bref délai, puisque, « sauf circonstances exceptionnelles » autorisant un délai supplémentaire d'un mois, l'enquête ne peut excéder un mois. Quant à la formation de jugement, il est clair que ses décisions ne peuvent, sauf recours en grâce, faire l'objet d'aucun recours⁶⁴.

20.- L'indépendance de l'Algérie laisse voir également voir un tissu social délabré, d'où une tentative de prise en charge des nécessiteux en dehors des grandes villes dont les équilibres démographiques sont rompus. Par conséquent, le budget fait l'objet d'une adaptation technique destinée à permettre l'allocation de secours en espèces ou même, à l'initiative des préfets, l'ouverture de « petits chantiers », sans autre précision⁶⁵.

Il s'agit surtout de « lutter contre la misère et le chômage » à partir d'une ordonnance du 10 aout qui institue dans chaque département une commission d'intervention économique et sociale⁶⁶. Elle se substitue aux commissions ad hoc des conseils régionaux et conseils départementaux qui ne siègent plus pour donner un avis sur les projets de budget de fonctionnement et les opérations d'investissement des collectivités territoriales, ceci pour tenter de relancer l'économie en perspective d'emploi et donc de résorption du chômage.

De même, pour jouer sur le marché de l'emploi, les départements et leurs services publics ainsi que les communes sont autorisés à déroger à la réglementation des marchés publics qui portent sur des travaux en ayant recours parfois au gré à gré et parfois à se suffire d'une simple facturation ou d'une présentation de mémoire.⁶⁷ Les collectivités peuvent aussi déroger aux règles d'inscription budgétaire en autorisant les préfets à engager par substitution des opérations nouvelles⁶⁸.

Enfin, la tentative de relance de l'économie pour l'emploi conduit - dans le respect d'une procédure - le délégué aux affaires économiques à accorder à des entreprises privées, en quelque sorte dépourvues de trésorerie, des

64- Article 31 de l'ordonnance précitée.

65- Ordonnance n°62-043 du 18 septembre 1962, JOEA n°18.

66- Ordonnance n°62-017 du 10 aout 1962, JOEA n°7.

67- Articles 9 à 11 de l'ordonnance n°62-017 précitée.

68- Ibidem, article 12.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

prendre en charge le ministère public et fixation de la rentrée judiciaire au 30 septembre⁵⁶.

De manière plus substantielle, le redémarrage de l'appareil judiciaire implique que les nominations interviennent par dérogation au cadre réglementaire⁵⁷, que les tribunaux de grande instance relevant des cours d'appel d'Alger, d'Oran et de Constantine puissent statuer à juge unique lorsque leurs décisions sont susceptibles d'appel⁵⁸, y compris en matière pénale.

Les choses changent cependant en une semaine, les tribunaux de grande instance étant dessaisis de la répression des infractions pour les crimes et délits.

Un seul « tribunal répressif d'état » est créé à Alger⁵⁹, son organisation interne en chambres lui permettant même de connaître des infractions commises par les mineurs de moins de dix huit ans.

Cette création plutôt inattendue repose d'une part sur le constat que les seuls magistrats susceptibles d'être sollicités se trouvent à Alger et dans ses environs où leur sécurité peut mieux être assurée, ce qui permet de surcroît de bénéficier des garanties offertes par une formation collégiale⁶⁰ et d'autre part sur l'idée que le niveau d'insécurité et de délinquance encore plus grand dans la capitale justifie une justice plutôt expéditive, peut être tempérée par le fait que son Premier Président est un avocat expérimenté⁶¹.

Dès lors une nouvelle procédure de traitement de la répression des infractions est mise en place avec distribution des rôles entre autorités tenus de prononcer à la dénonciation de crimes ou délits dont elles ont connaissance⁶², « procureur de l'Etat » en charge de la police judiciaire et de l'action publique, juge d'instruction dont le rôle paraît déjà résiduel⁶³, formation de jugement.

56- Décret du 13 septembre 1962 relatif aux vacances judiciaires, JOEA n°16.

57- Ordonnance n°62-049 du 21 septembre 1962, JOEA n°18.

58- Ordonnance n°62-042 du 18 septembre 1962, JOEA n°16.

59- Ordonnance n°62-048 du 21 septembre 1962, JOEA n°17.

60- Article 2 de l'ordonnance précitée.

61- Décret de nomination du 21 septembre 1962, JOEA n°18.

62- Article 9 de l'ordonnance précitée.

63- Article 6 de l'ordonnance précitée.

comme tel placé « sous les ordres du ministre des armées »⁵¹, ceci alors même qu'il n'en existe pas encore officiellement puisque la première nomination d'un ministre de la défense nationale n'intervient que fin septembre.

Le fait que la gendarmerie ne soit pas placée sous la tutelle de la délégation à l'ordre public à la date de sa création en dit long sur la considération que l'Exécutif provisoire accorde déjà à l'armée algérienne (ou à celle que l'armée a pour l'Exécutif provisoire), plus précisément à son état major.

Dans le même ordre d'idées, un service national des transmissions est mis en place mais sans que son texte fondateur ne s'aventure à le rattacher à une quelconque délégation, vraisemblablement à cause du service dédié aux réseaux militaires⁵².

