

## LA NATURE JURIDIQUE DES MESURES PRISES PAR L'EXECUTIF PROVISOIRE

(A propos de l'arrêt rendu par la Chambre Criminelle de la Cour  
Suprême le 3 novembre 1964 )

par Jean LECA \*

L'ordonnance n° 62-042 prise par l'exécutif provisoire le 18 septembre 1962 (1) en raison du manque de personnel dans la magistrature, avait autorisé les tribunaux inférieurs Algériens à siéger à juge unique et avait déclaré leurs décisions insusceptibles d'appel. Par un décret n° 63-107 du 5 avril 1963 (2) le Gouvernement provisoire du Président BEN BELLA a établi l'échevinage en matière correctionnelle et rétabli l'appel. La légalité de ce décret a été mise en cause devant la Chambre Criminelle de la Cour Suprême, le pourvoi soutenant qu'il ne pouvait avoir de portée législative et par conséquent n'avait pu modifier l'Ordonnance du 18 septembre 1962 (3).

La Cour a été amenée à prendre position sur la nature juridique des Ordonnances de 1962 ; elle les a qualifiées d'actes réglementaires en se fondant sur la qualité d'organe subordonné de l'Exécutif provisoire. Un important problème de droit constitutionnel se trouve ainsi posé par l'arrêt : il s'agit tout simplement de la situation juridique de l'Etat Algérien entre le 1<sup>er</sup> juillet et le 20 septembre 1962. Avait-il à sa tête un organe doté des attributs de la souveraineté ou bien était-il un « Etat vacant » ?

---

\* Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques d'Alger.

(1) Journal Officiel de l'Etat Algérien, 21 Septembre 1962, p. 211.

(2) Journal Officiel de la République Algérienne. Loi et Décret, 19 avril 1963, p. 355.

(3) L'arrêt est publié dans cette Revue 1964, n° 4, p. 69 avec les réquisitions de l'avocat Général SCHIANO.

La Cour a pris sur ce point nettement position (I). Celle-ci nous paraît mal fondée (II). Sans doute était-il difficile de motiver autrement (III) mais en toute hypothèse on ne saurait affirmer que la décision de la haute juridiction contribuera à la stabilisation de l'ordre juridique Algérien (IV).

I. Le raisonnement de la Cour est simple : le décret du 19 mars 1962, qui a organisé les pouvoirs publics en Algérie pendant la période transitoire (4), n'a confié à l'Exécutif provisoire que des pouvoirs de gestion administrative, le Gouvernement Français conservant la compétence directe sur les affaires publiques énumérées par l'article 11 du décret. Au nombre des matières relevant ainsi des pouvoirs de souveraineté de la France, se trouve la justice ; ainsi « l'Exécutif provisoire », organe provisoire institué par la France n'a pas reçu de « pouvoir Législatif ». **Or cette situation n'a pas été modifiée par l'indépendance de l'Algérie, intervenue le 1<sup>er</sup> juillet ;** « aucun texte n'a donné de pouvoirs nouveaux ou une extension aux pouvoirs anciens confiés à l'Exécutif provisoire, lequel a continué de gérer et d'administrer les affaires publiques, en attendant la mise en place des institutions et des autorités légales, dans les mêmes et seules conditions découlant du texte visé ci-dessus ». Par conséquent, la Cour « déclassé » l'ordonnance et la considère comme un simple décret, l'appellation impropre employée par l'Exécutif provisoire ne suffisant pas à conférer au texte une valeur législative que son auteur était juridiquement incapable de lui conférer. Le Décret du 5 avril 1963 a donc pu modifier le « Décret » du 18 septembre 1962.

La méthode de raisonnement de la Cour est impeccable : partant de la nature de l'organe qui a pris l'acte et des pouvoirs qui lui ont été confiés, elle a conclu que la nature de ses actes ne peut être que réglementaire, toute autre qualification aboutissant à dénaturer l'Exécutif provisoire en l'érigeant en organe souverain. Notons à ce propos que le texte sur lequel se fonde la Cour pour déterminer le pouvoir de l'Exécutif n'est nullement celui des Accords d'Evian (invoqués par l'Avocat Général) mais

---

(4) Journal Officiel de la République Française lois et décrets 20 mars 1962 p. 3036.

