

Les formes du silence administratif en droit algérien

Mustapha KARADJI

Professeur - Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Laboratoire « Services publics et développement »

Université Djilali LIABES - Sidi Bel Abbès – Algérie.

Résumé: Se taire est une action passive, ne rien dire ne peut produire d'effet juridique. Cependant le droit est un phénomène dynamique destiné à régir et encadrer les rapports sociaux, il ne peut rester en silence face au silence. Il devient par la conquête de cette passivité l'interprète du silence pour le dompter et lui attribuer un sens juridique. De cette interaction, il devient difficile de séparer le droit du silence, il s'agit d'un couple qui se fait et se défait. Il s'agit d'étudier les formes du silence pour saisir sa relation avec le droit. Ce silence peut être un silence légal, c'est-à-dire institué par un texte où la loi attribue à ce silence une signification par des effets juridiques qu'elle impose tels par exemple le rejet ou l'acceptation. Il peut être légitime lorsque l'administration protège certains éléments au motif qu'ils relèvent du secret de la chose publique ou du secret de la vie privée.

Mots-clés: silence - administration - rejet - acceptation - droit - légal - légitime.

Abstract: Silence is a passive action, saying nothing can have any legal effect. However, law is a dynamic phenomenon intended to regulate and frame social relations; it cannot remain in silence in the face of silence. Through the conquest of this passivity, he becomes the interpreter of silence in order to subdue him and give him a legal meaning. From this interaction, it becomes difficult to separate the right of silence; it is a couple that is made and broken. It is a question of studying the forms of silence in order to understand its relationship with the law.

This silence can be a legal silence, that is to say, it can be instituted by a text in which the law assigns to this silence a meaning by legal effects which it imposes such as rejection or acceptance. It may be legitimate when the administration protects certain elements on the grounds that they are subject to public secrecy or privacy secrecy.

Keywords: silence - administration - rejection - acceptance - right - legal - legitimate.

« Mieux vaut garder le silence au risque de passer pour un imbécile que de dissiper, en parlant, tous les doutes à ce sujet » **Abraham Lincoln**¹

Introduction

« Vous êtes en état d'arrestation, vous avez le droit de garder le silence : tout ce que vous pourrez dire sera retenu contre vous »², voilà une citation habituelle que les amoureux des séries policières américaines ne cessent d'entendre au point de faire le lien entre le silence et le droit. Se taire est une action passive, ne rien dire ne peut produire d'effet juridique. Cependant le droit est un phénomène dynamique destiné à régir et encadrer les rapports sociaux, il ne peut rester en silence face au silence. Il devient par la conquête de cette passivité l'interprète du silence pour le dompter et lui attribuer un sens juridique. Toutefois le droit peut également être en silence quant il s'agit du silence de la loi³. De cette interaction, il devient difficile de séparer le droit du silence, il s'agit d'un couple qui se fait et se défait. Définir le silence devient par cette relation très étroite une tâche difficile car on doit faire surgir d'un comportement passif ou informel des effets de droit. Il constitue la contre face de la parole⁴. Pour certains auteurs, le silence « *est souvent équivoque et toujours protéiforme* »⁵. S'il est un territoire conquis, il reste toujours contesté et dans lequel l'incertitude et le doute domine de part en part⁶ dans la mesure où les effets d'un néant sont difficiles à déterminer. On ne peut tirer d'une attitude, celle de se taire, un engagement⁷. Pour Demogue, « *il y a silence au sens juridique lorsqu'une personne au cours de cette activité permanente qu'est la vie, n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet, ni par une action d'où on puisse déduire sa volonté* »⁸. Il se

¹ Cité par Béchir BEN YAHMED, Humour, Saillies et Sagesse, Jeune Afrique, n° 2519, du 19 au 25 avril 2009, p. 4.

² Cette formule a été utilisée en 1966 par la Cour suprême des Etats –Unis dans l'affaire *Miranda v. Arizona*, citée par Marcel Urbain Ngah Noah, Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation, Les Cahiers de droit Volume 56, n°3-4, sept.-déc.2015, référence 1, p. 577.

³ Voir, Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, Les juges face au silence du droit, in Revue de droit public, n° 4, 01/07/2012, disponible sur lextenso, consulté le 14/07/2017.

⁴ Louis Edmond PETTITI, Droit au silence, Documentação e Direito Comparado, n° 75/76, 1998, p. 135.

⁵ Alexandra BENSAMOUN, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 24 mai 2005, Dalloz, n° 15, 2006, p. 1025.

⁶ Jean-François LAE, Les règles du silence en droit, Ethnologie française, XXXII, 2002, 1, p. 61.

⁷ Roger PERROT, Le silence en droit judiciaire privé, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz Sirey, Paris, 1985, p. 628.

⁸ R. DEMOGUE, Traité des obligations, Tome I, 1923, n° 185, cité par Alfred RIEG, Rapport sur « *les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil* », Travaux de l'Association Henri Capitant, journées suisses, 1968, p. 52.

définit, pour certains, comme un phénomène temporel, une attitude spécifique d'abstention¹ ou une attitude qui recèle une expression². Il est l'absence de toute manifestation de volonté, même tacite³. Pour certains, le silence est « *un vide* »⁴. S'il est vrai que le silence en droit privé trouve son terrain privilégié, par les effets qu'il produit, en matière de contrat, essentiellement en application de la maxime « *qui ne dit mot consent* »⁵, il est difficile de prévoir ce résultat en matière administrative. D'ailleurs, le Conseil d'Etat français après avoir considéré que le pouvoir réglementaire pouvait déroger au principe non écrit « *qui ne dit mot ne consent pas* » l'a reconnu comme principe général du droit⁶. Dire que le silence administratif traduit toujours une conséquence de droit, c'est obliger l'administration à s'exprimer par des mesures formelles expresses. Mais ce n'est pas toujours le cas. L'administration n'est pas obligée – en règle générale- d'exprimer sa volonté par écrit. Mais son silence n'est pas seulement une absence de manifestation de la volonté, il peut être aussi une divulgation de cette volonté par le souci de soustraire les informations qu'elle détient à la connaissance des administrés et du juge⁷. Il nous est donc, nécessaire d'étudier les formes du silence pour saisir sa relation avec le droit. Ce silence peut être un silence légal, c'est-à-dire institué par un texte où la loi attribue à ce silence une signification par des effets juridiques qu'elle impose tels par exemple le rejet ou l'acceptation (section I). Il peut être légitime lorsque l'administration protège certains éléments au motif qu'ils relèvent du secret de la chose publique ou du secret de la vie privée (section II).

¹ Mireille MONNIER, Les décisions implicites d'acceptation de l'administration, L.G.D.J, Paris, 1992, p. 5.

² Mohammed AYAT, Le silence prend la parole : la percée du droit de se taire en droit international pénal, Revue de droit international et de droit comparé, 3^{ème} trimestre, 2001, Bruylant, Bruxelles, p. 220.

³ René Popesco RAMNICEANO, Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit, R.T.D.C, 1930, p. 1001.

⁴ Majolaine MOUT-FOULETIER, Le silence de l'administration française : ambitions et limites de la loi du 12 novembre 2013, Les Cahiers de droit, Volume 56, n°3-4, sept.-déc.2015, p. 527

⁵ Une partie de la doctrine française estime que « *l'absence d'effet créateur de la retenue verbale se réclame du respect de la liberté individuelle* » qui trouve son origine dans un arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1870 qui a jugé qu'« *en droit...le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée* », Voir dans ce sens H.Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, 11^{ème} édition, Dalloz, 2000, n° 147. Cependant, dans son arrêt du 24 mai 2005, la Cour de cassation française a estimé que « *si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* », Cass. 1^{ère} civile, 24 mai 2005, Jurisprudence, Dalloz n° 15, 2006, p. 1025, Cass. 3^{ème} chambre civile, 19 décembre 2012, n°1554, Cass. 16 décembre 2015, n° 14-22353, disponible sur www.legifrance-gouv.fr, consulté le 6 décembre 2019.

⁶ CE Français, 14 février 2001, n° 202830, disponible sur www.legifrance-gouv.fr

⁷ Jean LAVEISSIERE, Le silence de l'administration, Thèse, Bordeaux I, 1979, p. 7.