19.- Abstraction faite des affaires à caractère civil en cours pour lesquelles l'article 17 du protocole judiciaire franco algérien prévoit une répartition de compétence entre juridictions algériennes et juridictions françaises selon la nationalité des justiciables sur la base d'une option en forme de demande de radiation des affaires du rôle des tribunaux, des mises à disposition de magistrats ainsi qu'une offre de formation de magistrats algériens, le service public de la justice est à l'indépendance quasi inexistant.

On s'en convainc à la lecture de l'organigramme de la délégation aux affaires administratives publié le 6 juillet⁵³, en sorte qu'il faut créer en toute hâte une direction de la justice arbitrairement rattachée aux affaires administratives⁵⁴ et dont les compétences exactes ne sont pas définies⁵⁵.

Il n'en demeure pas moins que l'approche se veut d'abord pragmatique : constat de vacance d'offices d'avoué et d'huissier, acceptation de démission de notaires ou de cadi notaires, désignation de greffiers, nomination d'interprètes judiciaires en qualité de magistrats ou même de greffiers pour

51- Ordonnance N°-2-019 du 23 aout 1962, JOEA n°11.

52- Ordonnance n°62-028 du 15 septembre 1962, JOEA n°16.

53- JOEA n°1.

54- Il serait prématuré d'y voir le prélude à une absence d'indépendance de la justice, ce rattachement s'expliquant davantage par les affinités professionnelles des personnalités placées à la tête de ces structures.

55- Cf. Décret n°62-501 du 10 juillet 1962, JOEA n°7.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

Ce maintien pendant près de trois mois de l'Exécutif provisoire le conduit ainsi à s'engager dans un double bricolage à l'effet de gérer l'économie mais aussi de concevoir un embryon d'état.

= embryologie de l'Etat algérien

16.- Construire et faire fonctionner une administration s'impose. Elle repose localement sur les préfets et sous préfets dont les attributions ne sont pas remises en cause lorsque les premières nominations d'algériens interviennent par arrêté du Président de l'Exécutif provisoire.

Au niveau central, la double ambition de l'Exécutif provisoire se déduit somme toute d'une tentative de prise en charge d'un certain nombre de missions de service public, la question de la ressource humaine apparaissant aussi comme cruciale du fait du vide créé par le départ de fonctionnaires dans des conditions telles qu'il paraît sinon définitif, en tous cas durable.

17.- Organisation. Pendant la période considérée, l'urgence concerne les aspects sécuritaires et le fonctionnement de la justice ainsi que la mise en place de dispositifs à caractère social. S'esquisse également un appareil bureaucratique qui a vocation à prendre en charge l'économie.

18.- La question de la sécurité des personnes et, si possible, des biens constitue une priorité absolue au point que la délégation à l'ordre public doit déjà réactiver des stages pour la formation professionnelle des personnels de police, qu'il s'agisse d'agents, d'officiers ou de commissaires⁴⁸.

Alors qu'il semble déjà exister une direction générale de la sûreté nationale déduite de la seule nomination de son responsable⁴⁹, une « garde nationale de sécurité » lui est rattachée, sa création étant annoncée pour en faire un instrument destiné à « concourir au maintien de l'ordre »⁵⁰. De plus, une « gendarmerie nationale » est créée pour assurer « le maintien de l'ordre et l'application des lois », étant entendu qu'elle constitue un corps militaire, bien compris des justiciables algériens. Cf. en dernière date Cass. Civ. 2. 13 janvier 2011, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, II, n°15, à propos de l'application de l'article 21 du protocole judiciaire franco algérien.

48- Décret n°62-506 du 9 août 1962, JOEA n°9.

49- Arrêté du 23 août 1962, JOEA n°11.

50- Décret n°62-522 du 7 septembre 1962, JOEA n°14.

nouvelles de la prochaine rentrée scolaire⁴⁵ et universitaire, la structure en charge de la culture tentant d'y faire face. De ce fait, aucune instruction n'est donnée ou susceptible d'être donnée aux enseignants pour procéder à une adaptation des programmes qui puisse tenir compte de l'existence nouvelle de l'Etat algérien.

De la même façon, il se prive d'une délégation aux affaires étrangères, sans pour autant négliger le traitement des relations extérieures, au premier chef avec la France.

En effet, le réalisme commande de convoquer les dispositions relatives à la coopération bilatérale que contiennent les accords d'Evian en vue de leur mise en œuvre le plus rapidement possible, d'autant plus qu'avant l'installation d'une assemblée nationale et la formation d'un gouvernement rien ne s'oppose à considérer que seul l'Exécutif provisoire représente l'Etat algérien.

Dès lors, des discussions sont menées au pas de charge. Elles aboutissent fin aout à la signature et la publication⁴⁶ d'une douzaine de protocoles, accords et conventions qui touchent à des domaines aussi divers que la situation des agents français en Algérie, celle des enseignants et des établissements scolaires, la justice, le contrôle financier ou l'exploitation des gisements d'hydrocarbures.

Quelque appréciation sévère que l'on puisse avoir a posteriori de cet ensemble d'accords bilatéraux, spécialement à propos des conditions d'exploitation du Sahara, il atteste du caractère plus que relatif du discours politique confronté aux contraintes de l'heure et de la nécessité de ne pas confondre indépendance juridique et réelle autonomie de fonctionnement⁴⁷.