le Décret du 19 mars 1962. Une telle substitution de texte révèle la répugnance de la plus haute juridiction Algérienne à considérer ces accords comme un traité international produisant des effets en droit interne. Dans un arrêt rendu à peu près en même temps, la Cour d'Appel d'Alger a manifesté la même circonspection et refusé d'appliquer les Accords d'Evian sans cependant trancher la question de principe de leur valeur en droit interne Algérien (5). Le législateur algérien n'a cependant pas hésité en d'autres circonstances à déclarer ces Accords « Accords internationaux ratifiés et publiés » dont « les dispositions... prévalent sur celles de la loi interne (6) ». Quoi qu'il en soit, une telle prudence ne vicié pas en soi le raisonnement : qu'il utilise le décret du 19 mars ou les Accords d'Evian, ce dernier demeure valable dans son principe et dans son résultat.

II. La Cour a en effet méconnu la vraie nature de l'Exécutif provisoire, transformée à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1962 du fait de l'intervention de l'indépendance. Il est légitime de se fonder sur les textes de mars 1962 pour apprécier la compétence de l'Exécutif, à condition de reconnaître que ces textes ont vu leur signification affectée par l'indépendance (qu'ils ayaient du reste prévue et organisée).

Le chapitre I de la Déclaration générale des Accords d'Evian limite certes les pouvoirs de l'Exécutif à « la gestion des affaires publiques propres à l'Algérie », la direction de l'Administration de l'Algérie et le maintien de l'ordre public (7), mais le chapitre V de la même déclaration a prévu expressément que si la solution d'indépendance et de coopération est adoptée, et **dès son annonce officielle** « l'indépendance de l'Algérie sera immédiatement recon-

---

(5) Cour d'Appel d'Alger 2<sup>e</sup> Chambre Civile 19 novembre 1964 cette Revue mars 1965, n° 1, p. 64.

(6) Loi 63-96 du 27 mars 1963 portant code de la nationalité Algérienne. Journal Officiel de la République Algérienne 2 avril 1964, n° 18, p. 306 et cette Revue mars 1964, n° 1, p. 56. L'art 1 est ainsi libellé : « Les conditions nécessaires pour jouir de la nationalité algérienne sont fixées par la loi et éventuellement par les traités ou accords internationaux ratifiés et publiés et notamment ceux signés le 18 mars 1962 entre les représentants de l'Algérie et ceux de la France. En cas de conflit, les dispositions des traités ou accords internationaux ratifiés et publiés prévalent sur celle de la loi interne ».

(7) Journal officiel de la République Française. Lois et décrets 20 mars 1962, p. 3.019.

nue par la France (et) **les transferts de compétence seront aussitôt réalisés** ». Au bénéfice de l'Exécutif provisoire, évidemment seul organe Algérien en place à ce moment.

En application de ce texte, le Président de la République Française prenait acte des résultats du scrutin du 1<sup>er</sup> juillet et déclarait transférer à l'Exécutif provisoire « les compétences afférentes à la souveraineté sur le territoire des anciens départements français d'Algérie (8) ». Sur la base de ces documents officiels il semble difficile de nier que l'Exécutif provisoire a exercé des pouvoirs de souveraineté, donc le pouvoir législatif.

Si d'aventure on jugeait inopportun de se référer aux Accords d'Evian et pour mieux ignorer ce que nous avons appelé la « filiation Française » de l'Etat algérien on préférerait invoquer le décret du 19 mars 1962 (ce qui ne fait nulle référence aux Accords d'Evian) (9) le résultat serait cependant identique. Il est loisible d'ignorer les accords et l'échange de correspondance qui s'en est suivie et de faire ainsi de l'Exécutif provisoire « une créature de la France », soumise au haut Commissaire, seul souverain. Mais il est impossible de faire abstraction de l'indépendance effectivement survenue le 1<sup>er</sup> juillet. Sans qu'il soit besoin de s'appuyer sur aucune proclamation, on ne saurait sérieusement contester que l'indépendance a rendu automatiquement caducs tous les textes consacrant la souveraineté Française en Algérie. Les pouvoirs d'Etat ont donc cessé d'être exercés par les représentants de la France. Se sont-ils pour cela complètement évaporés ? Ceci paraît invraisemblable. Or, on ne peut pas les imputer au Gouvernement provisoire de la République Algérienne incapable de les exercer (10), ni au bureau politique dont l'autorité ne s'est affirmée que tardivement et qui du reste ne s'est jamais considéré comme le représentant de l'Etat. Il faut un organe à qui l'on puisse imputer les décisions ou les actes de l'Etat Algérien en tant qu'Etat : ce ne peut être que l'Exécutif provisoire... à moins de

---

(8) Journal officiel de l'Etat Algérien. Ordonnances et décrets 6 juillet 1962 p. 3, avec la réponse du Président de l'Exécutif provisoire.