Section I : le silence légal

Si le silence n'a aucune extériorité comme l'a si bien estimé le doyen Carbonnier¹, il ne doit pas être un privilège pour l'administration qui perturbe les relations juridiques dans la mesure où il nuit à l'impératif de sécurité juridique. Constitue un silence légal, le silence de l'administration pendant une période déterminée, qui implique que ce silence est une décision implicite de rejet. C'est la règle générale. Il est institué par le législateur afin de combattre l'inaction administrative. Il permet aux administrés de recourir à la justice. Il s'agit selon la doctrine d'un silence- refus². Lorsqu'un administré introduit une requête auprès de l'administration et que celle-ci ne répond pas, elle est réputée rejetée dès lors qu'aucune réponse ne lui a été donnée dans un délai déterminé. Cette règle du silence qui équivaut au rejet implicite permet de remplir le vide juridique créé par le refus de l'administration de répondre. Il existe des cas où le silence administratif ne vaut pas décision de rejet mais une décision d'acceptation pour que l'immobilisme administratif ne soit pas un obstacle à l'intérêt général ou à l'exercice normal des libertés. Il s'agit d'un moyen de contrainte pour pousser l'administration à agir.

A/ Le silence comme décision implicite de rejet

Par l'attribution d'une signification de rejet à la demande en cas de silence de l'administration, le législateur interdit à l'administration d'user du « *privilège du silence* »³. Il reconnaît à l'administré qui se trouve devant un silence administratif, le droit de recourir au juge. Le doyen Berthelemy estime, à juste titre, que « *l'institution d'un recours contre le silence des autorités administratives est en définitive la création utile d'un pourvoi contre un déni d'administration tout aussi nécessaire qu'a pu être le recours pour déni de justice, car il est manifeste que le silence de l'administration peu quelques fois constituer la violation d'un droit* »⁴. Pour Charles Debbasch, « *la règle du silence- décision implicite de rejet peut paraître de prime abord défavorable aux intérêts des administrés. Elle permet en réalité de remplir le vide juridique créé par l'inertie de l'administration et de former ainsi des recours qui permettront de*

¹ Jean CARBONNIER, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22^{ème} édition, P.U.F, Coll. Thémis, Droit privé, 2000, n° 32.

² Charles DEBBASCH, Les modes non formels d'expression de la volonté de l'administration, Revue administrative, 1968, p. 556.

³ Mireille MONNIER, op.cit., p. 6.

⁴ Henry BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, 1926, p. 1117 et s.

contraindre les fonctionnaires au respect du droit. Mieux vaut un silence –rejet qu’un silence – néant »¹.

A l’origine, ce silence légal qui équivaut à une décision implicite de rejet a été institué en France par le décret du 2 novembre 1864 pour les recours gracieux auprès des ministres, puis repris par l’article 3 de la loi du 7 juillet 1900². Mais, c’est par le décret n°65-29 du 11 janvier 1965 relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative,³ qu’on a pu disposer d’un texte clair qui indique que le silence gardé par l’administration pendant quatre mois équivaut à une décision de rejet, délai réduit à deux mois en application de l’article R- 421-2 du code de la justice administrative français⁴. Cette règle constitue pour le Conseil constitutionnel français un principe général du droit⁵. Pour le Conseil d’Etat français, elle n’est qu’une règle de procédure. Dans son arrêt du 20 avril 1956, le Conseil d’Etat français a estimé « *qu’en l’absence*

¹ Charles DEBBASCH, op.cit., p. 555.

² Cité par Oriane BEN-ATTAR, Entrée en vigueur du nouveau principe « silence vaut acceptation », Civitas Europa, n° 33, 2014/2, p. 249.

³ Code administratif, 25^{ème} édition, Dalloz, 1998, p. 195.

⁴ Article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, (J.O du 13 avril 2000, p. 5646), CE Français, 7 février 2003, Fondation Lenval, à propos d’une décision implicite du ministre de l’emploi et de la solidarité, par laquelle, il fait obstacle à une autorisation d’exercice comme unité de réanimation néonatale où le juge a estimé que « *le silence gardé pendant deux mois par l’autorité ministérielle sur un recours hiérarchique vaut décision de rejet* », A.J.D.A, n° 14, 14 avril 2003, p. 750, 12 décembre 2003, U.S.P.A.C C.G.T, Syndicat C.G.T des personnels des affaires culturelles, req n° 239507, à propos d’un silence gardé par le ministre de l’éducation, www.legifrance.gouv.fr, CAA Lyon, 13 juillet 2004, M. Jean Reudet, A.J.D.A, n° 2, 17 janvier 2005, p. 107. Cependant, le décret n° 2002-814 du 3 mai 2002 pris pour l’application de l’article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif aux délais faisant naître une décision implicite de rejet institue un délai de quatre mois à partir duquel naît une décision implicite de rejet pour les demandes d’autorisation préalable à l’installation d’un système de vidéosurveillance (article 2), les demandes d’agrément d’un modèle de carte de paiement précreditée (article 4), la demande d’agrément des personnes physiques ou morales qui fabriquent, importent, vendent ou assurent la maintenance de certains appareils de jeux (article 5), (J.O du 5 mai 2002, p. 8742), décret n° 2003-190 pris pour l’application de l’article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif au délai faisant naître une décision implicite de rejet sur les demandes d’autorisation de création et d’agrandissement des cimetières et des crématoriums, (J.O du 8 mars 2003, p. 4056), pour les décisions implicites relatives aux activités agricoles, voir le décret n° 2004-80 du 22 janvier 2004 pris pour l’application au ministère de l’agriculture, de l’Alimentation, de la pêche et des affaires rurales de l’article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relation avec les administrations, (J.O du 24 janvier 2004, p. 1812).

⁵ S’agissant de la constitutionnalité des dispositions de l’article 9, alinéa 1 et l’article 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, le Conseil constitutionnel a estimé que « *d’après un principe général de notre droit, le silence gardé par l’administration vaut décision de rejet et, qu’en l’espèce, il ne peut y être dérogé que par une décision législative* », Conseil constitutionnel Français, Décision n° 65-55 L du 26 juin 1965, Recueil, p. 27. Cette position a été confirmé à l’occasion de son contrôle sur l’article 10 de la loi d’orientation et de programmation relative à la sécurité qui fixe un régime d’autorisation et d’utilisation des systèmes de vidéosurveillance en considérant que « *s’agissant des demandes d’autorisation requises, le législateur a prévu que « l’autorisation sollicitée est réputée acquise à défaut de réponse dans un délai de quatre mois » ; qu’il peut déroger au principe général selon lequel le silence de l’administration pendant un délai déterminé vaut rejet d’une demande* », Conseil constitutionnel Français, Décision n° 94-352- DC du 18 janvier 1995, Recueil, p. 170.

d'une disposition législative ou d'une disposition réglementaire prise en exécution d'une loi prévoyant que le silence gardé pendant plus d'un mois par la caisse régionale sur le recours gracieux vaut décision de rejet ; la commission nationale (des accidents de travail) n'a pu légalement attribuer au dit silence un tel effet... »¹. Dans ses conclusions sur l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 27 février 1970, au sujet d'une demande de permis de construire, le Commissaire du gouvernement, M. Gentot, estimait « que le silence de l'administration soit regardé comme impliquant un refus ou une acceptation, équivaut à une manifestation de volonté négative ou positive, c'est de la procédure et non plus un élément d'une garantie fondamentale ou d'un principe général du droit »². Cependant, cette règle du silence qui vaut décision implicite de rejet, aussi chère à la doctrine française en raison de son attachement à l'histoire du droit administratif français a été bousculée par le droit communautaire. En effet, la directive sur les services dans le marché intérieur du 12 décembre 2006, dite directive Bolkenstein invite les Etats membres à simplifier les autorisations administratives en les octroyant de manière implicite à l'expiration d'un certain délai pour encourager la liberté d'établissement des opérateurs économiques³ et l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit « le droit à une bonne administration »⁴ ont poussé le législateur français à inverser le rejet par l'acceptation. L'article 1^{er} de la loi n°2013-1005 du 12 novembre 2013 modifie l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 qui dispose que « Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation »⁵. Toutefois, ce renversement d'effet paraît parfois impossible à maintenir. Pour certains auteurs, « le législateur ment ouvertement aux citoyens en affirmant que désormais le silence vaudra en principe acceptation de la demande »⁶. Se prêtant à un jeu de décompte des exceptions à la nouvelle règle, Jean-Philippe Derosier a pu répertorié plus de 1125 exceptions⁷. Par effet de mimétisme, le code de

¹ CE Français, sect., 20 avril 1956, Ecole professionnelle de dessin industriel, recueil, p. 163.