45- On peut noter que le gouvernement français a préparé une partie de la rentrée en prévoyant des créations de poste, dans des centres d'apprentissage, des écoles et des collèges, spécialement dans le sud, si l'on se réfère par exemple au JORF du 22 avril 1962, p.4205 mais il s'agit désormais d'y pourvoir en enseignants.

46- Cf. Décret n°62-515 du 7 septembre 1962, JOEA n°14. Trois autres protocoles relatifs à la situation des médecins, aux agents affectés aux chemins de fer et à la coopération technique en matière de travaux publics, de transport et de tourisme sont publiés au JOEA n°14 mais sans décret de publication !

47- Au demeurant, certains d'entre eux continuent de produire des effets dans l'intérêt

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

En fait, ces précautions n'ont pas eu d'utilité puisque les élections auront lieu sur la base d'une liste unique élaborée à l'initiative du « bureau politique du FLN » agissant en qualité de mandataire non apparent de l'armée⁴³, si bien que s'il fallait s'en tenir ici à une seule conclusion, il apparaît que le droit de l'Etat algérien ne suffit pas, il s'en faut, à mettre en place un système politique démocratique, un amalgame s'opérant déjà entre unité nationale et absence de diversité politique.

II.-Le droit imprévu et la gestion de l'urgence

15.- En juillet 1962, l'état colonial s'est effondré sous le poids d'événements imprévus, parfois même imprévisibles.

L'Exécutif provisoire doit y faire face, d'autant plus que le gouvernement provisoire de la république algérienne (GPRA) est contesté au point qu'il est réduit à l'impuissance et ignoré sur le plan international, en particulier par la France.

Le caractère éphémère de cet exécutif ne plaide pas en faveur d'une modification de son organisation générale alors même qu'elle n'a été conçue que pour la période séparant la date de cessez le feu et le référendum d'autodétermination⁴⁴. Le nombre de délégations - mais au moins le terme devient inapproprié au lendemain de la proclamation de l'indépendance - qui le composent reste le même. Ce qui relèverait d'un ministère de l'intérieur reste ainsi partagé entre la délégation aux affaires administratives et la délégation de l'ordre public.

Mais un certain nombre d'entre elles dont les responsables sont sans doute forts de l'appui des différents détenteurs du pouvoir politique montent en puissance, comme la délégation aux affaires administratives et la délégation aux affaires économiques.

En s'abstenant d'une réorganisation en son sein, l'Exécutif provisoire se prive ainsi d'une délégation spécifique à l'éducation nationale alors que des sessions d'examen sont à prévoir et qu'il faut se préoccuper des conditions

43- En ce sens B. STORA, op.cit. p.17.

44- Si l'on se réfère à l'article 2 du décret n°62-306 du 19 mars portant organisation provisoire des pouvoirs publics en Algérie, JORF, p.3036.

autre précision, ceci alors même qu'il n'existe pas encore et ne peut exister de code de la nationalité algérienne et d'autre part, les « nationaux français », en clair les citoyens français qui remplissent soit des conditions de naissance en Algérie et de résidence habituelle soit des conditions de résidence habituelle et régulière plus longues.

En réalité, même si on s'évertue à ne pas y faire directement référence, cette composition du collège électoral n'est rien d'autre que la transposition pure et simple des accords d'Evian. Plus précisément, ces prescriptions sont induites du point (a) des dispositions qui concernent « les citoyens français de statut civil de droit commun » imprimées dans le second chapitre des Déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 et destinées à garantir, pendant une durée de trois ans à compter de la proclamation de l'indépendance, l'exercice automatique des droits civiques algériens à cette catégorie de personnes.

14.- Pour ce qui est du mode de scrutin, on peut comprendre qu'au moins à raison des délais impartis il ne pouvait être opportun de se lancer dans un découpage territorial pour créer des circonscriptions spécifiques. De surcroît, on imagine aisément que pareille opération n'aurait pas contribué à stabiliser le jeu politique.

C'est pourquoi les quinze départements qui existaient avant l'indépendance forment chacun une circonscription électorale, étant observé que cette organisation territoriale va perdurer jusqu'en 1969⁴² et que l'élection se fait au scrutin de liste départemental.

Dans l'optique de l'Exécutif provisoire, ce système n'empêchait pas l'existence de plusieurs listes, chaque électeur ne pouvant voter que pour une liste et ceci alors même que pour les négociations ayant conduit aux accords d'Evian, les autorités françaises en étaient arrivés à considérer le FLN comme la seule organisation politique représentative du peuple algérien.

Cependant et à l'évidence la circonstance que le scrutin soit majoritaire à un tour était de nature à réduire la dilution des opinions politiques et donc la fragmentation des forces en présence au sein de l'Assemblée nationale.

42- Cf. Ordonnance n°69-38 du 28 mai 1969 portant code de la wilaya, JORADP du 23 mai 1969.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

Plus efficace en termes de rapidité dans la mise en place des institutions algériennes, ce scénario ne pouvait prospérer. Il supposait, en effet, que l'Exécutif provisoire ait été investi de la confiance des personnels politiques. Il exigeait que l'Exécutif dispose d'un pouvoir réel et incontesté, ce qui était loin d'être le cas.

Le second scénario a donc été retenu début juillet ainsi qu'en atteste une ordonnance n°62-011 du 17 juillet⁴⁰. Il consistait à soumettre à référendum un projet de loi portant sur la durée des pouvoirs de l'Assemblée nationale et ses attributions.

