

ARTICLES

LA HIERARCHIE DES NORMES DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Abdelmadjid DJEBBAR

Maître de Conférences à la faculté de Droit, Université d'Oran

INTRODUCTION

Très lentement mais progressivement on découvre en Algérie qu'il existe un nouveau chapitre du droit constitutionnel se rapportant à la justice constitutionnelle. Mais l'intérêt porté à cette matière demeure timide et les travaux sur le sujet peu nombreux. Pourtant, on sait depuis longtemps que c'est la hiérarchie des normes qui implique le contrôle de constitutionnalité. Ainsi ailleurs, on ne se lasse pas à hiérarchiser les normes. Néanmoins, il s'agit là d'un effort auquel peu d'auteurs en Algérie se sont adonnés. Et ceux qui ont entrepris de traiter du problème ont dû vite découvrir qu'ils n'avaient pas de prédécesseurs. Les ouvrages de droit constitutionnel semblent eux-mêmes faire preuve d'indifférence à son propos. Et lorsqu'ils s'y intéressent, c'est seulement pour indiquer avec un ton solennel, mal placé d'ailleurs, « la primauté de la loi » et celle de la Constitution¹ imitant vraisemblablement les auteurs français de droit administratif qui continuent à se référer au principe de la légalité² malgré l'avènement de l'Etat de droit ; comme si en Algérie « la loi, expression de la volonté générale »³, avait effectivement une profondeur historique et une place presque sacrée. Pourtant, le Conseil constitutionnel en tant que juridiction attache une grande importance à la hiérarchie des normes. Grande car elle lui permet de

1 Cf. Saïd BOUCHAÏR, *Le régime politique algérien*, 2^e édition, Dar El Houda, 1993, pp.193 et 417 (ouvrage en arabe).

2 Cf. à titre d'exemple A. DE LAUBADERE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, 16^e édition, LGDJ, 1999; G. VEDEL et P. DEVOLVE, *Droit administratif*, tome 1, PUF, 1990; Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 18^e édition, 2000. Et voir la critique fondamentale de Charles EINSENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, 1957, n° 11, p. 25; et *Cours de droit administratif*, tome 1, LGDJ, Paris, 1982, p. 451.

3 Le Conseil constitutionnel a employé cette expression dans sa Décision n°2 DL- CC- 89 du 30 août 1989 relative au statut du député.

contrôler et de sanctionner les normes qui violent la Constitution prise en tant que norme située au sommet de la pyramide hiérarchisée des normes. En effet, « *la loi n'exprime plus la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »⁴, d'autant plus qu'elle a changé de nature et qu'elle n'est devenue, même dans sa terre d'élection, que l'instrument par lequel la majorité réalise son programme et ses objectifs politiques, c'est-à-dire un moyen commun de gouvernement⁵. De surcroît et sans s'appesantir sur sa réelle « efficacité » dans nos contrées, la loi demeure un simple moyen par lequel on tente de discipliner les comportements. Elle n'est pas encore arrivée à dicter les comportements⁶.

L'idée d'un contrôle de constitutionnalité de la loi a longtemps été repoussée en Algérie pour des raisons qui n'ont rien avoir avec le respect de la loi ; les enjeux d'une telle problématique étaient peut être encore méconnus même si la Constitution de 1963 avait retenu le principe : une Constitution somme toute née pour mourir comme l'idée qu'elle a portée. Le contrôle de constitutionnalité n'était pas encore arrivé à maturation. L'Algérie ne renouerait avec cette idée qu'à la faveur de la Constitution de 1989, véritable texte émargeant dans le renouveau de régime politique que dans le renouveau de l'ordre juridique. Pourtant, ce texte semble se poser en fondateur d'un ordre normatif nouveau. Cette appréciation paradoxale est pourtant réelle et objective car à la traditionnelle indifférence envers la loi qui, il faut le répéter, ne bénéficie pas de profondeur culturelle et politique, se pose dorénavant un mécanisme chargé au moins de faire respecter la Constitution, donc un mécanisme à même de compléter un ordre juridique qui souffre non pas de son existence équivoque et aléatoire, mais de sa disgrâce patente et manifeste. De ce fait, le Conseil constitutionnel est amené à intervenir, même s'il s'en défend quelquefois farouchement, dans

4 L'expression est du Conseil constitutionnel français, Décision *Nouvelle-Calédonie*, 85-197 DC du 23 août 1985 in L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 9^e éd., 1997.

5 Voir à ce propos, Michel TROPER, *Le contrôle de constitutionnalité des lois et la volonté générale*, Journées d'Etudes sur "La justice", 11-12 janvier 2002, organisées par l'Ecole Normale Supérieure de Paris.

6 Il ne s'agit pas là d'un réquisitoire contre la loi. C'est une constatation d'ordre sociologique. Car si la loi est *par nature générale*, elle ne l'est pas du fait d'une option constitutionnelle. Surtout que sa raison d'être est d'abord la réglementation de la vie sociale et qu'elle s'adresse, sinon à tous, du moins à des catégories suffisamment larges pour que ne soit pas perdu de vue son objectif d'harmonisation des relations sociales (Paul Louis-Lucas, *La loi*, Dalloz, 1964, p. 32). Plus précisément, existe-t-il en Algérie des idées à même d'élaborer "une théorie démocratique de la loi"? Car si sur le plan pratique, le phénomène monstrueux des "dérogations" ruine la caractéristique de généralité de la loi, il lui enlève de ce fait sa raison d'être qui est d'ordre social et juridique. En effet, si la loi organise des relations sociales à la défaveur de l'intérêt général, elle devient automatiquement anti-démocratique.

le processus de décision politique⁷, au même titre d'ailleurs que les acteurs de la vie publique quoique selon des modalités différentes.

D'ailleurs, ce sont ces autorités politiques qui désignent ou élisent la plupart de ses membres⁸, lesquels ne sont pas nécessairement des juristes ou des magistrats pour des raisons certes de représentativité, mais aussi pour des raisons que seule la vie politique révèle le secret de temps à autre.

En tout cas, l'ordre juridique nouveau qui n'est nullement une création abstraite de l'esprit, s'inscrit dans la perspective de l'émancipation du système constitutionnel et il est bien évidemment sous-tendu par une nouvelle organisation des pouvoirs publics qui, dans leurs actions et dans leurs rapports, lui impriment une dynamique et fixent du coup son destin. Et ce n'est pas du destin de cet ordre que ces quelques lignes seront consacrées, il en faut certainement plus que cela, mais seulement de la description de la nouvelle hiérarchie des normes qui paraît se dégager à la lecture du texte constitutionnel de 1989, revu en 1996 et révisé plusieurs fois, mais également au regard de la jurisprudence heureuse mais peu fournie du Conseil constitutionnel⁹ en tant qu'organe « *régulateur de l'activité normative des*

7 Cf. Abdelmajid DJEBBAR, *Le Conseil constitutionnel entre le droit et la politique*, in Quotidien «L'expression» du 30 août 2001.

8 V. article 164 de la Constitution qui attribue justement ce pouvoir de désignation au Président de la République, à l'Assemblée Nationale Populaire et au Conseil de la Nation. Les deux autres membres parmi les neuf sont élus par la Cour Suprême et le Conseil d'Etat et qui sont bien évidemment des magistrats.

9 La jurisprudence peu fournie du Conseil constitutionnel trouve ses raisons à travers plusieurs facteurs contrairement à ce qui est avancé tout le temps. Ce n'est pas seulement le fait que seules trois personnalités (Président de la République, Président du Conseil de la Nation et Président de l'A.P.N.) ont droit de saisine et qu'il existe une volonté politique à ne pas permettre à d'autres de jouir d'un tel droit (députés ou sénateurs et opposition surtout), mais parce que l'environnement politique dans son état actuel ne le permet pas encore et que le contrôle de constitutionnalité est un mécanisme qui demeure fort mal apprécié non pas seulement par ceux à qui tout le monde pense (députés et sénateurs), mais aussi par les autorités qui jouissent actuellement du droit de saisine. Et à ce propos, il faut rappeler que toutes les saisines effectuées jusqu'à présent l'ont été par le Président de la République (à l'exception d'une seule qui a été faite par le Président du Conseil de la Nation. V. Avis n°4-AL-CC-98 du 13 juin 1998 relatif à la constitutionnalité de certains articles de la loi portant régime des indemnités et de retraite du membre du Parlement) et parce que le Constituant l'exigeait expressément. Auquel cas, le Conseil constitutionnel risquait le chômage forcé. A tout cela, il faut ajouter bien entendu que la situation qu'a traversé le pays n'a pas permis au Conseil de fonctionner normalement et surtout de prouver sa légitimité en tant qu'organe chargé d'une mission de droit. Voir Alain LANCELOT, *La légitimité du juge constitutionnel*, Actes du Colloque de Toulouse, «*La légitimité des juges*», 29-30 octobre 2003, Presses Universitaires des Sciences Sociales de Toulouse, 2004; Louis FAVOREU, *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*, RDP 1984/5, p. 1147.

pouvoirs publics »¹⁰. Quelle est donc la structure de cet ordre normatif, structure hiérarchisée confirmée par l'apport du Conseil constitutionnel ? Et quels sont son contenu et sa fonction ? D'ailleurs, le Conseil constitutionnel n'hésite pas lui-même à parler par exemple de *système démocratique*¹¹, de *volonté générale*¹², de *séparation des pouvoirs*¹³, de *défense des libertés et des droits*¹⁴, de *suffrage universel*¹⁵..., donc les principes fondamentaux induits par la notion d'Etat de droit. D'autre part, il faut aussi relever qu'au sein de tout ordre juridique, aussi parfaitement hiérarchisé soit-il, il existe des faux-semblants et certains paradoxes d'ordre purement normatif que la pratique engendre¹⁶ et que l'ordre normatif étatique tente d'assimiler malgré lui. Enfin et comme le souligne Hans Kelsen, un système juridique « *correspond à une manière pour les normes juridiques de s'agencer entre elles* »¹⁷. Le Conseil constitutionnel tente en ce qui le concerne d'agencer ces normes à sa manière dans le cadre d'une hiérarchisation établie schématiquement par la Constitution. Autrement dit, tout système aussi bien structuré qu'il le paraît, se caractérise par un mouvement de balancier (dialectique permanente) entre le principe fondamental de hiérarchie, qui est sa colonne vertébrale et son support et la condition de son unité et de sa perfectibilité, et des facteurs de perturbation et de désordre, toujours renaissants. Il ne s'agit pas ici de relever que tout ordre juridique est voué à l'incomplétude et à l'inachèvement, auquel cas on ne pourrait même pas prétendre imaginer l'agencement d'un ordre juridique, facteur essentiel d'équilibre d'un Etat respectant le droit.