² M. GENTOT, Conclusions sur CE, ass., 27 février 1970, Commune de Bozas, Recueil, p. 139.

³ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, (2006), J.O.L 376/36, point 43 et article 5-1.

⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (2016/C 202-02), J.O C202/389 du 7 juin 2016.

⁵ Loi 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, (JORF n° 0263 du 12 novembre 2013, p. 14407), abrogé par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relatives aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, (J.O.R.F n° 0248 du 25 octobre 2015, p. 19872), qui devient article L.231-1 du code, partie législative..

⁶ Bertrand SEILLER, Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration, RFDA, 2014, p.35.

⁷ Jean-Philippe DEROSIER, La nouvelle règle « le silence vaut acceptation » si rarement applicable, J.C.P, 2014.2305, cité par Maryse DEGUERGUE, Le silence de l'administration en droit administratif français, Les

procédure civile et administrative algérien prévoit dans son article 830, alinéa 2 que « *le silence gardé par l'autorité administrative saisie, pendant deux mois, sur une réclamation, vaut décision de rejet ; ce délai court à compter de la notification de la réclamation à cette autorité* »¹. Cette règle du silence n'est pas étrangère également, au juge administratif algérien qui, dans un arrêt de la Cour suprême du 28 novembre 1970, a estimé « *qu'il est constant que le délai de silence de quatre mois valant décision implicite de rejet de réclamation de la dame ABBAS Leila écoulé à la date où la Cour a été appelée à statuer sur la requête...* »². Il faut noter que les textes instituant le silence légal, négatif ou positif, sont d'interprétation restreinte. Les effets juridiques qu'implique le silence ne peuvent être présumés. En cas de refus, le juge peut tirer toutes les conséquences de droit qui s'imposent, en particulier, celles de considérer les allégations du requérant comme établies. Dans son arrêt du 24 juillet 1994, la Cour suprême algérienne a estimé qu'« *attendu que les premiers juges convaincus de l'impossibilité du requérant à produire la décision attaquée, sont habilités à ordonner à l'administration de produire copie de la décision et d'en déduire toutes les conséquences de droit* »³. Cette règle de la décision implicite de rejet, permet à l'administré de mettre en marche l'appareil juridictionnel⁴. Par cette disposition, il n'est plus permis à l'administration de garder le silence pour refuser les demandes introduites par les administrés. C'est une négligence intolérable dont l'administré ne doit pas être la victime. Passé le délai, l'administré a le droit d'intenter une action en justice contre ce silence administratif. En effet, dans son arrêt du 18 décembre 1976, la Cour suprême a estimé « *que le recours administratif a été formulé le 26 février 1976 ; que l'administration avait, jusqu'au 27 mai 1976 pour répondre, la loi lui permettait de garder le silence pendant un délai de trois mois au terme*

Cahiers de droit, Volume 56, n° 3-4, sept-déc.2015, p.393. A titre d'exemple voir les décrets n° 2019-872-873 et 874 du 21 août 2019 relatifs au droit de la construction, (J.O.R.F n° 0195 du 23 août 2019).

¹ Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, (J.O.R.A n° 21 du 23 avril 2008, p. 3).

² Cour suprême algérienne, chambre administrative, 28 novembre 1970, Etat c/ Abbas Leila, in H. BOUCHAHDA, R. KHELLOUFI, Recueil d'arrêts, jurisprudence administrative, O.P.U, Alger 1979, p. 65.

³ Cour suprême algérienne, chambre administrative, 24 juillet 1994, n° 117973, précité, 6 juin 1987, n° 54003, Revue judiciaire, n° 3, 1990, p. 198.

⁴ Monique PAUTI, Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative, R.D.P, 1975, p. 1546, Cour suprême algérienne, chambre administrative, 9 mars 1973, Azizi Kheira c/ Wali d'Alger, in H. BOUCHAHDA, R. KHELLOUFI, Recueil précité, p.65. Dans son arrêt du 18 décembre 1976, la Cour suprême algérienne a estimé « *que le recours administratif a été formulé le 26 février 1976 ; que l'administration avait, jusqu'au 27 mai 1976 pour répondre, la loi lui permettant de garder le silence pendant un délai de trois mois au terme duquel seulement, les requérants ont la faculté d'introduire leur demande de sursis* », Cour suprême algérienne, chambre administrative, 18 décembre 1976, Abbas Mouloud et 60 autres c/ Président de l'A.P.C de Blida et Wali de Blida, in H. BOUCHAHDA, R. KHELLOUFI, Recueil précité, p. 81.

duquel seulement, les requérants ont la faculté d'introduire leur demande de sursis »¹. La preuve de la date de dépôt de la demande qui fait courir le délai incombe au requérant dans la mesure où l'article 830, alinéa 5 du code de procédure civile et administrative dispose que « *Le dépôt de la réclamation auprès de l'autorité administrative peut être établi par écrit et doit être présenté à l'appui de la requête* ». Cependant, nous estimons que cette preuve peut être faite par tous moyens dans la mesure où l'administration refuse de délivrer des accusés de réception aux particuliers pour empêcher le délai de recours juridictionnel de courir à l'issue d'un silence synonyme de rejet². Ce délai de recours n'est qu'un moyen « *d'assurer la stabilité des situations juridiques créées par les divers actes administratifs* »³. C'est par son silence que l'administration aggrave la situation des administrés, alors qu'elle peut par son intervention, éviter ces situations négatives. Ce silence administratif, de la part de l'administration, alors qu'elle peut agir dans un sens ou dans un autre n'est qu'un abus de droit. Toutefois, ce silence n'a pas que cet aspect négatif. Il peut avoir parfois, un aspect positif. Il ne s'agit plus d'un silence de l'administration mais des silences de l'administration⁴.

B/ Le silence comme décision implicite d'acceptation

Par exception à la règle qui considère le silence comme une décision implicite de rejet toujours en vigueur en droit algérien, le silence peut constituer une décision implicite d'acceptation. La décision implicite d'acceptation est une décision créatrice de droit, susceptible

¹ Cour suprême, Chambre administrative, 18 décembre 1976, Abbas MOULOUD et 60 autres c/ Président de l'A.P.C de Blida et Wali de Blida, in H. BOUCHAHDA, R. KHELLOUFI, Recueil précité, p. 81.

² Il n'existe aucune règle législative ou réglementaire en droit algérien de portée générale obligeant l'administration à délivrer des accusés de réception à l'exception de certains textes spécifiques comme en matière de constitution d'un parti politique où la déclaration de constitution donne lieu à un récépissé en vertu de l'article 18 de la loi organique n° 12-04 du 12 janvier 2012 relative aux partis politiques, (J.O.R.A, n° 02 du 15 janvier 2012, p.9), en matière d'association en vertu de l'article 7 de la loi n° 12-06 du 12 janvier 2012 relative aux associations, (J.O.R.A, n° 02 du 15 janvier 2012, p. 28), en matière d'urbanisme en vertu des articles 3,10,25,36, 45, 66 et 73 du décret exécutif n° 15-19 du 15 janvier 2015 fixant les modalités d'instruction et de délivrance des actes d'urbanisme, (J.O.R.A n° 7 du 12 février 2015, p. 4). Toutefois, l'administré peut adresser sa demande sous pli recommandé avec accusé de réception dans le but de se constituer une preuve qui fait courir le délai en raison d'une condition formelle posée par l'article 830, alinéa 5 du code de procédure civile et administrative. Il faut noter que même si l'administré n'adresse pas sa requête sous pli recommandé et se suffit d'une simple lettre, il appartient à l'administration d'apporter la preuve contraire.

³ Geneviève BENEZRA, Le silence de l'administration. Vicissitudes de la réglementation française, R. A, 1967, p. 545, Voir à titre d'exemple, CE français, 18 mars 2019, n° 417270, 29 mai 2019, n° 426519, disponible sur www.legifrance-gouv-fr, consulté le 11 décembre 2019, Avis du Conseil d'Etat français du 30 janvier 2019, n° 42797, relatif aux conditions d'opposabilité du délai de recours contentieux aux décisions implicites de rejet, (J.O.R.F n° 0031 du 6 février 2019).