Dans la confusion ambiante, il a été proposé au suffrage des électeurs un texte suggérant déjà à trois niveaux la fragilité de l'édifice institutionnel dans la mesure, en effet, où le mandat des députés était limité à une année, le gouvernement était « provisoire » et, enfin, l'élaboration ainsi que le vote de la constitution (par l'assemblée elle-même) n'était pas considéré comme la fonction essentielle de l'assemblée.

12.- Il reste que l'élection des députés pouvait présenter un caractère majeur, d'autant qu'elle devait intervenir le même jour que le référendum relatif aux pouvoirs de l'assemblée.

Mises au point le 16 juillet, les modalités de cette élection ne peuvent donc être passées sous silence. Elles appellent des remarques essentiellement sur la composition du corps électoral et sur le mode de scrutin.

13.- Pour ce qui est du corps électoral, une première rupture par rapport au droit colonial tient dans le fait que les électeurs forment un « collège unique ». L'indépendance algérienne efface ainsi cette distinction qui conduisait à une ségrégation par collège d'électeurs selon qu'ils étaient citoyens ou simplement nationaux⁴¹, selon qu'ils étaient régis par le droit civil français ou par « le droit musulman ».

Mais la composition elle-même du collège électoral reproduit inévitablement le passé en distinguant d'une part « les algériens et les algériennes » sans

40- JOEA n°2.

41- Cf. en dernière date, Y. URBAN « L'indigène dans le droit colonial français », Fondation Varenne, Lgdj, 2011. Ainsi la loi du 20 septembre 1947 (article 31) portant statut général de l'Algérie continuait à distinguer les électeurs citoyens français de statut civil français, pour l'essentiel, des autres citoyens de statut civil local, quatre fois plus nombreux mais qui avaient droit au même nombre de représentants, ignorant ainsi superbement le principe d'égalité.

Le premier est à connotation politique. Pour l'essentiel il est un droit prévu par les accords d'Evian dans la mesure où l'Exécutif provisoire a reçu mission d'organiser les élections permettant la mise en place de l'Assemblée nationale censée représenter la souveraineté populaire.

Le second n'est pas un droit prévu et il présente un aspect en apparence plus technique. Il est dicté par l'urgence. Mais bien qu'il soit improvisé, il laissera longtemps quelques traces dans la texture du droit algérien contemporain

I.-Le droit prévu et l'ébauche d'un système politique

10.- On solliciterait en vain les accords d'Evian pour trouver les fondements d'une organisation institutionnelle de l'Etat indépendant.

Le sujet relevant de la seule souveraineté algérienne, cet aspect n'avait pas à être discuté, en tous cas à y figurer. De plus et en tout état de cause, les négociateurs algériens ne pouvaient ignorer que ce sujet ne serait à l'ordre du jour qu'à une prochaine session de l'organe délibératif créé pendant la lutte pour l'indépendance, le Conseil national de la révolution algérienne (CNRA), session qui, lorsqu'elle s'est tenue, n'a permis que de constater, sur fonds de rivalités personnelles et de positionnements tactiques, l'étendue des désaccords³⁸, l'absence de consensus.

C'est ce pourquoi les accords d'Evian ont seulement prévu que l'Exécutif provisoire devrait organiser dans un délai de trois semaines les élections destinées à permettre l'émergence d'une Assemblée nationale. Bien entendu, il s'agissait d'un délai idéal dont on a déjà dit qu'il n'avait pu être respecté pour des raisons échappant totalement au contrôle de l'Exécutif³⁹.

Ces mêmes accords ayant fait l'impasse sur la nature exacte des pouvoirs de l'assemblée, deux scénarios étaient donc concevables.

11.- Le premier, fondé sur l'idée que l'Exécutif provisoire concentrerait toutes les compétences l'aurait autorisé à proposer au vote des électeurs un projet de constitution préparé par lui-même et que l'Assemblée élue mais aussi le gouvernement auraient été tenus de respecter, sauf à envisager par la suite des modifications dans le respect de cette constitution ainsi adoptée.

38- Cf. par exemple N. GHOZALI, op.cit. p.647 et les travaux cités en note 14.

39- Supra §.5.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

Dès lors, le 13 juillet, le Président de l'Exécutif provisoire est conduit à donner des instructions certes non publiées mais selon lesquelles « 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 »³⁴.

8.- La reconduction du droit applicable avant l'indépendance, sauf dans ses dispositions d'inspiration colonialiste consacre indirectement un système de hiérarchie des normes, tout autre chose étant de s'y tenir.

Faute d'assemblée nationale, l'Exécutif provisoire adopte des ordonnances de valeur législative comme l'ordonnance précitée relative à l'amnistie ou, texte qui a lui seul symbolise la souveraineté algérienne, l'ordonnance du 10 juillet 1962 relative à la formule exécutoire des décisions de justice et des actes authentiques³⁵.

Quant au Président de cet exécutif, il prend des décrets contresignés par un ou plusieurs délégués voire des arrêtés lorsque le domaine du texte concerne plusieurs délégations, comme le montre un arrêté qui fixe les dates d'ouverture de la campagne d'exportation des figes sèches³⁶.