10 Louis FAVOREU, *Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, RDP 1967, pp. 5-120. En fait, l'expression est celle du Conseil constitutionnel français dans sa décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962 (Recueil C.C., p. 27): « *il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* ».

11 Décision n° 1-DL-CC-89 du 20 août 1989 relative au code électoral.

12 Décision n° 2-DL-CC-89 du 30 août 1989 relative au statut du député.

13 Décision n° 1 précitée, Décision n° 2 précitée; Avis n° 1 -AL-CC-89 du 28 août 1989 relatif au règlement intérieur de l'Assemblée Populaire Nationale; Avis n° 4-AO-CC-97 du 19 février 1997 relatif à la constitutionnalité de l'article 2 de l'ordonnance portant découpage judiciaire, adoptée par le Conseil de transition le 6 janvier 1997... Le Conseil n'a cessé depuis de s'y référer.

14 Décision n° 1 précitée; Avis n° 1-AOLO-CC-97 du 6 mars 1997 sur la conformité à la Constitution de l'ordonnance portant loi organique relative aux partis politiques

15 Décision n° 4 DL-CC-91 du 28 octobre 1991 relative à l'alinéa 2 de l'article 54 de la loi n° 91-17 du 15 octobre 1991 modifiant et complétant la loi n° 89-13 du 7 août 1989, portant loi électorale.

16 Cf. Gérard TIMSIT, *Sur l'engendrement du droit*, RDP 1988, pp. 39-75.

17 Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Einsenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 7.

I - PROPOS INTRODUCTIFS SUR L'ORDRE JURIDIQUE ALGÉRIEN

Il faut convenir d'abord que l'ordre juridique nouveau n'est pas sorti du néant, auquel cas on se croirait en pleine mythologie. Mais faut-il aussi savoir qu'en l'absence des travaux préparatoires de ce nouvel ordre (c'est-à-dire principalement la Constitution qui le préfigure), toutes les spéculations intellectuelles sont permises y compris celle, et c'est l'hypothèse la plus facile à soutenir, qui consiste à dire que cet ordre s'inspire grandement d'un ordre étranger à qui il a emprunté les mécanismes, les rapports et les agencements entre les pouvoirs publics et même la philosophie¹⁸, mais sûrement pas l'âme et l'histoire politique et sociale sur laquelle il repose. En tout cas, qu'il soit emprunté, copié ou repris, tout Etat aussi arriéré soit-il, a besoin d'un ordre juridique. Que celui-ci soit ou non hiérarchisé soulève un autre problème qui a d'ailleurs fait l'objet de grandes divergences doctrinales sous d'autres cieux¹⁹.

Parallèlement et contrairement à certains textes fondamentaux de l'Algérie depuis son indépendance, c'est le juge, particulièrement le juge administratif, qui a toujours sanctionné le non-respect par les normes inférieures des normes supérieures. Il appréhendait le respect du Droit à travers un ordre juridique ordonné et hiérarchisé presque en harmonie avec les fondements de l'Etat de droit, ce qui semble fort surprenant à première vue et qui ne constitue pas quant au fond une révélation de taille, notamment pour ceux qui connaissent le juge administratif impliqué du fait de ses attributions au contrôle des actes de la « redoutable » administration d'antan²⁰. En veillant, tant soit peu, au respect du Droit, il ne fait quant au fond que défendre l'idée que l'Etat sans Droit ne serait pas vraiment et complètement l'Etat²¹. C'est pour cette raison, et elle est la seule, que le contrôle de constitutionnalité malgré l'hostilité qui l'entoure, les attaques périodiques et les pressions dont il continue à faire l'objet notamment en période électorale, il demeure le mécanisme par excellence qui participe à la promotion du Droit et au renforcement d'un ordre juridique stable exigeant respect et soumission. Et s'il est considéré, même par certains spécialistes, comme remplissant le rôle peu glorieux de « chien de garde » de l'Exécutif

18 Ce qui est relativement faux puisque les autorités chargées de la production « réglementaire », même si elles appartiennent au même pouvoir, elles ne sont ni assimilables ni les mêmes, d'autant plus que le régime constitutionnel algérien qualifié de semi-parlementaire est en réalité un régime qui côtoie le présidentielisme.

19 C. Einseman, étude précitée. En effet, avant la création du Conseil constitutionnel français, une certaine doctrine considérait que l'ordre juridique français n'était pas hiérarchisé puisque le respect de la Constitution n'était pas garanti et qu'ainsi la loi pouvait l'enfreindre sans encourir une quelconque sanction.

20 Il faut bien évidemment ajouter à ce propos qu'il s'agit là d'une sorte de réflexe puisque le juge administratif de l'excès de pouvoir accomplit son contrôle par rapport à des normes et qu'il les apprécie en fonction de leur nature supérieure ou inférieure.

21 Cf. R. CHARLIER, *L'Etat et son droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984.

puisqu'il est *enrôlé* par celui-ci à empêcher tout écart et toute réaction de rejet du Parlement, il n'est pas sans intérêt de relever que le Conseil constitutionnel n'a pas particulièrement l'œil soupçonneux et suspicieux qu'on lui prête sur celui-ci en tant qu'organe jouissant d'une autonomie singulière (du fait du principe de la séparation des pouvoirs). D'une part, il ne fait qu'exercer une compétence d'attribution qui lui est fixée par le Constituant. D'autre part, l'exercice d'une telle compétence n'est effectué que sur les actes législatifs de ce dernier en tant qu'institution impliquée par les enjeux de pouvoir. Et à ce titre, le Conseil constitutionnel est lui-même tenu de respecter et la Constitution et l'ordonnancement juridique existant sans oublier pour autant que soient rares, très rares, les lois qui sont soumises à son contrôle et à sa vigilance juridiques²². Bien sûr et comme toute institution suprême, il est lui-même amené de temps à autre par la force entraînant de l'interprétation à rejoindre le « gouvernement des juges » et même à réécrire la loi oubliant qu'il n'est pas une « troisième chambre du Parlement ». Mais il est nécessaire de signaler en même temps, en faisant appel au droit comparé, que la plupart des institutions chargées du contrôle de constitutionnalité, ont procédé de cette façon en premier pour faire comprendre, semble-t-il, aux Parlements qu'il existe un ordonnancement juridique hiérarchisé qu'ils doivent respecter en élaborant la loi. De surcroît et pour ne point rejeter les lois dont seulement certaines de leurs dispositions sont anticonstitutionnelles, elles ont été amenées à élaborer des techniques de contrôle assez perfectionnées et même sophistiquées, ce qui n'a pas manqué d'attirer critiques et observations les qualifiant tantôt de « Constituant », tantôt « d'organe légiférant » et bien sûr de « gouvernement de juges ».

En somme, ces remarques montrent que le juge, quel que soit son rang, participe directement et/ou indirectement au façonnement de l'ordre juridique. Celui-ci, appréhendé concrètement mais à partir d'une conception juridique précise, subit continuellement des variations et fait l'objet de façon permanente de modifications. C'est le cas de l'ordre juridique algérien depuis l'indépendance qui a souffert de négations et de moult remaniements, ordre qu'il y a lieu de décrire au moins dans ses grands traits.

1 - Reconstitution d'un ordre, constitutionnalisation d'un nouvel ordre et « absence d'ordre »

Au lendemain de l'indépendance, une loi du 31 décembre 1962 a reconduit la législation française jusqu'à nouvel ordre. Cette loi ne sera abrogée que le 05 juillet 1975. Est-ce à dire pour autant que l'ordre juridique français ait été réceptionné en tant que tel et respecté jusqu'à cette dernière

22 R. ETIEN, *La nature juridique des textes soumis au contrôle de constitutionnalité*, La Revue Administrative, 1984, n° 239, p. 450.

date ? Sûrement pas car entre-temps de nombreuses lois et ordonnances (législatives) sont intervenues et surtout une nouvelle Constitution a été adoptée (celle du 10 septembre 1963) avec tout ce que cela implique. Ainsi, le seul enseignement à recueillir de cette reconduction est celui d'une non-rupture du flux juridique ; donc faute d'un ordre juridique *national*, le pays bénéficiait au moins de l'existence d'une législation et bien entendu d'un ordre même s'il était factice. Ce qui d'un point de vue normatif n'a aucun sens finalement. Les normes étaient là et il y avait en plus un agencement. Sauf que la Constitution de 1963 a introduit une nouvelle vision juridique par rapport à celle de la Constitution française de 1958 et a par conséquent institué un nouvel ordre juridique.