⁴ Mireille MONNIER, op.cit., p. 7.

de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Elle permet de respecter la liberté des administrés qui sollicitent une autorisation ou une approbation en atténuant les exigences de procédures¹. Si la décision implicite de rejet permet de lier le contentieux², la décision implicite d'acceptation donne satisfaction aux administrés à l'issue d'un délai³. Cependant, le principe du silence acceptation ne se présume pas. Il ne peut trouver sa source que dans un texte précis. En effet, le juge administratif ne peut attribuer un sens négatif ou positif au silence de l'administration sans qu'un texte ne l'autorise à le faire. Le silence isolé de son contexte qu'est le texte qui l'instaure ne peut s'analyser en une acceptation. Ce principe de la décision implicite d'acceptation se manifeste dans les actes de tutelle comme l'approbation de certaines délibérations de collectivités locales,⁴ Mais également dans le droit de l'urbanisme qui est particulièrement riche en mécanisme de la décision implicite d'acceptation du moins en droit français tel est le cas en matière de permis de construire,⁵ de permis de démolir⁶ ou de certificat de conformité⁷. Ce mécanisme d'acceptation implicite est nécessaire pour que l'utilisateur ne

¹ Monique PAUTI, op.cit., p. 1545. L'autorisation est « un acte administratif revêtant la forme d'une décision unilatérale de caractère individuel, émis en principe après habilitation expresse du législateur, soit par des autorités strictement administratives, soit par des organes indépendants de ces dernières, et à la délivrance duquel sont conditionnés l'exercice d'une activité ou la création d'un organisme, aucune liberté, sinon potentielle, n'étant réputée exister avant cette édicton », P. LIVET, L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques, Thèse, Paris, 1974, p. 188. Quant à la déclaration, elle consiste « dans le simple dépôt d'un acte qui est exclusif de toute interdiction administrative préalable ». L'interdiction, par contre, peut intervenir sans texte, unilatéralement est exclusive de toute liberté, voir Mathilde COLLIN-DEMUMIEUX, Quelques éléments nouveaux sur la décision implicite d'acceptation, L.P.A, n° 12, 26 janvier 1996, p. 14.

² Voir à titre d'exemple, le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative (partie réglementaire), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, (J.O.R.F du 4 novembre 2016).

³ Mireille MONNIER, op.cit., p. 171.

⁴ Certaines délibérations des assemblées populaires communales sont exécutoires 30 jours après leur dépôt à la wilaya, voir article 58 de la loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune (J.O.R.A n° 37 du 3 juillet 2011, p. 4).

⁵ En droit français, l'article R-424-1 du code de l'urbanisme prévoit le permis de construire tacite sauf certaines exceptions, Code de l'Urbanisme, disponible sur www.légifrance-gouv.fr, consulté le 6 décembre 2019. En droit algérien, le juge administratif algérien dans son arrêt du 10 février 1990, a estimé que le silence administratif est considéré comme acceptation du permis de construire, Cour suprême algérienne, chambre administrative, 10 février 1990, B.H c/ A.P.C de Skikda, Revue judiciaire, n° 3, 1991, p. 181, 28 juillet 1990, n° 68240 où le juge a estimé que « le refus de répondre ou la réponse négative après l'expiration du délai de 4 mois constitue un excès de pouvoir susceptible d'annulation », Revue judiciaire, n° 1, 1992, p. 153, 9 novembre 1985, Consorts B c/ Commune M, Wali de Tizi ousou, O.P.G.I de Tizi ousou, n° 44008, Revue judiciaire, n° 4, 1989, p. 250. Ces arrêts se justifient par le cadre juridique existant avant le décret exécutif du 28 mai 1991 qui permettait de déduire cette décision implicite d'acceptation si l'administration ne se prononçait pas dans un délai de quatre mois, dispositions abrogées par le décret exécutif n° 15-19.

⁶ Voir article R-424-1 du code de l'urbanisme français.

⁷ Voir article R-462-60 du code de l'urbanisme français, CE Français, 26 novembre 2018, n° 411991, disponible sur www.légifrance-gouv.fr. En droit algérien, le décret exécutif n° 15-19 ne prévoit pas de certificat tacite de conformité mais offre au demandeur des voies de recours en cas de refus ou en cas de silence de l'administration, voir article 69 du dit décret.

dépende pas totalement du bon vouloir administratif. La liberté de construire « *est la règle, l'interdiction prononcée par l'administration reste l'exception* »¹. Il s'agit en fait de limiter les effets négatifs de « *l'écoulement du temps dans les relations entre le citoyen et l'administration* »². Elle permet de combattre l'un des privilèges de l'administration celui, selon Hauriou, du privilège du silence³. Il faut noter que le législateur algérien n'a pas prévu de décision implicite d'acceptation en matière d'urbanisme, une fois passé le délai mais une possibilité de recours devant le wali, le cas échéant, devant le ministère chargé de l'urbanisme⁴. Cependant, ce régime des accords implicites, écarté du droit de l'urbanisme est prévu par le législateur algérien, en vertu de certains textes spécifiques. Ainsi en est-il, à titre d'exemple, des autorisations de défrichement,⁵ la création de parti politique⁶ ou d'association⁷.

Section II : Le silence légitime

Constitue un silence légitime le silence par lequel l'administration invoque le secret⁸. Il s'agit d'un empêchement légitime que l'administration peut invoquer⁹. Mais ceci ne l'empêche pas d'agir de façon à ce qu'aucun intérêt ne soit lésé ; ni le secret légitime, ni la manifestation de la vérité. En effet, la preuve et le secret se fondent à première vue sur deux logiques contradictoires. La preuve consiste en la mise à jour « *d'éléments de fait gardés au secret* » afin d'arriver à une vérité, alors que le secret est « *associé à l'ombre du mystère* »¹⁰. Le secret ne peut être absolu face à la preuve. Il doit se combiner avec elle. D'ailleurs, dans la société moderne, le

¹ Jean-Marc LAVIALLE, Le permis de construire tacite automatique, R.D.P, 1974, p. 996, Jean-luc MAILLOT, Hésitations et controverses autour du permis de construire tacite, L.P.A, n° 151, 31 juillet 2000, pp.4-11.

² Renaud DENOIX de SAINT-MARC, Le silence de l'administration, in Droits et attentes des citoyens, I.F.S.A, La documentation française, 1998, p. 123.

³ Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif, 4eme édit., Paris, L. Larose et Forcel, 1900, p. 248 et 869.

⁴ A titre d'exemple, l'article 6 pour le certificat d'urbanisme et l'article 31 pour le permis de lotir, Voir décret exécutif n° 15-19 du 15 janvier 2015 précité.

⁵ Article 18 de la loi n° 84-12 du 23 juin 1984 portant régime général des forêts, (J.O.R.A, n° 26 du 26 juin 1984, p. 959).

⁶ Articles 23 et 34 de la loi organique n° 12-04 du 12 janvier 2012 relatives aux partis politiques (J.O.R.A n° 02 du 15 janvier 2012, p. 9).

⁷ Article 11 de la loi n° 12-06 du 12 janvier 2012 relative aux associations, (J.O.R.A n° 02 du 15 janvier 2012, p. 28).

⁸ Dans sa première acception, le secret évoque un domaine d'activité ou un document qui ne doit pas être divulgué. La deuxième acception évoque le comportement de dissimulation de la personne qui le détient et auquel s'impose une obligation au silence, Jean LAVEISSIERE, Le silence de l'administration, Thèse précitée, p. 166. Le secret est « *ce qui a été mis à l'écart. Il sépare des autres celui qui le détient. Sans territoire aux frontières géographiques définies, sans contours dessinés qui marqueraient l'existence d'un espace, le secret n'implique que d'être à part* », Yves- Henri BONELLO, Le secret, Que sais-je ? P.U.F, 1998, p. 35, voir aussi Abdelhafid OSSOUKINE, Le secret en droit ou le droit du secret, R.A.S.J.E.P, n° 3, 1995, pp. 491-513.

⁹ Catherine MARRAUD, Le droit à la preuve. La production forcée des preuves en justice, J.C.P, 1973, II, 2572.