Dès lors, les différents délégués dont le nombre et les attributions³⁷ ne sont pas modifiés après l'indépendance ne prennent que des arrêtés voire des circulaires d'application. Mais en vérité, les compétences matérielles ne sont pas à ce stade délimitées faute d'édifice constitutionnel, ce qui réduit considérablement l'intérêt de cette hiérarchisation.

9.- Dans ce cadre général, le droit de l'Etat algérien révèle sinon invente, à partir de deux sous ensembles, les premiers fragments d'une décolonisation, sauf à préciser laquelle.

34- Cf. visa de l'arrêté préfectoral du 26 juillet 1962, JOEA n°9, p.93. Ces instructions vont ensuite inspirer le législateur algérien lui-même qui par une loi du 31 décembre 1962 a reconduit l'application du droit en vigueur « jusqu'à nouvel ordre », son exposé des motifs étant fondé sur le principe de nécessité. Cf. JORADP n°2 de 1963. Sur cette loi, cf. A. MAHIOU « Rupture et continuité du droit en Algérie », in RASJEP 1982 n° spécial.

35- JOEA n°7.

36- Ibidem, p.69.

37- Décret n°62-306 du 19 mars 1962 portant organisation des pouvoirs publics en Algérie, JORF du 20 mars 1962, p.3036.

d'emblée l'attention car ils concernent le droit applicable et la hiérarchie des normes.

7.- La question du droit applicable est évidemment centrale. Très vite, celle de la référence au droit en vigueur avant la proclamation de l'indépendance se pose.

On peut sur ce point considérer que plusieurs pratiques se dégagent.

L'Exécutif provisoire s'abstient de toute référence aux accords d'Evian comme on la constate dans l'ordonnance relative à l'amnistie des infractions commises avant le 20 mars 1962³⁰ ou dans celle qui fixe les modalités de l'élection des membres de l'Assemblée nationale³¹.

De façon plus générale, les ordonnances et décrets s'abstiennent de viser les textes du droit antérieur à l'indépendance de l'Algérie, alors même que parfois ils entendent y déroger, comme le montre la première ordonnance qui autorise la réintégration dans leur emploi des fonctionnaires et agents publics qui, volontairement ou non, ont quitté leur poste pour des raisons liées à des actes accomplis avant le 20 mars 1962³².

Mais ce procédé adopté pour des raisons évidentes de marketing politique crée au sein de l'administration plus de trouble et de perplexité qu'il ne sécurise les agents de l'administration si ce n'est les administrés.

C'est pourquoi un certain nombre d'arrêtés se réfèrent au droit antérieur à l'indépendance³³, notamment au décret du 12 août 1960 rendant applicable en Algérie le statut général des fonctionnaires de 1959 ou à un arrêté portant statut particulier des vétérinaires-inspecteurs.

Ces indices tirés du journal officiel ne paraissent pas suffisants aux différents agents de l'administration centrale mais aussi locale, d'autant que le contexte ambiant plaide, sans nuance aucune, pour une assimilation du droit en vigueur à l'indépendance à une manifestation pure et simple de la domination coloniale.

30- Ordonnance n°62-2 du 10 juillet 1962, JOEA n°2.

31- Ordonnance n°62-10 du 16 juillet 1962, JOEA n°2.

32- Ordonnance n°62-1 du 6 juillet 1962, JOEA n°2.

33- Arrêté du 7 août 1962, JOEA n°6.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

au 1er septembre²⁵ puis « sine die »²⁶. Elles n'interviennent finalement que le 20 septembre 1962.

La fin de la guerre précipite aussi des mouvements de population de grande ampleur avec le départ plus ou moins spontané de la minorité française²⁷ et le retour d'exil des algériens, le démantèlement de l'appareil administratif, la paralysie de l'appareil économique, pour ne rien dire de la destruction d'infrastructures existantes.

Illustration éclairante, on ne compte pas le nombre d'arrêtés préfectoraux qui, à partir du mois d'août, prononcent la dissolution de conseils municipaux et l'installation de délégations spéciales pour pouvoir gérer les affaires communales²⁸.

6.- L'Assemblée nationale étant installée le 25 septembre 1962, les pouvoirs de l'Exécutif provisoire cessent à la même date²⁹.

Le droit de l'Etat algérien s'exprime ainsi, pour une période de moins de trois mois, dans une vingtaine de journaux officiels qui annoncent déjà un système étatique qui se veut calqué sur celui de nombre de pays européens et sans aucun doute inspiré du droit français du fait du poids de l'histoire et de la formation des différents concepteurs de ce droit, pour l'essentiel des avocats.

Dans ce qui participe alors de l'ébauche d'un système juridique dont les sources sont forcément limitées à la publication officielle, deux points attirent

25- Ordonnance du 4 août 1962, JOEA n°7 du 21 août 1962.

26- Ordonnance du 21 août 1962, JOEA n°10 du 1^{er} septembre 1962

27- Soit 650.000 personnes pour la seule année 1962, selon C.R. AGERON, « La décolonisation française » A. Colin, p.160, dont un tiers constitue la population active selon B. STORA « Histoire de l'Algérie indépendante, tome 1 : 1962-1988, La Découverte, 2001 puis 2004, p.10 et par exemple 19000 des 22000 instituteurs selon K. KATEB « Ecole, population et société en Algérie », L'harmattan, 2005, p.52.