Et abstraction faite du contenu de cette Constitution et de l'organisation des pouvoirs publics qu'elle a mis en place, il n'y a à retenir pour notre propos que son adoption de deux principes importants, à savoir le principe de la séparation des pouvoirs et celui du contrôle de constitutionnalité des lois et ordonnances (article 64). Ce qui veut dire d'une part que la Constitution était considérée comme norme supérieure et la loi comme norme inférieure. Cette hiérarchisation était garantie par le Conseil constitutionnel. D'autre part, la séparation des pouvoirs qui implique une délimitation des compétences entre le Parlement et l'Exécutif dans la production normative n'était pas consacrée par la Constitution puisque aucun des domaines de la loi et du règlement n'était défini. Ce qui indique que les champs de la loi et du règlement se superposaient et s'imbriquaient. Et le Conseil constitutionnel prévu aurait été bien malin de pouvoir dire ce qui relevait de la loi et ce qui revenait au règlement. Par conséquent, la supériorité du règlement était aussi concevable que celle de la loi. Plus que cela, elle était la plus concevable au regard de l'organisation des pouvoirs publics et la nature du système politique choisi. La hiérarchie des normes qui est le corollaire de tout ordre juridique semblait être une préoccupation seconde en ces temps de grande mue. Et le Conseil constitutionnel qui seul pouvait encore apporter certains éclaircissements est demeuré absent puisqu'il n'a jamais été institué. La mise en œuvre de l'article 59 de la Constitution relatif à l'état d'exception a finalement ruiné totalement la conception et la construction de cet ordre juridique naissant.

Après le coup d'état du 19 juin 1965, une ordonnance du 10 juillet de la même année, qualifiée par certains de «*petite Constitution*» dans une tentative désespérée pour combler le vide juridique, a été adoptée par le Conseil de la Révolution, entité *sui generis*, détentrice de pouvoir impérial, a défini le nouvel agencement des pouvoirs publics. C'est ainsi que ce Conseil a été érigé en organe légiférant (par ordonnances) et le Gouvernement en Exécutif. Sauf que les deux organes étaient d'une part présidés par la même personne (Houari Boumédiène) et d'autre part, la plupart des membres de ce Conseil étaient aussi membres du Gouvernement. Les deux organes ne constituaient en fait qu'un seul et la distinction n'était même pas formelle. Le pouvoir de législation (Conseil de la Révolution)

et celui de la réglementation (Chef de l'Etat) étaient détenus par une seule autorité, en l'occurrence le Chef de l'Etat. Aussi, serait-il aberrant dans ce cas de parler de Droit, encore moins de l'existence d'un ordre juridique ainsi que d'une hiérarchisation des normes. Cette période ainsi que la précédente auront de cette façon privé l'Algérie du Droit pendant une longue période. Leurs conséquences sur l'éducation juridique de la société seront amplement ressenties.

2 - La Constitution de 1976 et la renaissance d'un ordre juridique

Le texte de 1976 n'a fait que codifier le système politique en place depuis 1965 en lui conférant bien entendu le caractère de système constitutionnel. Il a mis également en place un ordre juridique sans retenir les deux principes précités de la Constitution de 1963, à savoir le principe de la séparation des pouvoirs et celui du contrôle de constitutionnalité. A leur place, le Constituant de 1976 a préféré le *système de fonctions* afin de préserver l'unité de la Nation d'après les arguments avancés. Par contre, il a eu le mérite de délimiter les domaines de la loi et du règlement (article 152) en énumérant limitativement les attributions de l'APN ; celles qui n'étaient pas expressément mentionnées revenaient au Président de la République, détenteur du pouvoir réglementaire. Or aucun mécanisme juridictionnel n'a été prévu pour veiller au respect de cette délimitation. Ainsi, la suprématie de la Constitution est demeurée présumée car le législateur pouvait l'enfreindre à tout moment. Seule la loi semblait jouir de cette primauté par rapport au règlement dans la mesure où elle était garantie principalement par le juge administratif chargé de contrôler la légalité des règlements. A cela, il faut ajouter que l'article 159 de la Constitution conférerait « force de loi » aux traités internationaux et les situait au même niveau que la loi, ce qui augurait un conflit de normes entre traité et loi et posait automatiquement un problème de hiérarchisation des normes au sein de ce nouvel ordre juridique. En somme, avec une telle hiérarchisation, le nouvel ordre juridique paraissait plus comme l'otage d'une vision politique au sein de laquelle le Droit ne jouait qu'un rôle marginal. Il fallait attendre l'avènement de la Constitution de 1989 (ainsi que celle de 1996) pour que cet ordre se débarrasse de ses ambiguïtés et de ses incohérences.

3 - Les Constitutions de 1989 et 1996 et l'instauration d'un ordre juridique nouveau

En rompant avec la vision politique et idéologique portée par la Constitution de 1976, les deux Constitutions de 1989 et 1996 corrigent les imperfections de l'ordre juridique précédent en ce qui touche la hiérarchie des normes. D'abord, elles sont revenues aux principes de la Constitution de 1963 de la séparation des pouvoirs et du contrôle de constitutionnalité. Elles ont retenu ensuite le principe du multipartisme, de la dualité de

juridictions (de droit commun et administrative) et surtout une nouvelle conception des droits et libertés de l'individu. En libéralisant le système politique et en le démocratisant notamment, le Droit reprend une certaine place au sein de l'Etat. Celui-ci ne pouvant plus ignorer, il est vrai, un environnement international dominé par la politique de force et de la pression. La proclamation de son attachement à la politique internationale de respect des droits de l'homme et son observation des préceptes gouvernant l'Etat de droit s'imposaient à lui comme une sorte de sauf-conduit pour lever le blocus qui lui a été imposé de fait. La lutte contre le terrorisme a été assimilée intentionnellement par « un jeu de passe-passe politicien » à une atteinte aux droits de l'homme.

En tout cas, tous les mécanismes inscrits dans la Constitution impliquent une nouvelle dynamique autre que celle qui a prévalu avant 1989. C'est ainsi d'ailleurs que le Constituant a déterminé une stricte délimitation des domaines de la loi et du règlement²³ et a consacré la suprématie de la Constitution par la création du Conseil constitutionnel, véritable garant de son respect, non seulement par le Parlement mais également par le détenteur du pouvoir réglementaire qu'est le Président de la République²⁴. Ainsi, le Parlement ne peut plus enfreindre les dispositions constitutionnelles sans encourir le risque de voir ses actes perdre leurs effets ou réécrits lorsque celui-ci est bien entendu saisi pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois qui lui sont déférées. Auquel cas, elles resteront valides. Et c'est le principe, l'exception étant la saisine²⁵. Par ailleurs, le Constituant de 1996 a introduit la notion de « loi organique ». Celle-ci se différencie de la loi ordinaire tant par son domaine propre que par la procédure suivie pour son adoption par le Parlement. De plus, elle est soumise avant sa promulgation *obligatoirement* au Conseil constitutionnel pour un contrôle de conformité²⁶. Ce qui lui confère en somme une certaine solennité. Le Constituant n'a donné aucune indication à ce propos, c'est-à-dire si celle-ci est supérieure à la loi ordinaire ou se trouve au même niveau. Le Conseil constitutionnel y remédiera par la suite²⁷.

S'agissant des traités internationaux, l'ambiguïté de la Constitution de 1976 est définitivement levée puisque ceux-ci sont dorénavant considérés comme « supérieurs à la loi »²⁸. Mais la question relative au contrôle de constitutionnalité des traités reste posée au regard des effets induits par

23 V. Abdelmadjid DJEBBAR, *Loi et règlement dans la Constitution de 1996*, Revue IDARA, Ecole Nationale d'administration, Vol.7, n°1, 1997, pp. 7-13 ; Saïd BOUCHAÏR, *Le domaine de la loi dans les Constitutions de l'Algérie, du Maroc et de la Tunisie*, Revue IDARA, ENA, vol. 1, n° 2, 1991, pp. 3-32 (article en arabe).

24 En vertu de l'article 165 de la Constitution (1996), le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois et règlements.

25 Pour plus de précision cf. infra.

26 Article 123 de la Constitution de 1996.

27 Cf. infra.

28 Article 132 de la Constitution de 1996.

une probable non-conformité à la Constitution. En effet, si le traité n'est pas encore ratifié, le problème est résolu par l'article 168 de la Constitution qui indique expressément : « *Lorsque le Conseil constitutionnel juge qu'un traité, accord ou convention est inconstitutionnelle, sa ratification ne peut avoir lieu* ». Par contre, lorsque celui-ci est déjà ratifié, « la situation qui en découle est presque irréaliste : un traité ratifié générateur d'obligations internationales pour le pays est paralysé faute de son inconstitutionnalité »²⁹. L'impasse juridique est manifeste.

Enfin, malgré certains questionnements sur lesquels on reviendra plus loin, l'ordre juridique mis en place semble jouir d'une certaine rationalité normative par rapport à ses prédécesseurs dans la mesure où la suprématie de la Constitution est consacrée à l'image d'un ordre juridique induit par l'Etat de droit. En effet, ce dernier, on le sait, requiert un ordre juridique, disons-le, *spécifique*, avec une certaine structure ayant pour objet la primauté du Droit, seul le Droit, en dehors des contingences morales, religieuses ou politiques.