¹⁰ Charlotte GIRARD, Preuve et secret à la croisée des espaces juridiques, L'astrée, n° 12, octobre 2000, p. 71.

secret est l'exception. La transparence doit être la règle qui régit l'action administrative¹. C'est pour ces raisons qu'il est d'interprétation stricte². Toutefois, malgré cette restriction, le juge attribue à l'administration une zone de protection, celle du secret de la chose publique lorsqu'elle ne sait pas se défendre³. Il appartient au juge administratif de faire l'équilibre entre le secret et le silence. C'est à juste titre qu'il estime à cet égard qu'il lui appartient « *de requérir des administrations compétentes la production de tous les documents nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi* »⁴. Il s'agit du secret de la défense nationale, du secret professionnel, et du secret médical.

A/ Le secret de la défense nationale

Le secret- défense trouve sa justification dans la référence à des raisons supérieures qui échappent par définition, aux citoyens et relèvent exclusivement du pouvoir⁵. Il ne peut être défini d'une façon absolue. Il est considéré par certains comme un secret absolu qui « *vise à protéger les intérêts publics* »⁶. Le code pénal algérien n'apporte qu'une définition formelle⁷. L'article 65 du code pénal algérien dispose qu'« *est puni de la réclusion perpétuelle, quiconque, dans l'intention de les livrer à une puissance étrangère, rassemble des renseignements, objets, documents ou procédés dont la réunion et l'exploitation sont de nature à nuire à la défense nationale ou à l'économie nationale* »⁸. Toutefois, l'article 2 du décret du 22 décembre 1984 a

¹ La transparence est « *l'ensemble des procédés juridiques visant à permettre aux administrés de pénétrer dans le système administratif et ainsi de faire échec au droit de l'administration au secret* », Voir à ce sujet, Y. JEGOUZO, Le droit à la transparence administrative, E.D.C.E, n° 43, 1991, p. 199 voir également l'excellent ouvrage de Abdelhafid OSSOUKINE, La transparence administrative, le décret 88-131 du 4 juillet 1988 organisant les rapports entre l'administration et les administrés (J.O.R.A, n° 27 du 6 juillet 1988, p. 759), la loi n° 88-09 du 26 janvier 1988 relative aux archives nationales (J.O.R.A, n° 4 du 27 janvier 1988, p. 99).

² CE Français, 2 juin 1984, Société d'exploitation des Ets Lecapitaine, à propos de données relatives à des entreprises retenues à titre d'éléments de comparaison, Lebon, p. 549.

³ Alain PLANTEY, La preuve devant le juge administratif, Semaine juridique, 1986, 3245, CE Français, 24 mai 1983, Ministre des affaires sociales, Lebon, p. 219 où le ministre invoquait le secret de documents résultant de la loi sans fournir aucun éclaircissement sur la nature et le contenu de ces pièces. Le secret de la chose publique couvre les délibérations du gouvernement, la défense, la sûreté de l'Etat, sa politique extérieure, l'exercice du droit de vote, la sécurité et le crédit public.

⁴ CE français, sect., 23 décembre 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, à propos de refus de communication des rapports de la direction de l'audit et du contrôle de gestion, Recueil, p. 464.

⁵ Pierre PEAN, Secret d'Etat, la France du secret, les secrets de la France, Fayard, 1986, p.11.

⁶ Olivia BUI-XUAN, Les secrets de l'administration, R.D.P, n° 4, 01/07/2012, in Lextenso, consulté le 14/07/2017.

⁷ Selon un auteur, le choix d'une définition formelle correspond à l'étendue qu'occupe le secret. Il n'est pas défini en raison de son contenu mais « *dans le but de protéger un intérêt de la défense nationale* », Jean FOUGEROUSE, Le secret de la défense nationale, R.D.P, n° 5, 2003, p. 1451 et s.

⁸ Ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant code pénal, modifiée et complétée (J.O.R.A, n°49 du 11 juin 1966, p.530).

rattrapé cette carence de définition en disposant que les documents classifiés sont « *tout écrit, dessin, plan, photographie, bande sonore ou filmée ou autre document ou support matériel contenant des informations à protéger* »¹. Une première lecture démontre que le législateur algérien a mis sur un même pied d'égalité le secret de la défense nationale et le secret économique² en raison de l'interpénétration des deux secrets. En effet, le secret de la défense nationale ne doit pas être limité au secret militaire mais couvre tous les domaines stratégiques³. C'est pour ces raisons que le secret ne peut, à notre avis, contenir des informations insignifiantes mais des informations « *dont la rareté justifie le caractère précieux* »⁴. Ces informations constituent « *des enclaves bénéficiant d'une sorte d'extra-territorialité* »⁵ qui échappent aux citoyens et aux juges et, dont les règles de protection s'imposent de plus en plus au fur et à mesure qu'on s'élève dans la hiérarchie administrative « *et qu'on pénètre dans le cercle magique du pouvoir* »⁶. Mais la frontière entre le secret et le non secret est mouvante. Ce qui peut être classifié comme secret aujourd'hui peut être levé un autre jour. Cette frontière dépend du rapport de force qui s'établit entre les citoyens et le pouvoir politique. A une société secrète correspond un champ élargi du secret. A une société transparente correspond une zone de secret accessible parfois aux administrés car son absence ou son excès peut être générateurs d'anomalies⁷. L'administration elle-même, dans son rapport avec le secret de la défense nationale se présente comme « *une organisation distante, secrète et inaccessible* »⁸. Le secret lui-même n'est jamais un secret absolu. Il n'est que par rapport à un individu ou un groupe d'individu. Lorsque l'administration invoque le secret de la défense nationale, aucune autre autorité, y compris le

¹ Décret n° 84-387 du 22 décembre 1984 fixant les mesures destinées à protéger les documents classifiés, (J.O.R.A, n° 69 du 26 décembre 1984, p. 1608).

² Abdelhafid OSSOUKINE, La transparence administrative, op.cit., p. 128.

³ La défense nationale a pour objet « *d'assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression l'indépendance nationale, la sécurité et l'intégrité du territoire, la vie de la population et le respect des traités. Elle englobe donc les domaines militaire, diplomatique, la défense civile, la défense économique, le renseignement gouvernemental, la recherche scientifique et technologique de défense* », Mohamed BOUSSOUMAH, Fondements constitutionnels de la défense nationale, in « Pour un débat citoyen sur la défense nationale », Premières journées d'études parlementaires sur la défense nationale, Conseil de la Nation, 11-12 novembre 2001, Alger, éd. ANEP, p. 59.

⁴ Cécile ARNAUDIN, La notion de secret en droit des personnes et de la famille, Thèse, Bordeaux, 1999, p. 3.

⁵ Pierre PEAN, op.cit., p. 22.

⁶ Jean LAVEISSIERE, Le pouvoir, ses archives et ses secrets (A propos de l'affaire des avions renifleurs), Dalloz, 1984, I, Chronique, p. 67.

⁷ Herbert BURKERT, Une approche fonctionnelle des règles juridiques régissant le secret et la transparence, Actes du 17^{ème} colloque de droit européen, secret et transparence : l'individu, l'entreprise et l'administration, Saragosse, 21-23 décembre 1987, Conseil de l'Europe, 1988, p. 14.

⁸ Hocine CHERHABIL, Avant propos, Actes de la journée d'études sur le thème « *Les mutations de l'administration, approche pluridisciplinaire* », IDARA, n° 23, 2002, p. 144.

juge, ne peut l'obliger à produire les documents couverts par ce secret¹. Néanmoins, ceci n'empêche pas le juge particulièrement le juge administratif de tenir compte de tous les éléments en sa possession. Lorsque les renseignements lui apparaissent indispensables à la solution du litige, il peut prendre toutes les mesures nécessaires pour se procurer les pièces en question. En cas de silence administratif, celui-ci peut être analysé au détriment de l'administration du moment que celle-ci est suspectée agir par des motifs étrangers à la protection des intérêts de la défense nationale². Cependant, le secret de la défense nationale n'est pas institué pour protéger l'administration mais vise la protection des intérêts nationaux ou fondamentaux de la nation³. Dans ce sens, il n'évoque plus la dissimulation mais la protection. Ces considérations justifient, d'ailleurs, certaines dérogations au droit commun de la publicité tel sont les cas en matière d'expropriation⁴ ou dans les règles d'urbanisme dès lors que le projet intéresse la défense nationale⁵. Elle peut s'appliquer également au droit d'accès aux documents administratifs,⁶ et l'accès aux archives nationales⁷.