28- Par exemple, JOEA n°7, p.72s.

29- Cf. JORADP n°1 du 26 octobre 1962. En plus d'une lettre appropriée du Président de l'exécutif provisoire, cette publication qui par son titre veut marquer déjà une rupture par rapport à l'Etat algérien fait état d'une lettre du Président du GPRA qui, au moins selon son signataire, tentait d'accréditer l'idée qu'il avait jusqu'à cette date exercé les pouvoirs dévolus par le CNRA.

5.- Au plan factuel, la proclamation de l'indépendance algérienne met sans aucun doute un terme à cent trente deux années de colonisation. Elle intervient après plus de sept ans de guerre(s), expression ultime d'une révolte contre l'injustice²⁰ multiforme entretenue et cultivée par l'autorité coloniale.

Mais, outre un épilogue sanglant, l'indépendance de l'Algérie n'est pas seulement une séparation en quelque sorte chirurgicale de la France du territoire algérien, jusqu'alors composé de départements français et à ce titre envisagé comme partie intégrante du territoire français. Elle est en même temps constat d'une désorganisation.

La fin de la guerre n'a pas mis un terme aux violences, il s'en faut de beaucoup. De nouvelles violences sont apparues au grand jour, y compris après la proclamation de l'indépendance dans un contexte de « course au pouvoir » sur fond d'ambitions personnelles²¹ et de « naissance de féodalités »²², la situation étant plus que confuse à tous égards²³.

Du reste, cette situation quasi anarchique semble à peine masquer une impréparation à la mise en place d'un Etat de droit, signe déjà de la marginalisation des citoyens et par la même des juristes par les différents détenteurs de pouvoirs.

De ce fait, alors que l'Exécutif provisoire a pris les dispositions nécessaires pour organiser les élections de l'Assemblée nationale le 12 août 1962²⁴, elles sont reportées en raison notamment des nombreuses tractations plutôt occultes liées à l'élaboration des listes des candidats à la députation, d'abord

20- Pour une approche politiste, cf. O. Le Cour GRANDMAISON, « De l'indigénat, anatomie d'un monstre juridique : le droit colonial en Algérie et dans l'empire français », La Découverte, 2010.

21- Cf. B. ROY « Histoire du groupe d'Oujda : entre mythes et réalités », Paris 8, thèse, 2009.

22- N. GHOZALI, « Evolution politique et institutionnelle de l'Algérie et système de légitimité (1954-1979) » in RASJ 1981, pp.641-665.

23- Sur cette période, Cf. M. HARBI, « L'implosion du FLN » in l'Algérie contemporaine : bilans et solutions pour sortir de la crise, L'harmattan, 2000, p.29s et G. MEYNIER, « Histoire intérieure du FLN : 1954-1962 » Fayard, 2002, p.637s. On peut également se reporter au témoignage de A. HAROUN, « L'été de la discorde », Casbah éditions, 2000, 238 p.

24- Ordonnance du 16 juillet 1962 fixant les modalités de l'élection des membres de l'Assemblée nationale, JOEA n°2 du 17 juillet 1962.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

continuer à ignorer officiellement le gouvernement provisoire de la république algérienne (GPRA), constitué pendant la guerre d'indépendance et, ce faisant, de tenter de donner plus de légitimité à l'Exécutif provisoire.

On trouve, cependant, dans le décret du 19 mars 1962 relatif à « l'organisation provisoire des pouvoirs publics en Algérie » des dispositions qui vont au-delà des accords d'Evian, en tous cas tels que ces derniers se donnent à lire.

Si ce décret prévoit bien au lendemain de l'indépendance « les transferts de compétence », il précise, en outre, que : « L'exécutif provisoire organisera dans un délai de trois semaines, des élections pour la désignation de l'Assemblée nationale algérienne à laquelle il remettra ses pouvoirs »¹⁸.

Implicitement mais nécessairement cette disposition suggère qu'au lendemain de l'indépendance, l'ensemble des compétences juridiques sont exercées par le seul Exécutif provisoire jusqu'à mise en place de l'organe parlementaire algérien.

Ce n'est pas dire, cependant, que ces compétences aient été déterminées par le seul Etat français. Dans la mesure, en effet, où le décret du 19 mars 1962 n'a pas appelé de protestations ou de réactions négatives de la part du FLN/GPRA, on peut estimer qu'il s'agissait d'un des aspects cachés des accords d'Evian¹⁹.

Dans ces conditions, une première originalité du droit de l'Etat algérien est de s'exprimer dans une optique de confusion des pouvoirs, législatifs et réglementaires, au profit du seul Exécutif provisoire, la question se posant déjà de savoir s'il y sera mis fin après l'élection de l'Assemblée nationale.

18- Article 24 du décret, précité. La remise des « pouvoirs » de l'Exécutif provisoire à l'Assemblée nationale indique qu'il devait en détenir plus d'un et notamment une compétence législative.

19- Dans ces conditions, l'affirmation selon laquelle « l'Exécutif provisoire n'a jamais été reconnu comme un appareil d'Etat » in LECA et VATIN, « L'Algérie politique. Institutions et régime », FNSP, 1975, p.34 est plus que contestable. Elle l'est d'autant plus que ses actes n'ont pas été remis en cause. Elle est enfin contradictoire avec l'appréciation de J. LECA « L'organisation provisoire des pouvoirs publics de la république algérienne, RASJEP, 1964, p.13.