II - LA STRUCTURE DE L'ORDRE JURIDIQUE ÉTATIQUE OU LA PERSPECTIVE D'UN ETAT DE « DROIT »

Il nous semble en premier lieu nécessaire de s'arrêter quelque peu sur la notion d'ordre juridique qui a polarisé jusqu'ici notre attention dans sa dimension hiérarchique³⁰. Certes, celle-ci est un de ses éléments essentiels, mais elle ne constitue qu'un élément. Un ordre juridique, quel qu'il soit, est d'abord une synthèse théorique, une approche philosophique du Droit. Il va de soit qu'une valeur toute relative sera attachée à un tel ordre si celui-ci est pensé autrement, c'est-à-dire sans référents conceptuels et ne répondant pas à une vision de gouvernement pour être précis. Car on n'élabore pas un ordre par « fétichisme » ou comme façade. Plus, la théorie constitutionnelle, à qui nous avons fait appel, nous a servi seulement, telle une unité de mesure, à décrire l'existence objective d'une hiérarchie des normes, à affirmer la qualité supérieure de la Constitution, de la loi et par conséquent à déduire que cette suprématie implique le contrôle de la conformité des lois à la Constitution. En même temps, on a essayé d'éviter les reproches faits à cette théorie par des références empiriques relatives à l'expérience algérienne pour s'éloigner des constructions métaphysiques fortes attrayantes. Bien sûr qu'on a fait certaines appréciations de valeur

29 Abdelmadjid DJEBBAR, *La politique conventionnelle de l'Algérie*, OPU, 2000, pp. 289 ; *Réflexions à propos de la première décision du Conseil constitutionnel relative à quelques problèmes se rattachant aux traités internationaux*, Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, 1996, n°1, pp. 141-166. V. aussi Ahmed MAHIOU, *La Constitution algérienne et le droit international*, RGDIP 1990, pp. 419-452. 30 Cf. Santi RAOMAN, Lucien FRANCOIS et O. GOTHOT, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

politique entre autres, mais celles-ci n'ont évidemment aucune portée juridique et n'ont aucun rapport avec la théorie générale du droit. Ces remarques ont été émises d'une part au regard des prétentions de droit proclamées tout haut par les gouvernants, et d'autre part par rapport aux textes de droit adoptés. Et c'est justement à ces deux niveaux que doit se situer l'analyse juridique. Ainsi par exemple, les autorités actuellement proclament officiellement leur adhésion à l'Etat de droit, il s'agit donc d'un point de vue théorique qu'il y a lieu d'expliquer le contenu et de dévoiler si cette adhésion est vraiment effective ou seulement fictive ou bien encore seulement partielle, c'est-à-dire qu'il s'agit en fait d'une autre doctrine qui constitue le fondement des normes posées, ou de plusieurs pour être plus précis, car cela répond à des préoccupations empiriques³¹. En somme, une telle approche peut paraître plus féconde pour l'analyse de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, le Conseil constitutionnel algérien, comme toutes les institutions du contrôle de constitutionnalité, base ses avis et ses décisions sur des thèses doctrinales, soit que le Constituant s'y réfère, soit qu'il considère que ces thèses expriment des principes ou des idées non écrits de droit positif. Et dans les deux cas, il leur procure, en général de façon implicite, un contenu nouveau³². Par exemple, et c'est le plus classique des exemples, le Conseil constitutionnel s'appuie sur le principe d'égalité dans un avis ou une décision pour autoriser certaines discriminations. Il n'est pas juridiquement valide de dire ou d'écrire qu'il a bien ou mal appliqué le principe, mais de préciser que le principe d'égalité sur lequel il s'est basé et qui constitue dorénavant le fondement des normes juridiques, se doit d'être désormais compris comme permettant ces discriminations. Et le rôle de la doctrine serait alors celui de rechercher qu'elle est la signification de l'égalité qui est présumée par le nouveau principe³³. La même analyse peut être entreprise à propos du principe de la séparation des pouvoirs ou de celui qui fait que la loi soit considérée comme l'expression de la volonté générale, ou encore celui du droit de vote personnel. Les avis et décisions du Conseil constitutionnel sont à ce sujet assez indicatifs.

Et il va de soi que pour entreprendre une telle analyse, il est essentiel de connaître le signifiant d'un ordre juridique avant de dire que celui-ci est pyramidal ou que c'est un ordre de contrainte selon la conception kelsénienne. Cela ne doit pas bien entendu nous faire oublier les confrontations doctrinales à propos du positivisme et du normativisme³⁴,

31 V. Michel TROPER, *Souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 9, 2004.

32 Ibid.

33 Ibid.

34 Cf. pour une vue générale GOYARD-FABRE Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1982 ; Santi ROMAN, Lucien FRANCOIS et P. GOTHOT, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

et notamment la célèbre discorde entre Paul Amselek et Michel Troper³⁵ à propos de l'ordre juridique et sa caractéristique pyramidale. Il s'agit de vérifier si vraiment le Conseil constitutionnel puise ses référents dans certaines théories et si sa jurisprudence en est un reflet. Mais il est important de préciser en même temps que cette jurisprudence n'est que celle qu'il croit comprendre de ces théories et de ce qu'il est en son pouvoir de dire selon ses interprétations à l'aune de ses motivations. Donc, qu'est-ce un ordre juridique ? Qu'elle est sa structure ? Sachant bien que l'objectif, et il est absolument nécessaire de le dire, est de proposer la sémantique juridique du Droit et de l'Etat, donc de l'Etat de droit, afin d'expurger Droit et Etat des tonalités morales, idéologiques et politiques, facteurs perturbateurs d'une approche purement juridique. Il s'agit là d'ailleurs de l'objectif premier d'un Conseil constitutionnel, organe de régulation mais surtout organe chargé de veiller au respect de la Constitution, texte juridique fondamental de l'Etat.

1 - Ordre juridique : notion et structure

Parler d'ordre juridique pour en savoir la signification exige d'abord la définition de la norme, car l'ordre juridique tel qu'on l'appréhende le plus souvent est présenté comme étant fait de normes de droit. Dire que l'ordre juridique est « un ensemble de normes » revient à le définir par ses éléments. Ce qui est tautologique. La norme se définit du fait de son appartenance à un ordre normatif. Et en tant qu'acte de volonté, c'est-à-dire une proposition ayant la signification d'une norme, elle ne le deviendra que si une norme supérieure lui confère cette caractéristique ; donc la normativité ne s'acquiert que dans le cadre d'un ordre normatif : « Une certaine proposition n'a... la nature d'une norme qu'en raison de sa relation avec une autre norme, qui elle-même est dans un rapport identique avec une norme encore supérieure. Un acte a la signification objective d'une norme en raison de son insertion dans un ordre normatif »³⁶. Ainsi, l'ordre juridique ne peut se suffire d'être considéré comme une collection de règles juridiques, auquel cas on perdra de vue sa raison d'être et sa fonction. Car à côté de l'ordre juridique et il ne faut pas l'ignorer, il existe d'autres ordres : il y a un ordre moral, un ordre religieux, comme il y a aussi un autre « maffieux » et tant d'autres de toute façon. Comment alors différencier le premier de ces derniers ? Certes les éléments inhérents à un ordre juridique que sont la hiérarchisation et la contrainte sont importants comme critères de différenciation, mais ils ne sont pas suffisants. On pourrait dire comme M. Troper qui explicite l'idée de H. Kelsen, qu'un ordre juridique est « *un ordre immanent de contrainte* »³⁷. Mais cette contrainte

35 Paul AMSELEK, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, RDP 1987, n°1, pp. 5-19 ; Michel TROPER, *La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek*, RDP 1987, n° 7, pp. 1523-1536.

36 Op. cit., p. 1525.

37 Ibid.

se retrouve aussi au sein d'autres ordres non-étatiques. Mais si on s'écarte quelque peu pour rapporter l'ordre juridique à l'Etat, l'appréhension prend alors une signification symptomatique. En effet, l'ordre juridique dont il est question n'est pas celui de n'importe quelle organisation, il est celui de l'Etat. Ce rapport unique confèrera à l'un et à l'autre une dimension que l'on ne trouve pas ailleurs. Et c'est justement à ce niveau que l'on mesure la grande profondeur de la théorie de Kelsen, et non pas au niveau de l'analyse de la norme³⁸ : le Droit ne peut être que celui de l'Etat³⁹, dans un système qui est celui d'un Etat de droit qui est puissance et volonté, un ordre de contrainte soumis à une norme fondamentale. Donc le Droit est en quelque sorte l'Etat. Aussi, Etat et Droit ne sont qu'un même phénomène. Ainsi, on déduira que l'Etat est l'ordre normatif qui règle la conduite des individus le composant et non pas l'ordre social de dirigeants exerçant leur pouvoir sur leurs dirigés où l'appareil politico-administratif détient le monopole de la contrainte. Enfin, l'Etat est un ordre juridique positif dans lequel le pouvoir ne peut être exercé que dans la forme juridique par des dirigeants juridiquement désignés, sur des dirigés juridiquement définis. Plus précisément, l'Etat de droit qui est un ordonnancement juridique présuppose la mise en valeur de l'Etat en tant qu'institution impersonnelle et apolitique. Les politiques proclamées par les autorités en tant que programme politique sont importantes, mais pas essentielles. Elles sont marquées du sceau de la temporalité, l'Etat en diffère.