¹ Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, le Conseil constitutionnel français, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité déposée par les familles des victimes de l'attentat de Karachi (Pakistan), a censuré la loi du 29 juillet 2009 qui empêchait les juges de perquisitionner, sans accord de l'exécutif, dans certains lieux comme les services de renseignement, de la présidence, disponible sur www.conseilconstitutionnel.fr, consulté le 10 décembre 2019..

² Pascal MBONGO, Transparence et secret : de la loi du 8 juillet 1998 et du secret de la défense nationale, G.P, 1999, I, p. 396.

³ Ces intérêts peuvent être l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire, la sécurité du territoire, la forme républicaine des institutions, les moyens de la défense nationale, les moyens de la diplomatie nationale, la sauvegarde de la population, l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement, les éléments essentiels du potentiel scientifique et économique, les éléments essentiels du patrimoine culturel. Ces intérêts reposent sur une approche économique, immatérielle et éthique à la différence des intérêts traditionnels qui reposaient sur une approche géographique, matérielle et patrimoniale, Voir Olivier GOHIN, Le contexte stratégique, in Le livre blanc sur la défense, Travaux de la commission du livre blanc sur la défense sous la direction de Marceau LONG, Droit et défense, n° 2, 1994, p. 28.

⁴ Voir dans ce sens l'article 12 de la loi n° 91-11 du 27 avril 1991 fixant les règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique qui dispose que « *les opérations secrètes intéressant la défense nationale peuvent être déclarées d'utilité publique sans enquête publique* », (J.O.R.A, n° 21 du 8 mai 1991, p. 577).

⁵ Les infrastructures couvertes par le secret de la défense nationale telles les infrastructures militaires ou les infrastructures spécifiques ayant un caractère hautement stratégique sont exclues du champ d'application du décret exécutif n° 15-19 du 25 janvier 2015 en application de l'article 1, alinéa 2.

⁶ L'article 10 du décret n° 88-131 du 4 juillet 1988 organisant les rapports entre l'administration et les administrés dispose que « *sous réserve des dispositions de la réglementation en vigueur en matière d'informations classées et celles protégées par le secret professionnel, les administrés peuvent accéder aux documents et informations administratifs* », (J.O.R.A n° 27 du 6 juillet 1988, p. 759), Voir également l'article 3 du décret exécutif n° 16-190 du 30 juin 2016 fixant les modalités de consultation des extraits de délibérations de l'assemblée populaire communale et des arrêtés communaux lorsqu'ils se rapportent à l'ordre public, (J.O.R.A n° 41 du 12 juillet 2016, p. 6).

⁷ L'article 10 de la loi n° 88-09 du 26 janvier 1988 relative aux archives nationales ne permet pas l'accès aux documents se rattachant à la souveraineté nationale et l'ordre public, à la sécurité de l'Etat et à la défense nationale qu'à l'expiration d'un délai de 60 ans, (J.O.R.A n° 4 du 27 janvier 1988, p. 99).

Toutefois, ce secret de la défense nationale est indéfinissable¹. Le professeur Christophe Guettier estime à juste titre que « *le secret défense fait l'objet d'un encadrement juridique insuffisant. Son champ d'application est devenu incertain. Quant à sa définition, elle fait elle-même problème. En effet, face à l'impossibilité pratique d'une définition matérielle, s'est imposée une conception formelle de ce secret* »². Malgré cette difficulté à cerner le secret de la défense nationale, l'administration conserve le droit de classer ou de déclasser les documents ou les renseignements selon les circonstances des affaires qui intéressent la défense nationale et l'évolution de la société. Ceci ne l'empêche pas également de recourir à une hiérarchisation dans

¹ Voir Pascal MBONGO, op.cit., p. 402, note 18, Bertrand WARUSFEL, Protection du secret de défense et des informations classifiées dans le nouveau code pénal, Droit et défense, n° 3, 1994, p. 56. Pour différencier le secret professionnel du secret de la défense nationale, le Commissaire du gouvernement Grevisse considère que « *celui qui est tenu au secret professionnel est toujours un confident nécessaire et forcé ; au contraire le secret de la défense nationale n'implique aucune confiance préalable d'un individu à un autre individu. Le secret professionnel est un secret d'un individu... Les secrets de la défense nationale sont nécessairement détenus par un groupe d'individus* », M. Grevisse, Conclusions sur CE, 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la guerre c/ Coulon, R.D.P, 1955, p. 995. Dans son avis du 6 février 1951, le Conseil d'Etat français a estimé que « *les renseignements qui présentent un caractère secret sont ceux qui se rapportent à des faits confidentiels par leur nature ou confiés sous le sceau du secret et que les agents des services publics ont connu en raison de leurs fonctions* ». Cette impossibilité de définir le secret de la défense nationale est volontaire du moment qu'elle relève du pouvoir de l'exécutif dans sa classification des informations. Il appartient à l'administration qui dispose d'un pouvoir d'appréciation de définir les bornes de la confidentialité, Voir, Jean Claude BOULARD, Rapport, in Le secret administratif dans les pays développés, CUJAS, Paris, 1977, p. 173. Ce secret est évolutif en fonction de la situation géostratégique et politique de l'Etat. Quant à la notion de défense, elle est définie comme « *une action déclenchée pour parer une menace* », Bertrand WARUSFEL, Les notions de défense et de sécurité en droit français, Droit et défense, n° 4, 1994, p. 15 ou « *l'ensemble des activités qui ont pour objet principal l'accroissement du potentiel militaire de la nation ou de sa capacité de résistance à une action armée contre elle* », Bernard CHANTEBOUT, L'organisation générale de la défense nationale en France depuis le fin de la seconde guerre mondiale, L.G.D.J, Paris, 1967, p. 25 et 26. Elle est pour d'autres « *la composante de la stratégie globale ou générale de l'Etat ayant pour but d'acquiescer et de conserver en permanence... la liberté d'action nécessaire à la réalisation des objectifs de la politique et qu'elle détermine les contributions sectorielles diplomatiques, économiques, financières, socio-éducatives, culturelles et militaires à ce mode d'interdiction* », Djamel E. BOUZGHAIA, Le concept de défense nationale, in « Pour un débat citoyen sur la défense nationale », Premières journées parlementaires sur la défense nationale, Conseil de la Nation, 11-12 novembre 2001, ANEP, Alger, p. 19. En revanche, la notion de sécurité est « *le sentiment d'un état dans lequel se trouve le sujet. Elle renvoie à un sens beaucoup plus large, profond et fondamental que celle de défense* », Bertrand WARUSFEL, Les notions de défense et de sécurité en droit français, op.cit., p. 15. La notion de sécurité publique est « *l'une des composantes majeures de l'ordre public et l'une des finalités essentielles de la police administrative* ». Il apparaît donc, que la notion de sécurité est plus large que la notion de défense. Cette dernière ne se limite pas aux aspects militaires mais la défense « *tout azimut des intérêts fondamentaux de la nation* », Bertrand WARUSFEL, Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation, in Industrie, Technologie et défense sous la direction de Bertrand WARUSFEL, Centre de droit et défense, La documentation française, 1993, p. 149. Voir également Interview de M. Pierre LELONG, Président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, réalisée par Pierre RANCE, op.cit., p. 1428.