à la colonisation, grâce à un cessez le feu et à l'organisation d'un référendum portant sur la création d'un « Etat algérien » indépendant¹⁵.

La proclamation des résultats de ce référendum étant intervenue le 3 juillet 1962¹⁶, c'est donc à partir de cette date qu'un droit de l'Etat algérien peut, en tant que tel, trouver à s'exprimer.

Il reste qu'à partir de cette date la fabrication du droit a fait problème autant pour des raisons juridiques que pour des raisons de fait.

4.- D'un point de vue juridique¹⁷, les accords d'Evian n'ont pas prévu autre chose que la réalisation des transferts de compétence sans d'ailleurs préciser auprès de qui ils interviendraient, ce qui permettait aux autorités françaises de

15- Bien entendu, l'issue du référendum ne faisait aucun doute et d'ailleurs les accords d'Evian anticipaient son résultat en évoquant le statut des ressortissants français en Algérie, les conditions d'exploitation des ressources pétrolières du Sahara, la présence militaire française en Algérie ainsi qu'une coopération multiforme entre les deux Etats. Et si la nature juridique de ces accords a pu être discutée, en particulier par F. BORELLA « Le droit public économique en Algérie » in RASJEP 1966, p.55, faute de ratification et de publication par l'Algérie, il reste que l'on est au moins en présence d'un avant traité (au demeurant objet d'une publication spéciale par le journal officiel algérien – cf. JOEA du 6 septembre 1962) annonciateur de la conclusion d'actes internationaux ultérieurs, comme peuvent l'être en droit privé des accords cadres suivis de contrats d'application.

16- Cf. Journal officiel de l'« Etat algérien » (JOEA) n°1 du 6 juillet 1962. La proclamation par la Commission centrale de contrôle du référendum d'autodétermination est suivie d'une lettre du même jour du chef de l'Etat français qui prend acte des résultats et transfère à l'Exécutif provisoire « les compétences afférentes à la souveraineté », le Président de la république française tenant ce pouvoir d'une loi du 13 avril 1962 qui l'autorisait à conclure tous accords en relation avec les accords d'Evian si l'Algérie devenait un Etat indépendant (JORF du 14 avril 1962, p.3843).

17- On peut également se référer à l'étude stimulante de M. BOUSSOUMAH, « Contribution à une recherche sur l'Etat et le pouvoir en Algérie durant l'été 1962 », RASJ 1982, p.45s. Selon cet auteur, l'Exécutif provisoire n'est pas vraiment un gouvernement dans la mesure en particulier où il ne dispose pas des attributs relatifs à la défense nationale et aux affaires étrangères tout en disposant du pouvoir législatif l'autorisant à édicter certaines ordonnances. On peut adopter une approche plus nuancée et ici déconnectée de toute référence à un édifice constitutionnel dans la mesure où disposer d'une compétence y compris gouvernementale ne signifie pas forcément l'exercer, ce qui se vérifie à raison précisément d'un déficit de légitimité ou d'un rapport de forces. L'histoire y compris la plus récente offre plus d'un exemple attestant de l'existence d'une différence entre le réel et l'apparent. Ajoutons que l'organisation d'élections législatives est du ressort d'un gouvernement, fut-il « subordonné ».

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'« Etat algérien »

Elle aura alors à prendre en charge non seulement les évolutions du tissu juridique de la république algérienne « démocratique et populaire » y compris dans sa pratique juridictionnelle mais aussi en tant que tel le droit de l'« Etat algérien » qui le précède, même s'il occupe dans le temps une place très courte.

3.- Ce droit est le seul qui nous intéresse ici, d'autant plus qu'il s'élabore sans édifice constitutionnel, invitant par la même à répudier toute analyse de type kelsenien¹¹ et qu'il est fortement induit par les circonstances de l'avènement de l'indépendance algérienne.

Nul n'ignore qu'en Algérie, le processus de décolonisation n'est en rien pacifique¹². Contrairement à d'autres pays, voisins immédiats ou Indes, elle est militaire et même para militaire. Autant dire de suite qu'il faut céder à la tentation de l'élégance et ne pas concevoir ce droit sous un angle formaliste ou esthétique.

Pour l'essentiel, ce droit émane de l'Exécutif provisoire, organe collégial d'une douzaine de membres dont un Président et un vice président, prévu dans une série d'accords (les accords d'Evian)¹³ conclus le 18 mars 1962 par l'Etat français et le Front de libération nationale (FLN)¹⁴ pour mettre un terme

11- Contra, un arrêt de la Cour suprême algérienne, Chambre criminelle, du 3 novembre 1964, RASJ 1964, p.69s qui, à propos d'une ordonnance autorisant les juridictions pénales à statuer à juge unique, dénie à l'Exécutif provisoire tout pouvoir législatif au motif aussi étonnant que farfelu qu'il s'agirait d'une simple administration de fait.

12- Cf. S. THENAULT, « Histoire de la guerre d'indépendance algérienne », Flammarion, Champs, 2012 (2eme édition) et pour la période prise en charge plus particulièrement par la présente étude, pp. 272-298.

13- Sur ce texte, M. FLORY « La fin de la souveraineté française en Algérie », in AFDI 1962, p.912s.