(9) cf sur ce point J. LÉCA « l'organisation provisoire des pouvoirs publics de la République Algérienne » cette Revue mars 1964, n° 1, p.p. 11 et suiv.

(10) Le G.P.R.A. ne transmettra à l'Assemblée nationale constituante en septembre 1962, que les attributs de la **souveraineté extérieure**, reconnaissant ainsi qu'il ne possédait pas à cette époque les attributs de la souveraineté intérieure cf. J.O.R.A. lois et décrets 1962, n° 1, p. 4.

considérer que du 1<sup>er</sup> juillet au 20 septembre 1962, l'Algérie n'a connu aucun Gouvernement de fait mais seulement une « administration de fait ». Mais quand un organe d'administration n'a juridiquement au dessus de lui aucun organe de gouvernement il devient automatiquement lui-même gouvernement pour la simple raison que la souveraineté ne peut être mise au vestiaire pendant un certain temps. L'Etat Algérien, représenté par son « organe administratif », n'a pas attendu le 20 septembre 1962 pour exister comme Etat. Les Gouvernements étrangers ne s'y sont pas trompés qui ont conclu des accords internationaux avec lui. Ces accords ont engagé l'Algérie et n'ont pas été dénoncés par le Gouvernement BEN BELLA parce que conclus par un organe incompétent.

Refuser d'admettre ce point aboutirait d'ailleurs à une absurdité. Si l'Exécutif provisoire n'a jamais exercé de pouvoirs de souveraineté, les infractions de droit commun commises avant le 3 juillet 1962 n'ont jamais été amnistiées (11), la formule exécutoire n'a jamais été modifiée (12), le Bureau Algérien des Pétroles n'a jamais été créé (12 bis) il n'y a jamais eu de biens-vacants (12 ter) etc..., toutes les décisions de l'Exécutif provisoire dans ces matières seraient nulles « ab initio » car prises par un organe incompétent.

Les ordonnances prises en 1962 sont donc des actes d'un Gouvernement de fait et ont pleine valeur législative. Une telle conclusion ne préjuge en rien la question de la puissance politique réelle de l'Exécutif ni celle de l'opportunité des mesures qu'il a prises. Tout simplement il a représenté la continuité de l'Etat et mérité le nom de Gouvernement.

III. La Cour suprême aurait elle pu motiver différemment sa décision ? Le requissitoire de l'Avocat Général ouvre quelques pistes qu'il n'est peut-être pas sans intérêt d'explorer.

On pouvoit, partant non plus de l'organe qui a pris l'ordonnance mais de la matière qu'elle régissait, soutenir que les seules

(11) Ordonnance n° 62-2 du 1 juillet 1962 J.O.E.A. 17 juillet 1962, p. 14 avec rectificatif au J.O.E.A. du 3 et 7 août 1962, n° 5, p. 14.

(12) Ordonnance n° 62-017 du 10 juillet 1962 - J.O.E.A. 21 août 1962, p. 7. et cette Revue, 1964, n° 1, p. 272.

(12 bis) Ordonnance n° 62-030 du 25 août 1962, J.O.E.A. 31 août - 1<sup>er</sup> septembre, p. 109.

(12 ter) Ordonnance n° 62-020 du 24 août 1962, J.O.E.A. du 7 septembre 1962 p. 138 et cette Revue, 1964, n° 1, p. 274.

ordonnances ayant valeur législative sont celles intervenues en matière législative. Par conséquent, un décret pouvait modifier les mesures intervenues en matière réglementaire, quelque soit la qualification de l'acte de l'Exécutif provisoire (ordonnance ou décret). Une telle méthode qui présente l'avantage de conserver à l'Exécutif son caractère d'organe gouvernemental se heurte cependant à des objections décisives.