² Christophe GUETTIER, Une nouvelle autorité administrative indépendante ; la commission consultative du secret de la défense nationale, L.P.A, n° 16, 22 janvier 1999, p. 7, Voir aussi Bernard GRASSET, Secret défense, Pouvoirs, n° 97, Seuil, 2001, pp.63-66 où l'auteur ne définit guère le secret mais estime que cette notion a souvent servi à couvrir des activités ou des informations n'ayant aucun rapport avec la défense nationale.

le secret¹. Quant au secret diplomatique, il s'applique à tous « *les renseignements qui ont trait à la politique étrangère, en ce que, concernant ou non une affaire déterminée, ils dénoncent l'opinion que le gouvernement se fait de l'attitude des pays étrangers ou révèlent l'attitude qu'il entend lui-même adopter à leur égard* »². Cette difficulté à cerner la notion de secret défense permet à l'administration de recourir à une telle notion ambiguë pour rejeter les demandes des administrés même si le document ne se rattache pas directement au domaine du secret de la défense nationale. Les administrés, eux-mêmes n'osent pas, particulièrement en Algérie, se retrouver dans une relation conflictuelle pour un document lié à la défense nationale. Cette légitimité du secret paraît difficilement contestable. Toutefois, cette timidité envers le secret défense paraît en régression. En effet, les premières journées d'études parlementaires sur la défense nationale ont été organisées par le Conseil de la Nation le 11-12 novembre 2001 à Alger sous le titre très audacieux, d'ailleurs, « *Pour un débat citoyen sur la défense nationale* »³. Cette avancée qualitative en Algérie n'a pas été suivie d'une ouverture sur le secret défense qui reste toujours un terrain mouvant, impénétrable en raison sans doute, de la sensibilité des renseignements hautement stratégiques et sur lesquelles on ne peut dissiper le voile.

B/ Le secret professionnel

La notion de secret professionnel ne repose pas uniquement sur un fondement légal. Celui-ci ne constitue qu'une consécration du fondement social et déontologique. En effet, le secret étant un fait de société, son fondement social repose sur les interdits tels que conçus par la société à un moment donné. Quant au fondement déontologique, il représente le fruit d'une morale collective qui impose une obligation de discrétion envers autrui⁴. Son « *abolition risque de supprimer une partie de la liberté individuelle, de fonctionnariser les professions et de les*

¹ Dans cette hiérarchisation du secret, le législateur algérien a retenu quatre catégories de classification selon les documents ou les informations à protéger. La catégorie « *très secret* » vise à protéger les documents dont la divulgation mettrait en danger la sécurité nationale. La catégorie « *secret* » vise à protéger les documents qui causeraient un dommage aux intérêts de la nation et favoriserait un pays étranger. La catégorie « *confidentiel* » vise à protéger l'activité gouvernementale, une administration, un organisme ou une personnalité politique algérienne. La catégorie « *diffusion restreinte* » vise à protéger les documents qui causeraient un dommage aux intérêts de l'Etat et dont la communication n'est faite qu'aux personnes habilitées, article 3 du décret 84-387 du 22 décembre 1984 fixant les mesures destinées à protéger les documents classifiés.

² Rapport public du Conseil d'Etat français sur la transparence et le secret, 1995, E.D.C.E, n° 47, La documentation française, 1995, p. 65.

³ Conseil de la Nation, Commission de la défense nationale, Premières journées d'études parlementaires sur la défense nationale, Pour un débat citoyen sur la défense nationale, 11-12 novembre 2001, éd. ANEP, Alger.

⁴ Marie-Hélène DUPIN, Michel LEJEUNE, Nicole PLANCHON, Le secret professionnel, Le courrier juridique des finances et de l'industrie, n° 10, juillet- août 2001, p. 2.

rabaisser en les dépouillant de ce qui faisait d'elles jusqu'alors, leur prestige social »¹. En vertu du fondement légal, le secret professionnel s'impose à toute personne détentrice, en vertu de certaines activités qu'elle exerce, comme les renseignements statistiques, les renseignements médicaux, les archives, les sources du journaliste, les activités du diplomate, de renseignements, documents ou faits dont elle a eu connaissance. Ces personnes n'ont été rendues destinataires des renseignements que parce qu'elles ont été reconnues dépositaires par état ou par profession ou fonctions temporaires ou permanentes de secret qu'on leur confie². Dans son avis du 6 février 1951, le Conseil d'Etat français considère les informations soumises au secret professionnel comme celles « *qui se rapportent à des faits confidentiels par leur nature ou confiés sous le sceau du secret et que les agents des services publics ont connu en raison de leurs fonctions* »³. Il s'agit d'un secret prescrit pour protéger les particuliers, particulièrement dans nos sociétés actuelles, qualifiées, à juste titre comme numériques.

En vertu des dispositions statutaires, les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel⁴. Celui-ci pèse sur les fonctionnaires aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'administration. Toute violation du secret professionnel est passible de poursuites pénales et disciplinaires. Le manquement à cette obligation constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration. Pour certains, le délit de violation du secret professionnel a une dimension sociale car il vise à protéger la confiance qui s'établit entre les personnes⁵. En effet, le secret professionnel ne s'impose pas au fonctionnaire uniquement par le statut particulier mais également par le droit pénal dont résulte l'obligation commune à toutes les professions⁶.

¹ Abdelhafid OSSOUKINE, *Le secret en droit ou le droit du secret*, op.cit., p. 503.

² Pour les agents du renseignement financier en vertu de l'article 12 du décret exécutif n° 02-127 du 7 avril 2002 portant création, organisation et fonctionnement de la cellule de traitement du renseignement financier, (J.O.R.A, n° 23 du 7 avril 2002, p.13). Pour les agents des statistiques en vertu de l'article 27 du décret législatif du 15 janvier 1994 relatif au système statistique. En vertu de l'article 6 du décret exécutif n° 96-136 du 15 avril 1996 pour les experts comptables, les commissaires aux comptes et les comptables agréés, (J.O.R.A n° 24 du 17 avril 1996, p. 4). Pour les professionnels de la santé en vertu de l'article 169 de la loi n° 18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé, (J.O.R.A n° 46 du 29/07/2018, p. 3).

³ Avis du 6 février 1951, disponible sur www.legislation.cnav.fr, consulté le 10 décembre 2019.

⁴ Institué en vertu de l'article 16 de l'ordonnance n° 66-133 du 2 juin 1966 portant statut général de la fonction publique (J.O.R.A, n° 46 du 8 juin 1966, p. 542), repris par l'article 23 du décret du 23 mars 1985 portant statut type des travailleurs des institutions et administrations publiques, repris par l'article 48 de l'ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique, (J.O.R.A n° 46 du 16/07/2006, p. 3).

⁵ Fouzia LOUHIBI BENATEK, *Le secret professionnel*, Thèse, Nice, 1997, I, p. 1. Pierre GULPHE, *Le secret professionnel en droit français*, Rapport, Travaux de l'association Henri Capitant, *Le secret et le droit*, Journées libanaises, Tome XV, 1974, pp.105-123.

⁶ L'article 301-1 du code pénal algérien dispose que « *les médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes ou toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions permanentes ou temporaires, des*

Cependant, cette obligation du secret ne doit pas faire entrave à la justice. Dire le contraire, c'est soutenir que des zones d'ombres peuvent être tolérées alors que la société aspire à la transparence. Ce secret professionnel est opposable à tous les fonctionnaires n'ayant pas la compétence d'assurer la mission en vue de laquelle les renseignements ont été recueillis¹.

A la différence du secret professionnel qui est institué dans l'intérêt des particuliers, l'obligation de discrétion professionnelle est instituée dans l'intérêt de l'administration². Celle-ci est plus vaste que le secret professionnel. Elle s'étend à toutes les informations et non pas à une catégorie spécifique d'information couverte par le secret afin d'empêcher toute divulgation de documents ou informations quel que soit le support utilisé. Cette obligation de discrétion professionnelle constitue une obligation négative du moment qu'elle interdit au fonctionnaire tout acte contraire à l'intérêt du service,³ comme le « *détournement ou la communication des documents de service, la révélation des faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ». Cependant, cette obligation n'est pas absolue. Le fonctionnaire peut répondre aux demandes d'informations des administrés mais sans porter atteinte au secret⁴. Il peut, en outre, être délié de cette obligation par décision écrite de l'autorité hiérarchique dont il dépend⁵.

C/ Le secret médical

Le secret médical trouve son fondement légal dans l'article 301-1 du code pénal algérien et l'article 169 de la loi n°1811 du 2 juillet 2018 relative à la santé qui dispose que « *Le*

secrets qu'on leur confie, qui hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, ont révélé ces secrets, sont punis d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 20.000 à 100.000 ».

¹ L'article 12 du décret exécutif du 7 avril 2002 portant création, organisation et fonctionnement de la cellule de renseignement financier, modifié et complété dispose que « *les membres de la cellule et les personnels auxquelles elle fait appel, sont astreints au secret professionnel, y compris vis-à-vis de leurs administrations d'origine, ainsi qu'au respect de l'obligation de réserve* ».