14- La signature des accords par le FLN est une fiction destinée à masquer le fait que l'Etat français niait la représentativité du gouvernement provisoire de la république algérienne (GPRA), constitué en septembre 1958 à l'initiative de l'organe délibératif du FLN, le Conseil national de la révolution algérienne (CNRA), au motif que la question algérienne constituait une « affaire intérieure » française. Pour autant, ce sont bien des « déclarations gouvernementales » qui constituent la substance de ces accords et non pas des déclarations unilatérales.

justice coloniale le conduisant finalement à considérer le droit « musulman » - mais aussi les droits coutumiers - comme une re- création⁴ voire une invention⁵ coproduite par la doctrine et la jurisprudence⁶.

On sait moins que ce « pionnier »⁷ d'une étude décomplexée du droit colonial⁸ s'est aussi intéressé – j'en témoigne au nom d'une amitié multi décennale – au droit de l'Algérie indépendante⁹.

2.- Lorsque l'histoire¹⁰ retrouvera sa légitimité dans les enseignements universitaires en Algérie, une histoire du droit algérien contemporain, postcolonial, devra nécessairement prendre place puisqu'aussi bien sonder le passé revient à s'ouvrir à la vie.

4- Ce qui donne crédit, par le truchement du droit, à la thèse d'E. SAID in « L'orientalisme... », Seuil, 1980, selon laquelle l'Orient a été créé par l'Occident.

5- A propos de laquelle on peut d'ailleurs estimer qu'à partir du moment où elle était entreprise, elle sonnait le glas de toute politique d'assimilation et à fortiori d'association dans le respect des principes républicains. Elle ouvrait la voie à une distinction entre citoyens et indigènes en quelque sorte qualifiés à partir de « leur » droit, de « sujets français », selon un arrêt de la Cour d'appel d'Alger, c'est-à-dire littéralement de soumis à la France en même temps que d'exclus de la France car titulaires d'une nationalité sans réelle substance juridique en termes de droits. Cf. L. BLEVIS, « Les avatars de la citoyenneté française en Algérie coloniale ou les paradoxes d'une catégorisation », Droit et Société, 2001, pp.557-561.

6- Cf. « L'invention du droit musulman algérien » in Le débat juridique au Maghreb, Etudes en l'honneur d'A. MAHIOU, Publisud (Iremam), 2009, p.39s. et « L'acculturation juridique dans l'Algérie coloniale » in l'exigence et le droit, Mélanges en l'honneur de M. ISSAD, AJED éditions, 2011, p.113s. En ce sens, la colonisation est autant juridique que militaire et économique. Le langage du droit sert d'instrument de clôture, sinon de ségrégation, au point que contrairement aux données du droit international privé on ne peut concevoir qu'un ressortissant français soit régi par le droit musulman, fut-il réinventé.

7- Selon l'expression de F. RENUCCI in « Les chantiers de l'histoire du droit colonial. Introduction », Clio Thémis, 2011/4, p.1

8- Entre autres révélateurs : « Une première occasion manquée en Algérie : le projet de loi Merilhou » in L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de P. PACTET, Dalloz, 2003

9- Pour preuve écrite : « L'influence française dans le projet de code de la famille algérien », RASJEP 1982, p.625s.

10- Sur les difficultés, en général, de l'écriture de l'histoire de l'Algérie contemporaine, cf. M. RAHAL « Comment faire l'histoire de l'Algérie » in La vie des idées, Mars 2012. Et sur l'occultation en général de l'histoire contemporaine de et en Afrique du nord, cf. P. VERMEREN, « Misères de l'historiographie du Maghreb post colonial : 1962-2012, Publications de la Sorbonne, 2012, 259p.

Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de « l'Etat algérien »¹.

Ali BENCHENEB

Professeur des universités
Ancien Recteur d'académie

« La mer se cache dans ses eaux.
Le vent est un fardeau de princes.
Mais la lampe et la nuit s'en vont en chuchotant.
Ecoute.
La respiration des mémoires »

--- (Nadia TUENI)

1.- Jeune agrégé des facultés de droit, Claude BONTEMS a consacré six années d'enseignement à l'université d'Alger contribuant ainsi, avec autant d'énergie que de passion (s), à la formation des juristes algériens.

Ce séjour – mais a-t-il vraiment affectivement quitté un jour l'Algérie qu'il connaît dans ses moindres recoins – a été l'occasion, de faire du droit colonial algérien, droit de la dépendance autant que de l'allégeance² un objet d'enseignement et de recherches qui se soldera d'abord par un « manuel d'histoire des institutions algériennes de la domination turque à l'indépendance »³ puis par des travaux ciblées sur le droit matrimonial et la

1- In « *Les univers du droit* », *Mélanges en hommage à Claude Bontems*, L'harmattan et Presses universitaires de Sceaux, 2013

2-Selon l'expression de R. MAUNIER « Sociologie coloniale, Tome I : Introduction à l'étude du contact des races », Montchrestien, 1932, p.31. C'est aussi un instrument de facilitation de l'abus de pouvoir selon la démonstration éclairante de D. GUIGNARD, « L'abus de pouvoir dans l'Algérie coloniale », Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, 547p.

3- Le premier tome a été publié avec le sous titre « la domination turque et le régime militaire (1518-1870) », Paris, Cujas, 1976, 564 p.