La Constitution de 1963 n'opérant aucune distinction entre les matières, il peut paraître difficile de créer une telle distinction de façon purement prétorienne. On rétorquera, il est vrai que, même sous l'empire des Constitutions de 1875 et 1946, le système français n'a pas complètement rejeté toute classification matérielle (13). De plus, au moment où le décret du 5 avril 1963 est intervenu, la Constitution de 1963 n'était pas promulguée et il était dès lors loisible à la Cour d'utiliser le principe d'interprétation de la Constitution Française de 1958. Mais ce serait oublier que la Constitution de 1958 a opéré une répartition de matières sinon toujours très précise, du moins suffisamment détaillée pour guider la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et, les rares hypothèses où il peut être saisi d'un problème semblable, du Conseil d'Etat. Aucun texte de cette sorte n'existant en Algérie, on imagine mal que la Cour suprême puisse déclasser les décisions prises par l'autorité légalement compétente sur la base d'une répartition des matières qu'elle inventerait et modifierait à son gré. Enfin « last but not least », une telle solution n'aurait pu s'appliquer en l'espèce, la matière de l'ordonnance du 18 septembre 1962 (et notamment la suppression de l'appel) étant trop visiblement législative (14).

Le raisonnement le plus logique nous semble donc être celui que l'Avocat Général a développé dans son réquisitoire supplétif.

---

(13) Cf en ce sens l'avis du Conseil d'Etat du 6 février 1953 Revue du Droit public 1953, p. 170. En matière « coloniale », d'autre part les tribunaux ont considéré que le fait qu'un décret-loi intervienne dans une matière réglementaire n'a pas pour effet de faire passer cette matière dans le domaine de la loi : CE 25 novembre 1938 Sirey 1938 III, p. 123, note P de F.R.

(14) Ce qui est d'ailleurs parfaitement logique : les matières réglementaires ayant déjà été concédés à l'Exécutif provisoire par le Décret du 19 mars 1962 ce sont par définition les matières législatives, matières de souveraineté, qui ont été abandonnées par la France. Le problème n'est donc pas de rechercher la nature de ces matières mais de savoir quel organe aura le pouvoir de prendre des mesures les concernant, c'est-à-dire, comme on l'a signalé au texte, quel organe représente l'Etat.

Il revient à considérer que pendant la durée du Gouvernement provisoire, ce dernier a détenu le pouvoir législatif concurremment avec l'Assemblée nationale, sans avoir jamais besoin d'une habilitation expresse, « dans le vide constitutionnel et jusqu'à la promulgation d'une constitution, aucune disposition ne pouvait interdire au Gouvernement algérien de légiférer » (15).

Cette solution présente l'avantage du réalisme : elle conserve à l'Exécutif provisoire le caractère d'organe d'Etat qu'il a revêtu effectivement ; en même temps elle reconnaît aux Décrets du Gouvernement BEN BELLA une valeur législative qu'ils ont eu incontestablement (qu'on pense aux Décrets de mars 1963 sur l'autogestion...) Elle laisse néanmoins dans l'ombre deux points assez délicats.

D'abord, le pouvoir législatif de l'Assemblée Constituante ne découle pas du règlement intérieur qu'elle s'est donné ainsi que l'avait soutenu l'avocat général, mais de la loi référendaire adoptée le 20 septembre 1962 par le peuple algérien (16). Ainsi, même sans qu'il soit besoin de tenir compte de la proclamation du 25 septembre 1962 par laquelle l'Assemblée se déclarait « seule dépositaire et gardienne de la souveraineté nationale, à l'intérieur et à l'extérieur » (17), le pouvoir législatif souverain de l'Assemblée ne saurait être mis en doute, et du coup l'existence au niveau du Gouvernement, d'un pouvoir législatif concurrent devient incertaine. Il est vrai que la loi du 20 septembre 1962 conférait également à l'assemblée le pouvoir constituant ; or les controverses constitutionnelles d'août 1963 ont montré qu'un pouvoir constituant concurrent était en fait détenu par le parti avec le consentement de la majorité de l'Assemblée (18). Le raisonnement semble s'appliquer aussi pour le pouvoir législatif du gouvernement (19).

---

(15) Cette Revue 1964, n° 4, p.p. 74 et 75.

(16) Projet publié au J.O.E.A. Ordonnance et décret 17 juillet 1962, p. 16, reproduit dans cette revue mars 1964, n° 1, p. 47.

(17) J.O.R.A. Lois et décrets n° 1, p. 5, reproduit dans cette revue mars 1964, n° 1, p. 48.

(18) cf BORELLA « La constitution algérienne » Cette revue mars 1964, n° 1, p.p. 56 et 60.

(19) Le D. du 5 avril 1963 apparaît si évidemment une loi qu'il a été préparé comme telle par le ministère de la justice : l'article 1, 4ème alinéa parle de conditions « non contraires à la présente loi ».

La seconde difficulté est plus grave ; si l'on admet que les décrets du Gouvernement provisoire ont valeur législative, faut-il reconnaître cette valeur à tous les décrets ou à certains seulement et en vertu de quel critère ? Reconnaître force de loi à tous les décrets, c'est du même coup invalider un certain nombre de mesures d'origine gouvernementale prises ultérieurement en dehors de l'application de l'article 59 de la Constitution de 1963. Inversement n'accorder force de la loi qu'à certains décrets, c'est ressusciter le critère matériel dont on a montré plus haut le danger.

En fait, aucune solution n'est parfaitement bonne et la responsabilité n'en incombe pas à la Cour suprême mais au caractère instable de l'ordre juridique Algérien.

IV. Le problème posé par l'arrêt de la Cour suprême n'est pas que le Gouvernement provisoire ait tenu pour subordonnées les mesures prises par l'Exécutif provisoire : c'est qu'il l'ait fait **implicitement** et que la Cour ait semblé adopter cette interprétation. On peut dès lors se demander si tout régime succédant à un régime provisoire et contestant partiellement sa légitimité n'est pas susceptible de dénier implicitement à ce dernier la qualité de représentant de l'Etat et **sans autre formulation** laisser au juge le soin d'en tirer le moins mal possible les conséquences. La hiérarchie des textes peut s'en trouver gravement affectée, ce qui entraîne des conséquences pratiques considérables comme on va le monter maintenant.

En effet, les développements qui précèdent ne relèvent ni d'un pointillisme excessif ni d'une critique stérile. Il se bornent à poser en termes techniques un problème pratique fondamental. En « clair » ce dernier s'énonce ainsi : « quel organe d'une collectivité politique donnée prend les mesures suprêmes et selon quelle procédure ? Quel organe peut les suspendre et selon quelle procédure ? ». La réponse à ces questions est essentielle pour la théorie générale du droit constitutionnel et **par conséquent** pour la bonne administration de la justice. Si le juge est mis dans l'incapacité de trancher entre une ordonnance et un décret, la plus grande insécurité peut en résulter pour le justiciable qui ne saura plus sur quel texte exactement fonder son droit. Ainsi le principe ésotérique de « la hiérarchie des normes » recouvre t-il

une réalité pratique contraignante : celui de la garantie du justiciable. Celle-ci ne peut exister que si les diverses règles juridiques occupent une place facilement « repérable » dans la hiérarchie.

L'ordonnance prise par le Conseil National de la révolution le 10 juillet 1965 (20) apporte quelques éclaircissements dans ce domaine.

Elle autorise le gouvernement à prendre, par délégation permanente du Conseil de la Révolution, et **selon la matière** des ordonnances et des décrets. Une seule interprétation du texte s'impose : les matières législatives sont les matières où est intervenue une ordonnance, par conséquent toute ordonnance doit être réputée intervenue en matière législative et ne pourra être modifiée que par une ordonnance ou une loi (20 bis).

Une telle solution est sommaire mais simple et sans équivoque (21), on peut regretter qu'elle n'ait pas été adoptée pour les ordonnances de l'Exécutif provisoire.

---

(20) Ordonnance n° 65-182 du 10 juillet 1965, J.O.R.A. du 13 juillet 1965, p. 671 et cette Revue, 1965, n° 3-4, p. 132.

(20 bis) Voir dans le même sens, (F.) BORELLA « Remarques sur les aspects constitutionnels du 19 juin 1965 », cette revue, décembre 1964, n° 3-4, p. 38.

(21) A condition que le Gouvernement respecte lui-même la hiérarchie qui lui a été fixée et ne modifie que par ordonnance ses propres ordonnances. Ainsi l'ordonnance du 31 décembre 1965 portant loi de finances (J.O.R.A. 31 décembre 1965) indique dans son article 5 ter que tout nouvel établissement public devra être créé par ordonnance. Le J.O. du 7 janvier 1966 publie cependant un décret créant un nouvel établissement public dans le cadre du Ministère de l'Industrie. Le décret est heureusement daté du 30 décembre 1965 et malgré sa publication le 7 janvier il ne tombe pas sous le coup des dispositions de l'ordonnance du 31 décembre. Mais on a froissé l'incohérence...