² L'article 28 de l'ordonnance n°06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique dispose que le fonctionnaire « *ne doit divulguer, en dehors des nécessités de service, aucun document, fait ou information, dont il a la connaissance ou qu'il détient à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* ».

³ Jacques GROSCLAUDE, L'obligation de discrétion professionnelle du fonctionnaire, R. A, 1967, p. 127.

⁴ En vertu de l'article 30, alinéa 4 du décret du 4 juillet 1988, le fonctionnaire ne peut refuser d'informer les administrés. Le manquement à cette obligation d'information peut entraîner une des sanctions du second degré. En cas de récidive, il peut être fait application de l'une des sanctions du troisième degré. En outre, l'article 860, alinéa 2 du code de procédure civile et administrative dispose que la formation de jugement ou le magistrat rapporteur « *peut également... procéder à l'audition des agents de l'administration ou exiger leur présence pour apporter des éclaircissements* ».

⁵ Article 48 de l'ordonnance n°06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique.

professionnel de la santé exerce sa profession à titre personnel. Il est tenu au secret médical et/ou professionnel ». Il se trouve parfois dissous dans le secret professionnel¹ mais inscrit dans les codes de déontologie médicale². Dans ses conclusions dans l'affaire Gougeon, le Commissaire du gouvernement estime que l'obligation de secret médical à « *un caractère général et absolu. Elle est générale car elle couvre non seulement les secrets confiés par le client mais encore ceux que le praticien peut découvrir dans l'exercice de son art. Elle est absolue car il n'appartient à personne d'en affranchir le médecin* »³ et qu'« *il ne saurait être dérogé à la règle générale et absolue édictée par l'article 378 du code pénal* »⁴. Il faut noter que l'article 301-1 du code pénal algérien, n'a pas pour but uniquement la réparation du dommage en cas de violation du secret mais aussi de protéger le droit au secret qui trouve son fondement dans l'intérêt qu'a toute personne à sauvegarder l'intimité de sa vie privée⁵. Ainsi donc, le secret médical repose sur deux éléments ; l'un est d'ordre psychologique,⁶ basé sur la relation de confiance qui s'établit entre le médecin et son patient qui accepte de mettre le médecin à même de découvrir ce qui dérobe à la connaissance des autres,⁷ l'autre est d'ordre juridique qui trouve sa base dans l'article 301-1 du code pénal algérien. D'ailleurs, le caractère général et absolu ne signifie « *nullement que rien ne puisse jamais être révélé mais seulement que cela ne pourra être fait que conformément aux principes généraux du droit* »⁸. Cependant, la société moderne, basée

¹ Laurence THEPAULT, Thèse précitée, p. 3.

² Pour les médecins et les chirurgiens dentistes en vertu de l'article 36 du décret exécutif n°92-276 du 6 juillet 1992 portant code de déontologie médicale, (J.O.R.A n° 52 du 8/7/1992, p. 1160), en vertu de l'article 113 pour les pharmaciens.

³ M. GUILLAUME, Conclusions sur CE, 24 octobre 1969, Ministre de l'équipement et du logement c/ Gougeon, A.J.D.A, 1969, p. 707. En dehors de l'intérêt du malade, le secret médical intéresse aussi l'intérêt des familles et leur réputation, la profession médicale et la société entière, Voir R. COMBALDIEU, Rapport sur cassation. Crim., 22 décembre 1966, Dalloz, 1967, Jurisprudence, p. 122, voir également les articles 36 à 41 du code de déontologie médicale algérien. Le caractère général est absolu du secret médical implique que celui-ci ne s'impose pas uniquement au médecin mais aux auxiliaires du médecin. Il ne couvre pas uniquement les informations confiées par le patient mais aussi celles que le médecin a entendues ou découvert. Aussi s'oblige-t-il à protéger contre toute indiscrétion les fiches cliniques concernant ces malades. En outre, il lui est interdit de révéler l'identification de ses malades lorsqu'il se sert de ses dossiers dans un but scientifique.

⁴ Cependant, ce caractère général et absolu du secret médical peut être mis en échec par certaines dispositions législatives établies dans le but de concilier le secret et la divulgation autorisée par laquelle est affranchie le médecin de l'obligation du secret tel est les cas pour les déclarations de naissance (article 62 de l'ordonnance du 19 février 1970 relative à l'état civil, modifiée et complétée, (J.O.R.A n° 21 du 27/02/1970, p. 233), de déclarer les maladies à déclaration obligatoires en vertu de l'article 39 de la loi n° 18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé, Voir également Luce PELTIER, Le secret médical, R.R.J, 1995, pp. 827-837, Cyril GOSSET, Saisie et secret professionnel, Médecine et droit, n° 57, novembre- décembre 2002, pp.9-12.

⁵ Lucien MARTIN, Le secret de la vie privée, R.T.D.C, 1959, p. 233.

⁶ N.J MAZEN, Le secret des praticiens de la santé : Mythe ou réalité, G.P, 1975, II, Doctrine, p. 468.

⁷ Claire GEFFROY, Le secret dans la vie et dans la mort, J.C.P, 1974, I, Doctrine, 2604.

⁸ Michèle-Laure RASSAT, La révélation médicale, Dalloz, 1989, I, p. 108.

sur le développement des technologies de l'information et de la communication peut-elle préserver le secret médical tel qu'il a été défini. La mise en place d'un système de liaison informatique par lequel transitent toutes les informations liées à l'état de santé des personnes tels que les médecins, les caisses de sécurité sociale, les hôpitaux publics doit préserver en toutes circonstances ces données¹. Il appartient aux utilisateurs de fichiers informatiques de mettre en œuvre les moyens de façon à protéger ces données contre les fraudes et les falsifications et de définir les destinataires potentiels de ces données sans porter atteinte au principe du secret médical. Le secret médical, à l'origine de caractère restreint, devient, à travers la multiplication des dossiers et des fichiers, un secret partagé qui contribue à la qualité des soins². Toutefois, si le secret médical est l'un des secrets les plus protégés, la loi déroge à cette règle pour des considérations liées à l'intérêt général lorsqu'il s'agit d'hospitalisation d'office pour des motifs d'ordre public ou de santé public. Il peut être également dérogé à cette règle du secret dans l'intérêt du malade pour les mineurs et les incapables ou en cas de diagnostic ou de pronostic grave au profit des membres de la famille du malade sauf en cas d'opposition de sa part³.

Conclusion

Cette brève contribution ne peut s'arrêter aux formes du silence. Elle doit être suivie d'une réflexion sur les sanctions légales et jurisprudentielles du silence pour pouvoir saisir les effets juridiques de ce phénomène qui semble relatif, variable et pluriel. Par le droit, il devient une catégorie juridique. Cependant, il constitue de nos jours une exception en raison de notre mode de vie qualifié comme mode de bruit, de désordre et stressant. Ceci démontre que le silence en droit est grand et qu'il est temps de se taire du moins momentanément.

A suivre...

¹ Voir dans ce sens, Estelle PIDOUX, La responsabilité médicale au regard de la télétransmission et de la télémédecine, L.P.A, n° 149, 27 juillet 2000, pp.5-11. Une connexion de fichiers est appliquée actuellement par la Caisse nationale d'assurance médicale pour les cartes dite « *carte chifa* » et relative à la dispense de l'avance des frais en matière de prestations pharmaceutiques. Ce système prévu par l'article 60 de la loi n° 83-11 du 2 juillet 1983 relative aux assurances sociales (J.O.R.A, n° 28 du 5 juillet 1983, p. 1198) a été mis en œuvre en application du décret exécutif n° 10-116 du 18 avril 2010 fixant le contenu et les conditions de délivrance, d'utilisation et de renouvellement de la carte électronique de l'assuré social et des clés électroniques des structures de soins et des professionnels de santé (J.O.R.A, n° 26 du 21 avril 2010, p. 11) . Ce fichier contient des informations médicales et personnelles. Par les articles 319 -323, la loi n° 18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé prévoit la création d'un système national d'information sanitaire. La création d'un tel système doit s'effectuer dans le respect du secret médical et des droits des malades.

² Louis DUBOUIS, Feu le secret médical ? Mélanges Gustave Peiser, P.U Grenoble, 1995, p. 211.

³ Article 24 de la loi n° 18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé.