

- QUEL DROIT POUR QUELLE ADMINISTRATION ? - *

El-Hadi Chalabi

De la référence à la loi du 31 décembre 1962 à celle de l'Etat de droit, en passant par l'arrêt Blanco¹, la problématique proposée par les organisateurs du colloque invite au débat sur le droit, sur l'administration et sur l'Etat. Elle pousse au bilan dans un domaine où tout semble relever de l'évidence. Que se cache-t-il derrière l'agitation des formules et des notions juridiques, comme des répertoires des actes législatifs et réglementaires ? L'analyse, comme la recherche, répugnent de s'aventurer au-delà d'un écran où se déroulent des scènes trop bien ordonnées pour permettre de se saisir des *réalités soustraites à la construction même du droit*. Qu'il s'agisse du fondement du droit de l'administration, des caractères actuels de ce droit, comme de la responsabilité de l'administration ou de la justice administrative (pour reprendre les axes de réflexion proposés) tout conduit à réfléchir sur ce qu'est l'*état du droit* quarante-cinq ans après l'indépendance. De ce point de vue, la loi du 31 décembre 1962, est à la fois un aboutissement et un point de départ.

Source première de l'armature juridique de l'Algérie indépendante, elle n'est que l'expression d'une vérité historique ayant façonné le monde du droit jusqu'à l'indépendance et, au-delà, jusqu'à nos jours.

Mais cette loi est aussi le point de départ d'une série d'impostures dans la construction du champ juridique et de son rapport à l'Etat et à la société. On comprendra pourquoi et comment les problématiques / les interrogations qui habitent la question du droit sont toujours balisées par les grandes catégories du droit français (d'où l'irruption de l'arrêt Blanco). Cela ne va pas sans déformation pour le droit français comme pour le droit algérien et ne manque pas de se traduire en défauts d'ordre méthodologique.

I - LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1962 COMME ABOUTISSEMENT : L'ÉNONCÉ IMPLICITE D'UNE VÉRITÉ HISTORIQUE -

Cette loi nous révèle que les dirigeants politiques ainsi que les députés de l'Assemblée nationale constituante, tout comme les juristes qui en peuplaient les travées ou bien ceux qui, de l'extérieur, leur ont porté aide et conseil, n'ont jamais pensé le droit autrement que dans le giron colonial. Cela s'entend selon la culture et les constructions théoriques à l'honneur dans l'Algérie coloniale. En effet, dans la période contemporaine (19^{ème}, 20^{ème} siècle) si on croit les juristes (et pas uniquement, d'ailleurs, car l'observation peut être étendue à toutes les sciences sociales), le droit est né et s'est développé avec la colonisation, c'est-à-dire à partir de 1830. Deux séries de remarques permettent de développer cette observation :

- En premier lieu, tout se passe comme si, avant 1830, rien n'existait : ni droit, ni juristes, ni système juridique avec ses penseurs, ni conflits doctrinaux. Pourtant, si

* Cette réflexion reprend en partie la communication présentée au colloque sur « Le Droit et l'administration publique » (Faculté de Droit, Oum El Bouaghi 7-8 mai 2008)

¹ T.C. 8 février 1873, conclusions David. Cet arrêt, déterminant en son temps, pour le droit français, pose la règle selon laquelle « l'administration ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés... » Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, Sirey, 1965.

la colonisation s'est établie sur la pratique de la table rase, il existe des traces qui attestent qu'il fallait procéder à un délitement des institutions antérieures à 1830. Les codes substitués à une antériorité juridique locale colportent le tranchant du glaive par lequel ils ont été imposés. Au contenu et aux pratiques de la Chari'a succède un droit français adapté à la colonie, dépouillé de ses aspects libéraux ou présentés comme tels. D'où la dénomination de droit colonial. Au demeurant, et au-delà de la condamnation de la Chari'a comme système juridique, il faut inventorier, dans les structures de l'Algérie précoloniale, les différents ordres tribaux, fédérations tribales, et tenir compte de l'agencement des règles entre spécificités locales et leur rencontre avec celles du pouvoir central. Spécificités locales et centralisation se chevauchent et s'ordonnent derrière des compromis, de sorte que le rapport de la société au droit s'inscrit dans des structures déterminées, traduit un tissu de liens, érige ou confirme des statuts et emporte son propre équilibre.

•
La destruction du droit antérieur à 1830 est attesté par la reformulation, dans la stricte définition du statut musulman, de la Chari'a en droit musulman. L'élaboration doctrinale, comme les prescriptions du droit positif, recouvrent la division entre citoyens (ceux qui relèvent du code civil français) et les non-citoyens (justiciables du régime des indigènes de statut musulman). La société, comme son droit, ont été déstructurés. En cantonnant la Chari'a à un droit musulman, n'ayant comme champ d'expression que le statut personnel, la doctrine coloniale, les juristes coloniaux ont construit de toutes pièces un droit pour une société telle qu'ils la pensaient, comme ils la voulaient. Dans ces conditions, comme l'a si bien remarqué un auteur, nous sommes en présence d'un « *droit pour une société et non du droit d'une société* »². Il reste à mesurer la profondeur et les retombées induites par le phénomène d'extériorisation du droit à la société.

Il est nécessaire de s'interroger sur la formation des juristes autochtones durant la colonisation et leur intégration dans le paysage juridico-administratif. Il faut remonter aux premiers juristes sortis de la faculté de droit d'Alger et évaluer la rencontre entre droit colonial et juristes autochtones dans l'environnement propre à la colonie et à ses projets. Ce fil conducteur nous guidera jusqu'à la loi du 31 décembre 1962. Le champ juridique antérieur à 1962 témoigne de cette intégration quasi naturelle de la conception du droit colonial par les élites autochtones et acceptée au point où, avec le temps, le droit ne pouvait (et n'a pu) être étudié, pratiqué, pensé, autrement que comme ensemble institué tel quel. Il n'est de droit que dans la matrice coloniale. Et avant ? Tout un ensemble de règles et de pratiques, de travail doctrinal et de consécration de générations de juristes, de règles coutumières locales couplées, dans une coexistence avec les règles du pouvoir central, tout un univers, en somme, celui des règles, des corps qui les reçoivent, de ses spécialistes, commentateurs, des autorités en charge de la conservation de cet univers, de sa transmission, dans les limites mêmes fixées à leur autorité, interdisant tout empiètement, tout cet univers, sombre dans le démantèlement, le travestissement et l'oubli. A cela, il faut ajouter comment la qualité du juge et de ses implications (pouvoirs et limites) dans le droit de protection et de sanction (pénale, commerciale, civile), cesse d'apparaître, du jour au lendemain, en étant défait de toute référence, de tout support, de tout questionnement sauf dans sa mise à mort de l'intérieur par les catégories du droit français.

² J.R. Henry, *La doctrine coloniale du droit musulman algérien*, Paris, Editions du CNRS, 1979.

Nourris aux principes juridiques du droit français et de son organisation politique et institutionnelle, les juristes algériens s'installeront définitivement dans cette évidence. L'appropriation du droit français qui signifie aussi instantanément *l'appropriation par lui*, se fera, avec le temps, de manière plus ou moins différenciée. La naissance du mouvement national contribue à nuancer quelque peu le droit français par un tri qui consiste à le délester de son contenu ou de ses aspects discriminatoires. En ce sens, à partir de cette question du droit, le mouvement national a côtoyé le mouvement intégrationniste. L'une des figures autochtones du droit, Benali Fekar, synthétise à merveille, dans sa carrière, la centralité française dans l'approche du droit³.

Qu'il s'agisse du mouvement national ou du mouvement intégrationniste, la rencontre avec le droit français, ses références comme source d'identification une et absolue, devient une évidence à partir du moment où ils s'appuient, les uns et les autres, sur les principes de la révolution française de 1789, pour tenter de desserrer l'étau d'un droit discriminatoire propre aux colonies. Le droit français dans sa dimension libérale avec les principes de 1789 est intégré par le mouvement assimilationniste au titre de la recherche de l'égalité citoyenne. Le mouvement national s'installe dans les principes de 1789, par contre, dans le but de faire admettre l'entité nationale algérienne et tenter de contourner l'oppression du droit colonial par la référence aux principes révolutionnaires de 1789 et la Déclaration des droits. Ce n'est pas un hasard si la loi du 31 décembre 1962 assortit la reconduction du droit français de son apurement des effets discriminatoires et des dispositions contraires aux libertés publiques. Ce détour de disposition résume en réalité à la fois les deux attitudes, complémentaires, d'ailleurs, dans la rencontre entre l'assimilationnisme égalitariste et le mouvement national y compris dans son expression indépendantiste. Autrement dit, les couches sociales citadines, petites bourgeoises ont intégré largement le droit français comme modèle social, ce qui les rendaient proches socialement de la colonisation dont l'une des expressions développera dans des regrets remarqués l'erreur de n'avoir pas compris à temps le recours à l'aspiration des élites locales sur des bases égalitaires.

Dans l'entre-deux guerres mondiales, comme dans les années cinquante et jusques et y compris durant la guerre de libération nationale, le droit n'est pensé, ni par les juristes, ni par les politiques, en dehors du droit français, de ses techniques et de ses concepts. On comprendra, de la sorte, que politiciens et juristes qui, souvent, s'entrecroisent, n'aient pu penser d'autres règles, à l'indépendance, que celles qui ont été élaborées par la colonisation.

Si on admet que le droit naît avec la colonisation, cela signifie qu'antérieurement à cette dernière, en termes de droit, de système juridique, de justice ou d'acte d'autorité, il n'y avait rien. En dehors du droit imposé depuis 1830, on tombe dans le domaine de l'*impensé*.

S'il est vrai que le droit ne saurait être pensé sans société, il faut admettre que l'intégration dans l'Algérie coloniale s'est faite par le droit. Il faut aussi admettre la superposition, l'identification du droit à la violence, puisque la substitution d'un droit à un autre s'est faite par les armes. Dans ces conditions, le droit ayant été une base essentielle de la domination coloniale, la reprise de la législation française par le premier texte de souveraineté algérienne renferme la réussite, sinon le triomphe de la domination coloniale restituée en legs à une « *indépendance* » qui n'a cessé d'afficher ses ambiguïtés. Formés au droit français de la colonie, les Algériens et tout

3 Premier autochtone accédant au doctorat en droit auprès de la Faculté de droit de Lyon au terme d'une thèse sur *L'usure en droit musulman*, en 1912, il reste rivé sur les directives doctrinales coloniales en approchant les questions du droit à partir d'un donné construit, le projet colonial. Voir notre étude Un juriste en quête de modernité : Benali Fekar *Naqd*, n° 11, printemps 1998, p. 41-55.

particulièrement les juristes, comme tous ceux qui ont en charge l'administration, ont intégré ses dispositifs organiques, modes de pensée et d'élaboration, sans rapport avec le support sociologique sur lequel il est censé œuvrer après l'indépendance.

En réalité, la formation au droit français tout comme la reconduction de ce dernier sont au centre d'une distinction, porteuse de dichotomies, entre :

* une infime minorité de la population recouvrant des élites porteuses d'une proximité avec la puissance coloniale et son administration, se reconnaissant dans des espaces théoriques et pratiques du droit. Ces élites ont négocié leur place dans la hiérarchie sociale à l'aide du droit, aussi bien durant la période coloniale que depuis l'indépendance. De la sorte, elles ont été consacrées, objectivement, dans un rôle de médiation entre administration coloniale et colonisés.

Depuis l'indépendance, ces élites, sous la dénomination de *cadres de la nation*, ont été la plume traduisant un dispositif politico-juridique mettant à l'abri l'ordre politique dans sa signification profonde, tout en restant complètement extérieures à la masse des Algériens.

**La masse, quant à elle, prise en main sous la domination coloniale par une administration où s'insinuent des élites autochtones qui miment l'administration indirecte entre la masse et l'autorité militaire, préfectorale, communale. Pour la masse, la *justice* s'installe dans ces espaces de pure décision d'*arbitraire* ou de *sagesse* et où le droit n'est qu'un ensemble de décisions sans attache théorique, doctrinale ou jurisprudentielle autre que *le bon sens* auquel se convertissent tous les acteurs.

Cette complexité de rapports s'exprime en hiérarchies et précellence dans un déséquilibre entre les détenteurs de l'initiative juridique et ceux qui la subissent, car elle continue à leur être extérieure voire, par là même, hostile. Tout système de droit ayant ses repères, ses points d'appui le mettent en rapport, y compris dans sa discontinuité, dans une relation vivante avec son support sociologique.

Les repères d'un droit algérien antérieur à la colonisation ont été saccagés puis effacés. Mais il reste la permanence référentielle de ses bases culturelles avec tout ce que cela implique d'approximation et d'incertitude face à l'épreuve de la temporalité. Ici s'ébauchent et prennent sens les écarts, accrocs, césures pour figer les lignes de démarcation entre archaïsme et modernité. Ces lignes de démarcation sont attestées par la concordance entre la langue et le droit pour établir quelle langue consacre au mieux la restitution, en termes d'usage, la modernité du droit. Ce qui emporte nécessairement un procès en disqualification à l'égard de la langue arabe tenue en suspicion sur plusieurs fronts et d'abord dans le processus même de sa promotion. Curieusement, pourtant, même en l'espèce, les politiciens et leurs conseillers ont reconduit la division coloniale entre arabisants et francisants, les premiers étant cantonnés dans le sanctuaire du statut personnel, tel les medersiens, (cadi, 'adel, bech-'adel), face aux tenants de l'administration et de la justice à compétences complexes.

Dans son rapport au droit, l'administration n'est rien d'autre que l'administration selon les critères du droit reconduit. Puisque nous avons constaté que depuis 1830 la notion de droit se confond avec celle du droit français, nous sommes en présence d'un seul droit, d'une seule vision du droit, celle qui nous est restituée par le droit colonial. Dès lors, l'administration, dans le rapport au droit, ne peut être que l'administration coloniale héritée et reconduite à l'exception de sa dimension ethnique. Cela ne va pas sans soulever d'épineuses questions et d'abord celle-ci : comment articuler cet ensemble droit/administration dans l'Algérie indépendante ? Cette interrogation

emporte deux autres :

*le support historique avec ses continuités/discontinuités, dans la construction de l'administration française, de ses traditions, étant absent comment le rapport au droit et son évolution échapperaient-ils aux conséquences d'une telle absence ?

**serait-il possible de saisir la notion même d'administration dans sa dimension organique comme dans son critère matériel depuis l'indépendance sans passer par un effort de reconsidération des concepts ?

On est fondé à se demander, en définitive, si l'administration, comme legs, n'a pas fait l'objet d'un simple transfert de structures converti en appropriation similaire aux biens vacants. On sait quel a été le rôle de ces derniers en termes de mobilité sociale, d'enrichissement économique et support de puissance. Or, l'administration, comme source de puissance produit des effets considérables. Accaparée à travers le poste, la fonction ou la responsabilité elle est élevée au titre de support faisant corps avec celui/celle qui l'actionne. Soustraite à l'institutionnalisation, l'administration, dans ses manifestations humaines, devient une puissance à partir de laquelle se négocient des échanges autour d'intérêts innombrables, drainés en forme de besoins, d'offre et de demande dans une marchandisation des services. En privatisant la fonction, au sens d'une possession privative, installée dans les termes de l'échange, elle échappe, dans de nombreux aspects à la notion d'administration telle qu'on prétend la reproduire d'une tradition française. Dans la pratique, on se retrouve avec un corps de règles reprises du droit français (le droit de l'administration ou droit administratif et ce qui lui donne son sens, la puissance publique, le service public), de l'autre, des structures apparaissant comme une somme infinie de possessions articulant une codification mouvante au même titre que celle du marché. Pour ces raisons, les propositions d'analyse sur la corruption nous paraissent inadéquates. En effet, le phénomène dit de la corruption suppose un cadre établi de règles en état de fonctionnement sur des critères reconnaissables, un bloc de légalité attesté par des procédures protectrices et sur la base desquels la corruption se définit comme un manquement, une violation, un détournement. La corruption se définirait alors comme exception délictuelle à la norme générale vivante et non pas désuète ou inopérante. Or, nous sommes face à une appropriation des structures administratives de nature à couvrir, par sa généralisation, une superposition entre l'origine, réputée publique, des structures et pouvoirs de l'administration et leur destination en dernier ressort. Il s'agit beaucoup plus de démembrement négocié de la puissance attachée à l'administration que de manquement aux règles de la puissance publique.

Le droit administratif n'est pas sans lien avec les structures sociales et les particularités économiques. En France, la circulation des élites entre bourgeoisie industrielle et bancaire et la petite bourgeoisie sacerdotale de la III^{ème} République (professions libérales enseignants et notables locaux) a engendré ce culte de la puissance publique, du service public et de l'égalité des citoyens, donc leur protection par rapport aux abus de l'administration. Parce qu'elle était soucieuse de sa propre protection, la bourgeoisie française a fait évoluer le droit administratif d'un droit de l'administration vers celui de la juridiction. Les auteurs ont jalonné, dans les recherches, ces mutations qui vont du juge administratif comme « *invention du despotisme* »⁴ où la juridiction et l'administration ne font qu'un, à la juridiction se soustrayant de plus en plus à l'administration pour la soumettre à des procédures de protection des citoyens. Résultat d'un processus historique, le domaine de la

4 R. Jacquelin, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, thèse, Paris, 1891, p. 457, cité par Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, collection Droit public, 1970.

connaissance des affaires de l'Etat par l'Etat, se mue en soumission de l'Etat au droit⁵. Sous les effets de la pratique juridictionnelle et de l'influence d'une idéologie légaliste et égalitariste, le carcan administratif se fissure progressivement pour faire accéder le juge à une autonomie de nature à y voir le juge des libertés publiques⁶. Cela ne veut nullement dire, pour autant, que la voie royale est acquise en toutes circonstances et pour toujours comme semblent le croire certains chercheurs ou praticiens algériens pour lesquels le droit français est saisi dans une limpidité telle qu'il est déconnecté de toute complexité restituant sa place dans le jeu des forces sociales et politiques. Il faut, en toutes circonstances, avoir en mémoire ce qu'endure *le huron au Palais Royal*⁷

À l'époque où se cristallise l'anéantissement de toute trace du droit antérieur à 1830, en Algérie, se mettent en place, en France, les moyens de faire coexister le pouvoir de l'administration et la protection des libertés publiques. En 1962, croyant qu'il suffisait de reconduire la législation française pour reconduire avec elle à la fois le support sociologique et les traditions juridiques, l'assemblée nationale constituante a, pour longtemps, installé le droit algérien au centre d'une série d'impostures.

II - LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1962 SOURCE D'IMPOSTURES -

Quels sont les rapports que l'administration entretient avec la loi ? Telle est la question centrale à partir de laquelle se déroule le fil des impostures imbriquées dans la législation reconduite et qui n'ont cessé de façonner le paysage politico juridique jusqu'à nos jours. En effet, si l'administration s'est structurée en multitudes de forteresses au profit du titulaire du poste ou de la fonction c'est parce qu'on est renvoyé à la nature de rapports entre l'administration et la loi. Certes, on pourrait discuter de la question fondamentale, au départ, sur l'unité ou la dualité de juridictions pour juger des mérites respectifs des deux types d'organisation juridictionnelle. La question fait irruption avec la création d'un Conseil d'Etat avec la Constitution de 1996. Laissons un observateur avisé nous livrer, non sans amertume, ses conclusions après s'être prêté au jeu de « *l'impact de la Constitution de 1996 sur la justice administrative* »⁸. Après avoir cherché l'apport de la Constitution de 1996 à la justice administrative, l'auteur se demande s'il s'agit « *d'une simple modification structurelle* » ou si « *un autre débat, plus important, toujours sur la justice administrative (au sens matériel du terme) relance l'intérêt d'un sujet et donc du débat... En effet, la place et le rôle de la justice administrative dans la Société et la construction de l'Etat de droit constituent un sujet de recherche d'actualité. Dans cette perspective, dualité de juridiction ou unité de juridiction apparaît comme un débat de clocher car l'important ne réside pas dans le type ou le mode d'organisation mais dans le statut du juge administratif et le droit du contentieux administratif et son*

5 L'invention du juge administratif visait, à l'origine, à faire « *affranchir l'Etat de tout contrôle* » et permettre à l'Etat « *d'être à la fois juge et partie* », R. Dareste, *La justice administrative en France*, 1862.

6 « *...la composition et l'organisation des tribunaux administratifs se précisent, des procédures surgissent, des jurisprudences se créent, des traditions se perpétuent, et un principe s'impose, transposé du droit privé : celui de la séparation de l'administration et de la juridiction,* », J. Chevallier, op. cité, p. 12.

7 Titre du célèbre article de J. Rivero, Dalloz 1962, chronique, p. 37. Egalement, la synthèse faite par P. Allières, J. Gatti-Montain, J.J. Gleizal, A. Heymann-Doat, D. Lochak, M. Miaille, dans *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Paris, 1985.

8 R. Khelloufi, Revue IDARA, n°23, vol. 12, n°1, 2002, p. 41-74.

efficacité et donc à la réponse au questionnement suivant :

Est-ce qu'il y a un juge administratif dans « l'avion » de la justice administrative ?

Est-ce que l'administration est un justiciable ?

Est-ce que le citoyen-justiciable peut accéder facilement au juge administratif ?

Est-ce que les décisions de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée rendues contre l'administration sont exécutées ?

Est-ce que le citoyen et la société croient à ce juge administratif et à la justice administrative ?

Telles sont les questions préalables pour lesquelles il est nécessaire de trouver la réponse juste ; car s'interroger sur l'impact de la Constitution de 1996 sur la justice est une question accessoire qui se pose en aval du sujet sur la justice administrative ».⁹

Le rapport de l'administration à la loi rend accessoire sinon sans objet toute spéculation ayant pour but de s'interroger sur telle ou telle modification alors que la question fondamentale reste liée au sort fait au bloc de légalité.

En s'inscrivant dans le droit fil du système français, les juristes raisonnent avec les matériaux de ce dernier en supposant résolu ce qui lui donne son sens. Or, le système français est entièrement construit sur la notion de légalité/constitutionnalité qui soumet l'administration à la loi. Cela renvoie, dans le même temps au régime de la loi, son adoption, le rapport à la volonté générale et à la notion de représentation et de souveraineté.

Dans le contexte algérien, un rapide tour d'horizon suffirait à faire ressortir que la loi fait piètre figure en regard des assauts de l'administration. Si on considère que l'administration fait l'objet d'une possession à titre privatif dans ses diverses formes, expressions et moyens, il est tout à fait logique qu'elle implique une correspondance normative qui l'ordonne et lui permette de fonctionner ainsi. Dans les manifestations extérieures concernant le rapport de l'administration à la loi, les juristes qu'ils soient praticiens, enseignants et quelquefois les deux en même temps, ainsi que les porte-parole politiques ont toujours produit un discours qui inscrit l'administration sous l'empire de la légalité. Cette doctrine découle en droit fil de la logique qu'inspire la loi du 31 décembre 1962. En d'autres termes, tout le monde, en théorie, s'est installé dans une idée de la loi à partir de laquelle prend corps la soumission de l'administration à l'ordre de la loi. Or, il ne suffit pas de se référer au terme de loi pour pouvoir conclure que, dans l'absolu, toute loi implique des attributs et des conséquences qui coulent naturellement et qui sont reconnaissables partout et en toutes circonstances. La filiation avec le droit français *intuitu materiae* (quant aux textes) et *intuitu personae* (quant au personnel en charge de leur répercussion et de leur application) et les renvois à la fois techniques et méthodologiques ont suffi pour faire croire au fonctionnement du bloc de légalité et de sa prééminence face à la puissance administrative. On a parlé du dualisme en droit algérien en faisant valoir ses sources islamiques et ses sources françaises. Il serait encore plus juste de prendre acte d'un dualisme qui dure depuis 1962 entre un droit de référence et le droit produit. Le droit de référence saisi comme un droit rationalisé, moderne, appuyé sur une doctrine et une jurisprudence, fournit la couverture à un droit produit d'une succession de carences, de confusion avec la puissance et la force tempérée à l'intérieur des structures administratives et politiques par la ruse du discours et de l'échange en

⁹ R. Khelloufi, sic. Notons que l'usage d'expressions comme « *juge dans l'avion...* » ou « *débat de clocher* » incline à placer l'exercice doctrinal sur orbite extérieure. Le propos est plus souvent tourné vers les revues françaises que vers l'intérieur. L'objet de réflexion est souvent coupé de son support vivant. Au demeurant, le clocher ne donne pas lieu à débat mais à esprit de/ou querelle.

termes négociés. En termes de droit produit, et par rapport aux ambitions du droit de référence, il vaudrait mieux convenir que nous sommes en pleine anomie.

Cette superposition entre deux mondes du droit est encore accentuée par les références doctrinales, appuyées sur les renvois jurisprudentiels du droit français sans que ces derniers n'aient aucune relation que ce soit en termes sociologiques, politiques ou organiques. Une fois en face des notions et des concepts qui, en apparence renvoient à la même enveloppe, on est très vite ramené au vrai sens des uns et des autres. Dans un cas, on est conduit à aller de l'avant pour évaluer la pertinence de telle ou telle avancée jurisprudentielle, l'intérêt des disputes doctrinales et leur impact sur une politique juridique déterminée. Dans l'autre cas, nous demeurons dans l'exercice théorique par rapport à des notions qui n'offrent d'intérêt que pour souligner la beauté de rivages lointains émoustillant l'exotisme local.

Lorsqu'on parle de principe de légalité, du contrôle de l'activité administrative par le juge et donc de la soumission de l'administration à la loi, on met en branle toute une chaîne de liens se conditionnant les uns les autres et où prennent place à la fois des institutions, des acteurs, des procédures et des rapports qui, non seulement distinguent entre constitution, loi, décret, arrêté ou décision mais permettent de décomposer en quoi, comment et pourquoi la constitution a un statut éminent par rapport à la loi qui, elle-même renvoie à une suprématie telle qu'elle puisse être invoquée comme source de libertés citoyennes ou vécue en tant que source d'arbitraire. On comprendra que la loi dans la tradition française a une liaison intime avec le citoyen et la citoyenneté. L'un conditionne l'autre au point qu'ils renvoient tous deux à une conception de la souveraineté. C'est le point d'équilibre, parce que c'est leur point de rencontre, entre forces contraires, rivales, produit de la différenciation sociale et de la stratification située et assumée. C'est là, derrière la loi expression de la volonté générale que se construisent les mythes citoyens parallèlement à ceux du service public, de sa neutralité, de sa permanence et de l'égalité de tous devant l'administration, parce que, au préalable, l'égalité de tous devant la loi est posée comme principe fondamental. Parce qu'elle est point d'équilibre, porteuse d'une rationalité de l'adhésion et de la contestation ou de la mise en cause légitime, la loi appartient au parlement qui la vote et aux citoyens qui anticipent le vote des lois par la désignation de leurs représentants. Ce système qui fonctionne selon ses mythes et ses illusions produit aussi et néanmoins sa cohérence, qui se traduit par les voies d'accès à la contestation de l'action administrative comme de l'action politique qui la commande. Cette cohérence est rendue concrètement en multiples décisions des tribunaux administratifs et du Conseil d'Etat, du Conseil constitutionnel comme des tribunaux judiciaires. Elle s'étoffe avec la formation des ordres de juridiction, de leurs juges et magistrats, des professions judiciaires et de celles de l'enseignement du droit. Tout ce tissu vivant est en continuelle confrontation, produisant en lui-même la nature profondément conflictuelle du droit et des voies et moyens de la traiter en différents points du temps, de l'espace, des acteurs et groupes d'acteurs, liés toujours par la tradition, déchirés souvent par des avancées soudaines et les explorations hasardeuses sous la poussée d'intérêts sociopolitiques. Loin d'être une panacée faisant irruption dans le paysage juridique, l'Etat de droit accompagne et hante la doctrine depuis le dix-neuvième siècle. Sa signification, par contre, s'étoffe sous l'effet à la fois d'une démocratisation des institutions, en particulier juridiques, mais, aussi, d'un recours idéologique servant, paradoxalement, à freiner la démocratisation institutionnelle. L'Etat de droit est en perpétuel débat, parce qu'il implique constamment un renouvellement.

Ainsi, se présente, schématiquement, le droit français, débarrassé de son carcan

colonial, tel que « la société juridique algérienne » prétend le saisir sans jamais pénétrer ses innombrables cellules constitutives, en renouvellement constant. D'où les conséquences des références au droit français expliquent les défauts méthodologiques. Un simple placage conceptuel, emballage aléatoire, témoignant beaucoup plus d'une dépendance historique, ne construit pas un système juridique.

Ce constat est le fruit d'une longue observation tirée de la Revue algérienne des sciences juridiques politiques et économiques, de la Revue de Ecole nationale d'administration et de la revue du Conseil d'Etat. Nous résumerons notre propos à un article très représentatif en la matière, sur « *Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif* » que l'on doit à Mme F. Aberkane¹⁰. Dans cette contribution, la Présidente du Conseil d'Etat, qui inaugure la revue de la « *haute juridiction* », choisit le passage par l'Etat de droit pour traiter des pouvoirs du juge administratif, de la puissance de l'administration et de droits exercées à l'encontre de celle-ci : « *L'Etat de droit est celui dans lequel toutes les institutions politiques ou Administratives (sic) ne peuvent agir qu'en respectant les règles de droit existant à un moment donné, règles de droit qui légitiment leur action. Dans l'Etat de droit les administrés disposent de droits à l'égard de l'administration, dont-ils attendent qu'elle respecte les règles en vigueur et qu'ils peuvent au besoin contraindre au respect de ces règles par l'exercice de recours juridictionnels.*

L'Etat de droit se définit comme la situation où l'administration est soumise au droit, on peut ajouter encore - pour compléter cette définition - que l'Etat de droit est celui dans lequel l'activité de l'administration, par définition extensible, est rigoureusement contrôlée et sanctionnée par le juge administratif.

*Nous allons donc nous interroger... à travers la jurisprudence de notre juridiction administrative, sur les pouvoirs réels du juge administratif pour assurer et garantir les droits et les libertés des individus et sur la nature des moyens juridiques mis à la disposition de ce juge, moyens dépendant évidemment des pouvoirs de l'administration mis en jeu dans des circonstances données ». La suite de l'article s'ordonne autour de la série de définitions : *compétence liée, compétence conditionnée, compétence discrétionnaire* avec quatre renvois, en guise de jurisprudence, à trois arrêts de la Cour suprême et un arrêt de la chambre administrative d'Alger. Quatre décisions de juridictions d'Alger auront suffi à la Présidente du Conseil d'Etat pour faire un bilan « jurisprudentiel » en matière administrative. En fait, les principales théories du droit administratif sont reprises de l'élaboration jurisprudentielle française de sorte que l'on glisse, des chambres administratives et de la Cour suprême d'Alger au Palais royal, à Paris : « *De façon générale, le juge de l'excès de pouvoir contrôle la légalité des décisions administratives c'est-à-dire leur conformité aux textes légaux, aux principes généraux du droit ou à des règles de portée générale... Longtemps le juge s'est interdit de contrôler l'appréciation des faits opérés par l'administration, au prétexte qu'il n'était pas juge de l'opportunité. Depuis une trentaine d'années un certain contrôle a fait son apparition dans la jurisprudence française avec l'arrêt Lagrange puis l'arrêt Gomel : le juge a été ainsi conduit à soumettre l'administration à un contrôle minimum portant sur l'appréciation des faits à laquelle elle se livre : le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dit encore contrôle restreint »¹¹. Le Conseil d'Etat français est sollicité comme juridiction sublimée, d'instance ultime, destinée à fournir les solutions et les théories construites dans un cheminement, une tradition, un**

¹⁰ qui signe comme *Présidente du Conseil d'Etat*, Revue du Conseil d'Etat, n°1, 2002, p. 25-30.

¹¹ F. Aberkane, *Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif*, op. cité p. 28.

contexte, dans un rapport à la légalité sans aucune comparaison avec le contexte des juridictions algériennes. Mais cette pratique d'appropriation du droit administratif français et ses constructions jurisprudentielles pour encadrer une jurisprudence algérienne inexistante remontent au *cours de contentieux administratif* de A. Mahiou, dans les années soixante-dix, quatre-vingt¹². En quoi la culture de la loi expression de la souveraineté nationale, qui pousse le juge administratif français à façonner des matériaux pour encadrer l'administration dans l'espace légal, produire des arrêts à profusion en réponse à une multitude de demandes citoyennes, serait-elle de nature à prolonger ses effets sur l'aire juridictionnelle algérienne ? Tout se passe comme si la jurisprudence française en fournissant des réponses étoffant le contrôle de la légalité, ne fait que susciter l'appétit de consommation de produits finis dont s'empare cette autre culture du droit, de la loi et de l'administration, incapable de produire ses biens propres. Cette indigence envahit les corps (encore que le terme ne paraît pas très heureux) de juristes dans les différentes sphères où devrait s'exercer leur action et leur réflexion en rapport avec les problématiques et questionnements locaux sans préjudice de l'apport du comparatisme. Or, la pratique n'est pas celle de l'approche comparatiste mais de *l'affiliation* attestant un désengagement en profondeur en rêvant de cet idéal qui fonctionne ailleurs et dans le confort duquel on se construit des abris de fortune. Les principes généraux du droit, l'erreur manifeste, la compétence liée, la compétence discrétionnaire, et toute l'armature conceptuelle tirée de règles préalables, de pratiques répétées assorties de commentaires contradictoires nourrissant autant le juge que la doctrine, prolongés dans le contexte algérien, ne sont que des gadgets obstruant l'accès au paysage dénudé à qui on refuse l'urgence de la réflexion.

Partant à la recherche du processus de formation des principes généraux du droit, J. Rivero résume « *la pensée du Conseil d'Etat* » en quatre points avant de soutenir l'idée suivante : « *Mais se croyant serviteur des principes, il (le Conseil d'Etat) en est, en fait, le créateur. Plus exactement c'est son action qui, dans la masse complexe des éléments qui se partagent la conscience nationale, choisit ceux auxquels va s'attacher la sanction que lui seul peut leur donner, et les fait entrer, par là même, dans le droit positif...* »¹³. Le contexte algérien n'est riche que des fluctuations de la conscience nationale tantôt frappée d'inertie, tantôt purement et simplement défaite dans ses expressions de nature à cimenter dans la loi les éléments contradictoires qui la composent en irriguant son dynamisme. Elle est enfermée dans des références routinières depuis qu'elle s'est confondue avec les forces de coercition qui, en charge de l'Etat à l'indépendance, se sont instaurées en lieu et place du colonisateur en gardien d'un tout à la fois défini comme son contraire (en termes d'indépendance et de liberté) et en même temps son continuateur en récupérant ses techniques dans une matrice du droit/force en prétendant en nettoyer les aspects contraires à la souveraineté nationale. Il s'en suit un rapport à la loi qui n'est que l'expression d'intérêts protégés sans cette circulation des composantes qui lui donnent sens du bas vers le haut et sans masquer les défis aux confrontations garantes de son appartenance à tous pour tous. A la poigne coloniale succède l'engourdissement administré à une conscience nationale enfermée entre des mains expertes faisant jouer aux structures traditionnelles le rôle de hiérarchies dominées par le devoir d'obéissance et de soumission aux puissants, autorités reconnues par l'aura lignagère, religieuse ou

12 Voir l'édition de 1981, Alger, OPU.

13 *Le juge administratif : un juge qui gouverne ?*, D. 1951, chronique, p. 21. Les quatre points retenus sont : « 1/ Il existe un corps de principes généraux de droit public français. 2/ Ces principes ont valeur de droit positif. 3/ Le fondement de l'autorité ainsi reconnue aux principes ne se trouve pas dans les textes. 4/ Le juge ne crée pas les principes. Il en parle comme des règles objectives dont il constate l'existence, et qui ne dépendent nullement de sa volonté ; tout se passe comme si l'estimait lié par eux au même titre que par la loi ».

guerrière. Les rapports sont gouvernés par la domination d'hommes à hommes ou de groupes à groupes étouffant la flamme ayant animé les acteurs dans une entreprise de libération annonciatrice de prolongements prometteurs sur l'émergence d'une citoyenneté ressentie d'abord dans la rupture avec le colonisateur avant d'être livrée en pâture à une bureaucratie qui a réussi à persuader de ses capacités à exprimer, pour tous, citoyenneté et libertés, justice et égalité, démocratie politique et démocratie économique et ne veiller en fait, qu'à sa propre protection et à sa seule prospérité. Dans ces conditions, la loi n'est rien d'autre qu'une pâle référence formelle ne produisant que de lointaines retombées sur le juge, l'administration, en termes d'acte toujours négocié, rarement opérationnelle sauf pour baliser en surplus des espaces soustraits au commun des Algériens. Cela explique le caractère étriqué d'une justice bridée par des protections et asservie par des immunités, la latitude réduite à sa plus simple expression d'un juge au statut aléatoire, des décisions juridictionnelles frappées du sceau de l'indigence doctrinale et réfugiées dans la confidentialité. Il arrive que les juristes se mettent en ordre de bataille pour partir en campagne de crédibilisation commandée par les instances politiques sur la constitution, l'Etat de droit, telle ou telle réforme pour accréditer quelque projet soigneusement maintenu dans l'ombre. Le leurre continue à fonctionner, masquant la qualité intrinsèque de la loi qui contraint toujours mais ne protège jamais, à l'exception de ceux qui s'en approprient le gardiennage. La loi s'inscrit dans un processus de cooptation qui conditionne à la fois la fonction parlementaire et la fonction administrative pour éclater en démembrement de l'une et de l'autre, n'ayant de sens que dans le gré à gré du rapport personnel. L'armature conceptuelle et technique du droit français ne fait que révéler alors le caractère archaïque d'un droit qui retrouve des racines coloniales rechaussées d'algérianisation. Dès lors, se mettent en place, à l'aune d'une mondialisation soucieuse de ne pas épargner le droit, des procédés de mise à niveau institutionnelles, techniques ou de politique juridique. L'Union Européenne (comme telle ou par l'intermédiaire de ses Etats membres), les Etats Unis, le Canada, ne ménagent ni leur force, ni leur savoir-faire pour guider le parlement, la justice, le droit économique et financier afin de prétendre à une reconnaissance standard sur des bases rationalisées selon les paramètres du fournisseur. L'Etat de droit devient une technique dont le secret est communiqué dans les hautes sphères des cercles politiques et administratifs par un monitorat réputé pour sa maîtrise et sa science. Dirigeants politiques, dignitaires d'assemblées parlementaires et chefs de départements ministériels se prennent au jeu, persuadés que, comme sur la photo en compagnie d'une vedette incontestée, la proximité occasionnelle engendre la parenté. La presse, à son tour, s'empare du procédé et, à l'occasion, traque le défaut en poussant à plus d'efforts pour atteindre le rivage convoité dans une exclamation ayant valeur de consécration, « *Sous d'autres cieux...* ».

*

* *

Dessais des moyens de produire son droit dans une relation à l'Etat, la société fonctionne sur un droit qui lui est toujours extérieur. L'imposture installée au cœur des institutions politico juridiques à l'indépendance se multiplie sous l'effet de la mondialisation laquelle introduit des espaces d'opportunité juridique destinés à garantir une sécurité minimum pour investisseurs, dans une entente avec les autorités gouvernantes locales. C'est dans cette perspective qu'il faudrait installer la réflexion sur la création du Conseil d'Etat qui n'a pas suscité de curiosité à la mesure de son

irruption dans le paysage juridique. La même curiosité devrait éclairer la réforme du code de procédure civile et la mobilisation générale dont elle a fait l'objet dans les facultés de droit sous la forme de commentaire de texte à dimension de colloque ou de séminaire.

Il semble que l'on s'achemine vers une autre figure du dualisme en droit algérien, entre, d'une part, un secteur sécurisé offrant des garanties bâties sur des règles ayant une logique, une rationalité et un ancrage extérieurs, dans un ensemble obéissant à la cohérence du marché, et un secteur traditionnel perpétuant des rapports où la notion de sécurité juridique n'aurait d'autre signification que le blocage d'un ensemble où prédominent puissance et hiérarchie, impunité et arbitraire. La coexistence des deux secteurs est suffisamment éloquente dans la mesure où elle ne fait que traduire la consécration de la puissance et de la hiérarchie d'un monde protégé sur un monde dominé. On continuera à penser l'administration en termes de rationalité jurisprudentielle et doctrinale du droit français. On ne manquera pas d'y ajouter une rationalité de l'efficacité et de l'autorité en lui ménageant un havre protégé où les élites locales en voie de mondialisation se délestent progressivement de cette pointe de nostalgie (pour l'administration coloniale) en se gobergeant d'admiration pour un objet convoité et longtemps inaccessible, l'administration française contemporaine.