Par ailleurs, on l'a déjà dit, ce qui distingue fondamentalement l'ordre normatif juridique de celui d'un ordre social non étatique, c'est que le premier est un ordre de contrainte imposant sa volonté par la sanction *valide*. Mais c'est aussi un ordre présentant un agencement précis, une *structure*. Tout d'abord, c'est un ordre *hiérarchisé statique et dynamique*. Il est statique en ce sens que chaque norme se doit d'avoir un contenu conforme, ou tout au moins compatible (non-contrariété), avec une norme supérieure. Et il est dynamique dans la mesure où chaque norme ne peut être posée que conformément à une procédure prescrite par une norme supérieure⁴⁰. Et à ce propos, il n'y a pas de mystère dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui adopte pleinement cette analyse que l'on

38 Il va de soit que cela ne veut aucunement dire que le sujet est secondaire.

39 L'apport de Carré de MALBERG (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 volumes, Paris, Sirey, 1920 et 1922, réimpression CNRS, 1962) est capital à ce niveau dans la mesure où pour lui Etat et Droit sont dans un rapport intime au point que les deux n'en forment qu'un : l'Etat a le monopole de la force publique et le Droit ne peut exister en dehors de l'Etat. « *Le droit c'est la règle qui, dans un Etat déterminé, s'impose au respect des individus à raison de sa sanction dont l'ont assorti les autorités organiquement constituées pour l'exercice de la puissance publique* ». Voir également son ouvrage, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, Paris, 1933.

40 Cette analyse, celle de Kelsen (*Théorie pure du droit*, op. cit.) a fait l'objet d'une critique ciblée et assez brutale de la part de Paul Amselek, op.cit., pp. 12-13. Voir la réponse de Michel Troper, op. cit., pp. 1530-1532.

retrouve notamment dans les visas de ses avis et décisions. Bien sûr que dans certains de ses avis, il s'appuie sur des lois antérieures et non seulement sur la Constitution, mais il s'agit là d'un problème autrement plus délicat sur lequel on reviendra plus loin et qui montre un des paradoxes de la hiérarchie des normes qu'adopte le Conseil constitutionnel.

En dernier, si l'ordre juridique étatique est hiérarchisé, il est aussi *pyramidal*. En ce sens qu'à partir des actes de volonté des fonctionnaires de base, les plus nombreux, il remonte de degré en degré dans la hiérarchie politico-administrative jusqu'aux actes de volonté des hautes autorités, les moins nombreux, actes de volonté qui sont eux-mêmes soumis aux normes constitutionnelles qui se trouvent au sommet de la pyramide des normes hiérarchisées.

Enfin, un ordre juridique est celui qui règle lui-même sa production normative. Ce qui lui confère unité et validité. Une norme supérieure règle les conditions de la norme inférieure ou même celle qui est inférieure à celle-ci⁴¹. La validité du système découle du fait que la Constitution détermine la validité d'autres normes qui elles-mêmes détermineront la validité d'autres normes jusqu'à la norme déterminant les procédures de l'exécution d'un acte de contrainte⁴². Et d'après Kelsen, c'est l'*hypothèse de la norme fondamentale* qui détermine la validité de la Constitution⁴³. Le droit qui règle ainsi sa propre production la hiérarchise en même temps. Il s'agit ici de ce qui est appelé « rapport de production des normes ». Or cet ordonnancement normatif n'est pas une fin en soi. Il répond à des préoccupations et remplit nécessairement une fonction.

2 - Fonction de l'ordre juridique

La séparation du droit de ses fondements moraux et idéologiques pour en faire une technique de régulation répond à un objectif précis : mettre le droit au service de l'Etat et débarrasser celui-ci, qui est au centre des préoccupations humaines, des éléments pouvant vicier son évolution naturelle. C'est ainsi que l'on saisira la portée première des termes de la construction qui indiquent que les actes de tous les acteurs juridiques seraient respectueux des hiérarchies et seules les procédures de formation des normes mises en place permettraient la validité et la juridicité de ces actes ; c'est-à-dire que la production des normes est régie par des modalités procédurales préétablies. La validité d'une norme est liée à la procédure de sa formation : elle est valide si elle est conforme à la norme supérieure de la procédure selon laquelle elle a été posée. Ce qui veut dire que la

41 Cela veut dire par exemple que la Constitution peut régler la production de la loi, mais aussi du règlement et même certaines normes individuelles.

42 Otto PFERSMANN, *Carré de MALBERG et la « hiérarchisation des normes »*, Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC), 1997, n° 31, p. 487.

43 Cette *hypothèse* est réfutée par un large pan de la doctrine du fait qu'elle introduit un élément a-juridique dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen.

loi doit être formellement conforme à la Constitution, le décret doit être formellement conforme à la loi, l'arrêté doit être formellement conforme au décret, la décision juridictionnelle doit respecter la procédure etc... .

Or la construction d'un tel édifice juridique hiérarchisé ne renseigne pas pour autant sur sa fonction et sa finalité pour lesquelles il a été mis en place. La recherche doit donc se porter en dehors de cet édifice et à l'écart même du champ juridique. On a beau croire Hans Kelsen sur *l'hypothèse de la norme fondamentale*, celle-ci ne peut trouver son enracinement ou plus précisément sa raison d'être que sur le plan non juridique⁴⁴. Ainsi, l'ordre juridique pyramidal hiérarchisé est le résultat d'abord d'une certaine conceptualisation théorique qui elle-même d'ailleurs trouve ses fondements ou ses référents sur un autre plan autre que juridique. Cette conceptualisation, on le sait, fait suite à des événements historiques coïncidant avec la montée des idées bourgeoises et libérales. Mieux encore, l'ordre juridique est l'expression formelle d'une certaine conception du pouvoir⁴⁵. Et il serait certainement très intéressant de voyager dans le temps pour aller en Allemagne du début du XIX^e siècle non pas pour assister aux événements historiques mentionnés en haut, mais pour assister à la naissance et suivre la maturation du mouvement intellectuel qui va traverser contre vents et marées trois siècles d'histoire⁴⁶. Ce mouvement qu'on vient de qualifier d'intellectuel et qui est apparu sous la Monarchie absolue, est celui-là même qui est à l'origine des idées ayant fondamentalement préparé l'émergence de la nouvelle conception de l'Etat, une forme tout à fait particulière de l'Etat, c'est-à-dire l'Etat libéral en perspective. C'est ainsi que l'expression *Etat de droit* est apparue sous la plume de trois juristes allemands (Théodore Welcker, Johan Christoph Freiherr von Aretin et bien sûr le plus connu d'entre eux et à qui on attribue la paternité de

44 C'est la raison pour laquelle Paul Amselek critique cette façon de voir de Hans Kelsen lorsqu'il écrit : « *L'idée selon laquelle des normes constituent un ordre lorsqu'elles tirent leur principe de validité d'une norme fondamentale unique est une pure pétition de principe. C'est en quelque sorte, une conception monastique de l'ordre juridique* », op. cit., p. 10.

45 Et l'on comprend fort bien Paul Amselek que l'on cite encore quand il précise : « *On peut... parfaitement concevoir l'ordre juridique d'un Etat - et c'est dans ce sens qu'on le conçoit couramment en pratique - comme désignant simplement l'ensemble des normes juridiques en vigueur dans cet Etat, le mot même d'ordre ou de système impliquant seulement cette connotation que ces différentes mesures juridiques ne sont que des éléments autonomes juxtaposés, mais des éléments d'un tout qui se combinent entre eux comme les mesures d'une mélodie, puisqu'il s'agit de régler la vie dans la Cité. Si l'on veut, le droit est une espèce de technique combinatoire de par sa finalité même qui transcende chacune des normes qui le composent : il vise à modeler les comportements à l'intérieur d'une population humaine, et c'est pourquoi les autorités qui émettent les normes juridiques sont des autorités « publiques », des dirigeants « publics », c'est-à-dire des conducteurs de peuple... . Mais cette connotation combinatoire contenue dans l'expression « ordre juridique » renvoie implicitement au contenu des normes juridiques, et non à leur validité », op. cit., pp. 10-11.*

46 Cf. Jacky HUMEL, *Etat et ordre juridique dans la doctrine publiciste allemande du XIX^e siècle*, Revue Droits, 2000, n° 25.

l'expression Robert von Mohl)⁴⁷. Pour ces auteurs, « L'Etat de droit est un Etat de droit rationnel, cet Etat qui réalise dans la vie en commun des êtres humains et pour leur vie en commun, les principes rationnels tels qu'ils ont été dégagés par la tradition du droit rationnel »⁴⁸.

On ne fera pas bien entendu ni la description ni l'analyse des idées se rattachant à ce concept⁴⁹. Celui-ci a une longue histoire, c'est l'histoire de la pensée allemande, berceau du *Rechtsstaat* dès le XIX^e siècle⁵⁰. Mais on relèvera seulement que la théorie (ou les théories) de l'Etat de droit a eu un impact considérable et décisif sur la transformation de l'Etat en Etat moderne avec ce que cela signifie et implique⁵¹. Comme on retiendra sa conceptualisation de la relation entre Etat et droit au point que les auteurs normativistes considèrent qu'Etat et droit expriment la même notion et que la distinction est non seulement futile, elle est impossible puisque Etat et droit ne peuvent être envisagés indépendamment l'un de l'autre. En effet, Kelsen va encore plus loin car d'après lui il est inutile de chercher à distinguer le droit de l'Etat et que l'expression « Etat de droit » n'est qu'une pure et simple tautologie, « un pléonasme », tout Etat étant nécessairement, en tant qu'ordre juridique, un Etat de droit⁵². Il va de soi qu'une telle approche encourt certains reproches notamment celui relatif à son analyse tendant à « camoufler »⁵³ les significations politiques et idéologiques de l'Etat de droit qu'il a toujours revêtues. Et ce n'est certainement pas au nom d'un formalisme pur et dur que le contenu d'une notion puisse être purement et simplement évacué.

En tout cas et sans aller plus loin, l'ordre juridique hiérarchisé a sans aucun doute une fonction qui a surtout permis le renouvellement des fondements conceptuels du droit public en le mettant en conformité avec la nouvelle idéologie libérale. Sauf qu'il ne faut pas sous-estimer, et l'histoire l'a confirmé, que la dialectique plate qu'il crée entre Etat et droit peut se transformer en une dialectique infernale amenant par la petite porte des régimes autoritaires et despotiques (le nazisme en Allemagne). En effet, même si le droit tire son origine du *Volksgeist* (vie du peuple), il ne doit

47 V. Ernst-Wolfgang BOCKHENFORDE, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Essais réunis et traduits par Olivier JOUANJAN, Bruyant-LGDJ, 2000, pp. 128-129.

48 Ibid.

49 La bibliographie sur le sujet est considérable, on ne retiendra que quelques références. Jacques CHEVALIER, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1999 ; Michel TROPER, *L'Etat de droit*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1993 et, *Sur le concept de l'Etat de droit*, Revue Droits, 1995, n° 15, p. 59 ; Dominique Rousseau, *L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières*, ECJS, Aix-Marseille, 2003.

50 Cf. Eric MILLAR, *L'Etat de droit, idéologie contemporaine de la démocratie*, Bulletin mexicain de droit comparé, nouvelle série, an XXXVII, n° 109, mars-avril, p. 117.

51 Cf. Michel HALSBECQ, *L'Etat, son autorité, son pouvoir (1880-1962)*, LGDJ, 1965.

52 Hans Kelsen, op. cit., p. 411.

53 G. Timsit, op. cit.

son existence en fait que dans l'Etat impliquant du coup et la norme et la contrainte. Plus clairement, le caractère de norme juridique n'est conféré qu'aux seules prescriptions édictées et sanctionnées par l'Etat. Celui-ci étant à l'origine du droit, de son contenu et de son ordonnancement, il paraît difficile de croire qu'il s'y soumettrait. Cela ne veut pas dire que la puissance de l'Etat n'a pas de limites, mais dans la mesure où c'est lui qui fixe les règles de droit à ses activités et détermine son organisation interne (l'élaboration de la Constitution par exemple), il ne s'y conformerait que de sa propre volonté. Ce qui revient à dire que l'Etat jouit d'un privilège sans commune mesure : il fixe les règles encadrant l'exercice de ses pouvoirs, mais il peut également les modifier quand il veut. Et c'est à ce titre que les théoriciens de l'autolimitation (notamment Yellinick et Ihering) ont très tôt considéré que si l'Etat ne se conforme pas à son propre droit, il ne fera que saper les fondements de son institution.

Il s'agit là en fait d'un débat ancien, historique pourrait-on dire, mais qui continue à susciter beaucoup d'intérêt puisque l'Etat de droit est paré des vertus positives aptes à réaliser et à défendre les libertés⁵⁴, et que la liberté de décision des organes de l'Etat est limitée par les normes supérieures dont le respect est garanti par l'intervention du juge. Ce qui n'est pas toujours le cas, loin s'en faut : « En sacralisant le droit, l'Etat de droit sacralise le pouvoir dont il émane ; et la juridicisation intégrale des conduites entraîne en pratique l'ingérence de l'Etat dans tous les rapports sociaux. Ainsi, l'Etat providence ne fera-t-il que révéler une contradiction déjà présente au cœur de la théorie de l'Etat de droit »⁵⁵. Si telle est la situation de cette théorie dans sa terre d'élection et dans son propre environnement, elle ne pourrait être qu'en deçà dans d'autres lieux et sous d'autres cieux. En effet, souvent la transposition des institutions de l'Etat de droit, notamment dans les pays en développement, « est purement artificielle, faute de réunion des conditions qui ont permis son épanouissement »⁵⁶. L'Etat de droit s'apparente ainsi à une sorte de proclamation de foi aiguisant de plus en plus un engagement moral ou politique loin des idées qu'il porte et véhicule et surtout loin des encadrements juridiques nécessaires à sa préservation et à sa sauvegarde. Plus précisément, il tend à devenir un *instrument de légitimation* engendrant par-là même le phénomène de « banalisation » qui dépouille toute notion généreuse et noble de ses idées les plus singulières avant même d'entamer réellement sa concrétisation.

Enfin, on retiendra seulement que quelle que soit la signification qu'on attachera à l'Etat de droit⁵⁷, celle-ci ne pourrait être articulée formellement qu'autour d'un ordre juridique hiérarchisé auquel tout le monde, y compris bien sûr les organes de l'Etat, est soumis au droit et reposant sur une

54 Eric Millard, op. cit., p. 113.

55 Jacques CHEVALIER, *L'Etat de droit*, RDP 1988, n° 2, p.375.

56 Op. cit., p. 374.

57 V. Eric Millard, op. cit., p.113 ; J. Chevalier, op. cit.

somme de valeurs sans lesquels il ne serait qu'un instrument, un squelette sans vie dépourvu de dynamisme. L'Etat n'est pas seulement un ensemble de structures, d'institutions et un amoncellement de normes de droit, il est plus que cela même si le droit occupe une place prépondérante et de premier ordre aux fins de régulation sociale⁵⁸ et surtout pour prévenir les comportements irrespectueux de l'ordre établi d'où ils émanent.

En tout cas, le Conseil constitutionnel et quoi que puisse être dit, participe - à son propre niveau - à défendre un ordre juridique hiérarchisé qui renvoie automatiquement à l'Etat de droit tel qu'il l'appréhende et tel qu'il le comprend à travers la Constitution qu'il interprète continuellement.

III - LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LA HIÉRARCHIE DES NORMES

« La constitution est au-dessus de tous, elle est la loi fondamentale qui garantit les droits et les libertés individuels et collectifs, protège la règle du libre choix du peuple et confère la légitimité à l'exercice des pouvoirs. Elle permet d'assurer la protection juridique et le contrôle de l'action des pouvoirs publics dans une société où règnent la légalité et l'épanouissement de l'homme dans toutes ses dimensions ».

Pour peu que le juriste s'attache aux termes de la Constitution, de toute la Constitution, il s'agit là du 9^e paragraphe de son Préambule. Il est fondamental dans la loi fondamentale. D'une part, la Constitution est définie⁵⁹, d'autre part l'ordre juridique est annoncé, enfin la hiérarchie des normes est, avec au sommet la Constitution, révélée. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de rappeler le principe de la suprématie de la Constitution de façon solennelle et explicite dès sa deuxième décision du 30 août 1989 :

« Considérant... qu'il lui (le conseil constitutionnel) appartient de se prononcer sur la conformité à la Constitution de toute disposition normative déferée à son contrôle ».

Il est vrai que le Conseil constitutionnel a eu à discipliner dans sa première décision l'activité normative de l'Assemblée au regard de la Constitution et à préciser le domaine de la loi fixé par celle-ci, mais il n'avait pas pour autant à rappeler à *haute voix* ni sa mission, qui était en

58 V. Peter HÂBERLE, *L'Etat constitutionnel*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 21.

59 La définition que donne Georges Vedel est presque synonyme : *« La Constitution a pour objet d'instituer les règles de droit fondamentales concernant la nature de l'Etat, le régime politique, la désignation des gouvernants et la définition de leurs compétences, des libertés et les droits garantis aux individus et aux groupes sociaux »*, *Qu'est-ce-que la Constitution*, OPUSCITATUM, 2003.

partie encore inconnue, ni le principe de la suprématie de la Constitution qui n'était pas inconnu mais méconnu puisque l'Assemblée appréciait auparavant elle-même la constitutionnalité des lois (Constitution de 1976).

A première vue, la Constitution semble avoir elle-même réglé le problème de la place de certaines normes dans la hiérarchie des normes, et le Conseil constitutionnel n'a a priori qu'à s'y astreindre pour veiller au respect de cette hiérarchisation constitutionnalisée. Or, on le sait, le Constituant hiérarchise rarement toutes les normes produites par les pouvoirs publics, même celles qu'il a mentionnées lui-même dans son texte. Il se limite à définir les domaines respectifs de ces normes et à fixer les compétences de ces pouvoirs. Et c'est justement à partir de là qu'apparaît la mission du Conseil même si ses prérogatives s'arrêtent à la combinaison de quelques normes seulement. En effet, le reste des normes de l'ordre juridique est inexistant pour lui puisqu'il n'est pas chargé de contrôler leur validité et inconstitutionnalité. D'autres juges, notamment le juge administratif, en ont la charge. Et même ainsi, ses prérogatives paraissent lourdes dans la mesure où son contrôle touche les textes fondamentaux de l'Etat. Ce qui n'a pas manqué de lui attirer certaines inimitiés et d'être dans l'œil du cyclone quelquefois. Enfin et pour mesurer sa participation dans l'œuvre de hiérarchisation des normes, il est essentiel de savoir d'abord les prémisses de cette hiérarchisation annoncée par le Constituant et à propos de laquelle le juge constitutionnel s'est prononcé.

1 - Les prémisses constitutionnelles de la hiérarchie des normes

On a déjà parlé de la suprématie de la Constitution que le Conseil constitutionnel lui-même met en valeur puisqu'elle est son texte premier et essentiel de référence. Elle n'est pas la seule évidemment. La Haute juridiction s'est référée, contre toute attente et en plusieurs occasions, à des textes divers comme s'ils faisaient partie du *bloc de constitutionnalité*. Il en est ainsi de certains traités, codes, lois, ordonnances, décrets et même ses propres décisions et avis. Bien sûr, si on considère le bloc de constitutionnalité comme l'ensemble des normes jouissant d'une valeur constitutionnelle auquel sont assujetties les diverses institutions de l'Etat, notamment les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, celui-ci prendra alors une signification assez large risquant de couvrir tout l'ordre juridique. Ce qui lui enlèvera automatiquement cette qualité : bloc de constitutionnalité et ordre juridique seront alors synonymes. Or il est fort probable que cela n'a jamais été l'intention du Conseil et que certaines de ses références

s'apparentent plutôt à des *arguments* ni plus ni moins⁶⁰. Or cette tendance à rechercher ses arguments et justificatifs dans des textes inférieurs, ce qui ne peut ne pas avoir une signification juridique, est dangereuse. Elle donnera quelque part l'impression que le Conseil cherche à se sortir d'une impasse dans laquelle l'Exécutif l'a embarquée. De cette façon, ses avis et décisions risquent de receler des éléments autres que de droit.

Enfin, si le Constituant ne semble pas attentif à hiérarchiser les normes comme on l'a relevé plus haut, il est par contre très attentif à fixer les compétences des pouvoirs publics et à délimiter par conséquent le domaine de la loi et du règlement. Cette approche a bien sûr des conséquences sur l'ordre juridique et partant sur le principe de la hiérarchie des normes. Il n'en demeure pas moins que son intérêt pour la définition de l'ordre juridique et partant la hiérarchisation des normes est apparu au grand jour avec son avis du 8 janvier 2012⁶¹

a - La Constitution

Même si en principe la règle de la suprématie de la Constitution ne pose pas de problème particulier dans la théorie constitutionnelle, elle ne paraît pas pour autant jouir d'effet absolu. Plus clairement, cette suprématie n'est défendue qu'en cas de contestation, c'est-à-dire rarement. Ce qui signifie d'une part que la Constitution est le plus souvent respectée sans que n'intervienne le Conseil constitutionnel et d'autre part qu'elle pourrait subir de graves affronts sans que rien ne se passe. Par conséquent, on peut soutenir facilement que la suprématie de la Constitution se suffit à elle-même et que la place de la Constitution au sommet de la hiérarchie s'impose comme une sorte de « logique juridique incontestable ». La présence d'une Haute juridiction constitutionnelle serait alors beaucoup plus un instrument préventif que sanctionnateur. Certainement, cette façon de voir est contraire à ce qui a été affirmé plus haut à propos de la relation intime entre la Constitution, le Conseil constitutionnel et la hiérarchie

60 M. Yelles-Chaouche Bachir pense que « *le juge constitutionnel ne semble pas vouloir attacher une importance particulière à la forme que peut revêtir la norme de référence, mais plutôt son contenu, c'est-à-dire qu'en descendant à cette échelle de la hiérarchie des normes, il est à la recherche des principes fondamentaux que renferment les textes juridiques* ». (*Le Conseil constitutionnel en Algérie. Du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative*, OPU, 1999, p. 82).

61 Avis n° 01/A.CC/12 du 8 janvier 2012 relatif au contrôle de la conformité de la loi organique relative aux partis politiques, à la Constitution, JORA. n° 02 du 15 janvier 2012.

des normes. Mais il faut convenir qu'il s'agit là de l'image qui nous est transmise de façon permanente par la pratique⁶².

D'autre part et pour revenir sur les termes gouvernant la relation intime entre la Constitution, le Conseil constitutionnel et la hiérarchie des normes, on ne serait pas loin de dire que dans certains cas de figure, cette relation se fait au détriment de la Constitution et que celle-ci y « laisse des plumes ». L'exemple le plus cité et le mieux analysé est celui de l'interprétation qu'effectue justement le Conseil constitutionnel, en ce sens que celui-ci en interprétant la Constitution crée des normes en sa qualité d'organe suprême qui n'est soumis lui-même à aucun contrôle. La norme « interprétative » étant un acte de volonté, elle ne peut que dicter le sens à donner à telle ou telle disposition de la Constitution, mais elle est peut être toute nouvelle, d'où l'expression célèbre mais ancienne : le pouvoir constituant de l'organe de contrôle⁶³. A partir de là, on peut mesurer l'impact de cette opération sur la règle de la suprématie de la Constitution et partant sur la hiérarchie des normes. Puisque le Conseil constitutionnel crée des normes du fait de l'interprétation - et il en crée plusieurs -, il s'assure d'abord à déterminer sa propre compétence⁶⁴, et cela révèle du coup et clairement le caractère relatif de la suprématie de la Constitution face à l'organe de contrôle, même si en principe la première définit les compétences du second. Plus encore lorsqu'il en crée de nouvelles normes, car à ce niveau la règle de la suprématie devient une sorte de mythe ou une « fiction » comme le précise M. Troper⁶⁵. Et il va de soi que cette création normative (pouvoir constituant) n'a pas de conséquences sur la hiérarchie des normes puisque les normes nouvellement créées ont valeur constitutionnelle. La question se complique lorsque le Conseil constitutionnel se transforme en organe légiférant - et c'est devenu une banalité de le souligner- par son contrôle de constitutionnalité de la loi. Les normes nouvelles posées ont-elles alors une valeur proprement législative ou constitutionnelle puisque émanant du même organe ? En tout cas, à ce niveau, la hiérarchie des normes *se fige* complètement : les deux catégories de normes sont l'œuvre du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire l'organe chargé de veiller au respect de la suprématie de la Constitution et de sa « respectabilité »⁶⁶.

62 On ne peut se tromper, cette situation n'a rien avoir avec la notion de la légitimité constitutionnelle telle qu'elle a été défendue par certains auteurs, Maurice HOURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2è éd., Sirey, 1929, p. 269 et ss., cité par Michel TROPER, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Mélanges Charles Einsenmann, Cujas, 1977, p. 146.

63 Sur toute cette problématique, v. Michel Troper, op. cit.

64 On peut facilement appréhender ce phénomène à travers les amendements qu'à subit le *Règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel*, amendements qui ont notamment servi à déterminer ses propres compétences ou/et à les mettre à jour au regard de sa propre jurisprudence, JORA n° 28 du 6 août 2000.

65 Op. cit.

66 Cf. infra.

Enfin, il faut ajouter que le droit positif n'est pas totalement respectueux de ce principe apparemment intangible. Comme on l'a déjà relevé, le juge constitutionnel ne contrôle que les textes que les pouvoirs publics veulent bien lui soumettre. Et ils sont bien nombreux, et de très loin d'ailleurs, ceux qui échappent à son contrôle et qui - sans aucun doute - portent en eux des dispositions non-conformes à la Constitution. Et cela montre une nouvelle fois que la règle de la suprématie de la Constitution est un mythe, mais c'est un mythe qui arrange tout le monde puisqu'il permet la marche des institutions, donc l'évolution du système juridique et constitutionnel mis en place.

b - La charte pour la paix et la réconciliation nationale

Il faut d'abord relever que la Constitution ne parle aucunement de cette charte. Elle n'en donne aucune indication et n'en fait aucune allusion. Mais c'est une banalité que de relever que les textes relatifs à la politique de la réconciliation nationale n'ont vu le jour qu'à partir de 2005 et les différentes révisions constitutionnelles n'ont pas porté sur la matière et ne sont point référées. Par contre, il y faut quand même se rappeler que le problème de la place «Charte», en tant que norme, s'est déjà posé dans un passé récent à propos de la Charte nationale et que certains commentateurs se sont intéressés à la question prématurément. Mais à ce moment là, le droit constitutionnel algérien ignorait encore certains principes de droit et méconnaissait l'autorité chargée de contrôler la constitutionnalité et la conformité de certaines règles. Et même après l'adoption des principes et règles se rapportant à l'Etat de droit et la mise en place de ses mécanismes et procédures, l'esquisse d'une pyramide des normes restait approximative, sinon même embryonnaire. En effet, le Constituant et avec petites touches répétées, notamment à travers la Constitution de 1989 et celle de 1996 ainsi que les différentes révisions, se préoccupait beaucoup plus de la mise en place d'un ordre juridique cohérent. Et c'est le Conseil constitutionnel, de par ses interprétations de la Constitution, ses réserves et ses réflexions qu'il est arrivé progressivement et petit à petit à construire ladite pyramide. Et c'est justement à la lumière de cette évolution «douce» que l'avis du 8 février 2012 prend une certaine importance. Mais déjà, faut-il à ce propos replacer cette Charte et la considérer à sa juste valeur juridiquement, même si d'un point de vue matériel elle constitue une étape cruciale dans la vie nationale. Autrement dit, l'ordre juridique national est en constante formation et perpétuel renouvellement. Et la problématique que soulève cette Charte en est la preuve explicite à cet état de droit. Le Constituant ne peut en tout cas tout prévoir et il est incapable de faire face à toutes les situations concrètes que requiert l'évolution de la société. Le Conseil constitutionnel se trouve obligé, sinon même emprunter certains sentiers pour pallier à certaines carences de droit...

c - Les traités internationaux

Contrairement à la Constitution de 1976 où le traité avait force de loi, ce qui est en somme normal puisque aucun organe de contrôle de constitutionnalité des lois et traités n'était prévu, la Constitution de 1989-1996 rompt avec cette façon de voir et replace le traité en lui conférant une autorité supérieure à celle de la loi⁶⁷. Dorénavant, il s'intercale à un niveau intermédiaire entre la Constitution et la loi. Cette gradation des normes faite par le Constituant résout nombre de problèmes susceptibles de surgir notamment face au phénomène de la mondialisation, aux groupements régionaux et la participation du pays à des zones de libre échange⁶⁸. Ainsi, on peut dire que les termes de la théorie constitutionnelle sont préservés et respectés. Mais il semble que les difficultés ne sont pas pour autant aplanies en raison des principes de la théorie générale du droit. En effet, par la règle *lex posterior* une loi postérieure ne peut déroger à une loi antérieure. Ainsi, le traité introduit dans le droit interne par une loi ne peut que soulever certaines difficultés. En d'autres termes, le traité ne sera supérieur qu'aux lois postérieures, les lois antérieures prévaudront. Et on ne peut assurément se douter du grave paradoxe qui se pose. Certes, on tente de trouver une solution par des échappatoires apparemment logiques sous forme de mythe en précisant : en cas de conflit entre une loi postérieure (porteuse du traité) et une loi antérieure, ce n'est pas celle-ci qui prévaut, « mais seulement un principe qu'elle n'a pas créé, mais qu'elle s'est bornée à reconnaître. En d'autres termes, on ne subordonne pas une volonté nouvelle à une volonté ancienne, mais la volonté à des principes non créés, c'est-à-dire, au fond, naturels et, pour cette raison, de rang constitutionnel. Le mythe permet de préserver la hiérarchie, mais au prix d'un double sacrifice, celui du positivisme et celui de la théorie classique »⁶⁹.

Il apparaît ainsi que la hiérarchie des normes, établie par le Constituant à propos des traités et qui traduit en somme la tendance générale des Etats en la matière, se trouve piégée, sans qu'elle soit désarticulée, et avec elle le Conseil constitutionnel. En effet, celui-ci ne peut rétablir la situation normative sans enfreindre les termes explicites de la Constitution elle-même⁷⁰. C'est ainsi d'ailleurs qu'il demeure attaché au mythe dont on a

67 Article 132 de la Constitution de 1996.

68 Cf. Abdelmadjid DJEBBAR, *Réflexions à propos de la première décision du Conseil constitutionnel relatives à quelques problèmes se rapportant aux traités internationaux*, Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, 1996, n° 1, pp. 141-166 (en arabe).

69 Michel Troper, *Souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes*..., op. cit., pp. 6-7. Il y a d'autres paradoxes à ce propos qu'il serait long de détailler.

70 Un semblant d'alternative existe à travers l'action entreprise par le Gouvernement en amendement des lois antérieures et/ou l'adoption de lois nouvelles. Or ces amendements et l'adoption de nouvelles lois ne répondent pas du point de vue gouvernemental à des objectifs de conformité normative, mais pour des raisons politiques, économiques et sociales et bien entendu internationales. Le paradoxe demeurera.

fait état et qui a eu pour conséquence le gonflement irrationnel du « bloc de constitutionnalité ». Et à ce propos justement, le Conseil constitutionnel a eu à se référer à trois reprises⁷¹ à des normes internationales, ce qui n'a pas manqué d'attirer l'attention des commentateurs. En effet, par cette référence apportée d'ailleurs seulement comme argument supplémentaire, le bloc de constitutionnalité s'est trouvé immodérément grossi. La doctrine algérienne, très surprise par cette référence, a évidemment cherché à expliquer son bien-fondé⁷². A vrai dire et plus simplement, la conjoncture s'y prêtait, le régime institutionnel est nouveau et l'influence des solutions adoptées par d'autres systèmes étatiques n'est pas à exclure.

d - Les lois

Comme l'a relevé assez tôt M. Favoreu, « la loi parlementaire apparaît comme l'*acte-type*⁷³ dont la formation est surveillée par le Conseil⁷⁴. Et pour cause, c'est l'acte qui est entouré d'une attention particulière par le Constituant. On pourrait aussi tirer argument pour apprécier cette importance d'autres éléments ayant un rapport avec la nature du système politique et constitutionnel mis en place. En effet, dans la mesure où le principe de la séparation des pouvoirs, considéré d'ailleurs par le Conseil constitutionnel comme « *élément essentiel de l'organisation des pouvoirs publics* »⁷⁵ et qui constitue de surcroît une traduction explicite de la répartition des pouvoirs, la loi, acte législatif par excellence du Parlement, ne pourrait que susciter l'intérêt, notamment par le Constituant qui appréhendait son développement et sa promotion après l'adoption de l'idéologie démocratique.

Contrairement à la Constitution de 1989, le Constituant de 1996 distingue la loi ordinaire de la loi organique⁷⁶ ainsi que des lois constitutionnelles⁷⁷. Cette distinction révèle une triple différenciation sur les plans du domaine d'intervention, de la procédure d'adoption et de la soumission au contrôle constitutionnel. Ainsi, la loi constitutionnelle, et comme son nom l'indique,

71 Décision n° 1 du 20 août 1989, décision n° 2 du 30 août 1989 précitées et Avis n°10/A. RI/CC/2000 du 13 mai 2000 relatif à la Conformité du Règlement intérieur de l'APN à la Constitution.

72 B. Yelles-Chaouche, op. cit., p. 77 et s..

73 C'est nous qui soulignons.

74 RDP 1967, op. cit., p. 34.

75 Décision n° 1 précitée. Le Conseil se référera par la suite à ce principe dans plusieurs de ses avis et décisions pour délimiter les compétences entre les trois pouvoirs et pas seulement comme on est tenté de le croire a priori à propos des actes du pouvoir législatif.

76 Abdelmadjid DJEBBAR, *Le contrôle de constitutionnalité des lois organiques et les deux avis du Conseil constitutionnel relatifs aux lois sur les partis politiques et le régime électoral*, Rev. IDARA, ENA, volume 10, n° 2, 2000, pp. 47-86.

77 Articles 175 et 176 de la Constitution (1996). Dans le cadre de cette étude, on ne fera pas état du régime particulier des « ordonnances ». Celui-ci ne semble pas a priori poser de problème du point de vue hiérarchique.

a trait à la révision de la Constitution, elle ne peut être adoptée que si elle obtient le quorum des $\frac{3}{4}$ des voix des membres des deux chambres du Parlement et elle est soumise au contrôle de constitutionnalité. La loi organique porte sur des matières autrement importantes déterminées de façon limitative par le Constituant ; elle est adoptée à la majorité absolue des députés et à la majorité des $\frac{3}{4}$ des membres du Conseil de la Nation et elle est soumise obligatoirement au contrôle de conformité par le Conseil constitutionnel pour avis. Enfin, la loi ordinaire dont le domaine est défini essentiellement par l'article 122 de la Constitution, est adoptée par les députés à la majorité simple et par les membres du Conseil de la Nation à la majorité des $\frac{3}{4}$. Elle n'est pas obligatoirement soumise au contrôle constitutionnel.

A priori, tous ces éléments indiquent que le Constituant attache une importance différenciée à ces lois et réserve par voie de conséquence à chacune d'elle une place précise dans la hiérarchie des normes. S'il est vrai que le Constituant accorde un intérêt spécifique à chacune d'elles du point de vue du domaine d'intervention, il n'en ait pas de même quant au rang qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes. Si la loi constitutionnelle trouve sa place au sommet de cette hiérarchie puisqu'il s'agit d'une révision constitutionnelle, la loi organique ne semble pas bénéficier d'un traitement préférentiel par rapport à la loi ordinaire et ce malgré la solennité que lui réserve le Constituant. En effet, celui-ci ne dit mot sur la place de celle-ci laissant probablement cette mission au Conseil constitutionnel. Et à part quelques indications parcellaires, rien ne laissait présager que celui-ci avait bien vu le vide laissé par le Constituant et qu'il allait effectivement remplir cette mission avec grande témérité. Encore plus, il semblait très attentif aux lois organiques, ainsi qu'aux règlements intérieurs des deux chambres du Parlement, en leur faisant subir un examen très serré contrairement à la loi ordinaire dans la mesure où celles-ci sont soumises d'ailleurs à un contrôle de conformité⁷⁸ et non de simple constitutionnalité. Et cela est largement compréhensif puisque leur domaine d'intervention est autrement important et fixé de façon précise par le Constituant lui-même. C'est ainsi et par petites touches successives, il va en fin de compte faire la part des choses, certes avec une certaine hésitation et même quelques contradictions, mais probablement avec la ferme volonté d'introduire une gradation parmi les différentes lois qu'on analysera plus loin.

Par ailleurs, ainsi présenté, le sujet paraît assez clair, alors qu'il est en vérité d'une grande complexité et source de difficultés. En droit positif, cette gradation n'est pas totalement respectée que ce soit par les institutions

⁷⁸ Alors que l'article 123 de la Constitution et l'article premier du *règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel*, parlent de contrôle de conformité, l'article 165 alinéa 2 parle lui seulement de contrôle de constitutionnalité à propos des lois organiques. Peut-être « *que cela ne peut résulter que d'une omission de sa part* », pour reprendre les termes souvent utilisés par le Conseil constitutionnel.

chargées de la législation et de l'exécution ou par celles jouissant des prérogatives de contrôle. Les exemples cités plus haut à propos des traités et de la règle *lex posterior*, se retrouvent posés avec plus d'acuité à propos des lois. Avec l'abandon de la règle *lex posterior*, on assistera, en cas de conflit entre une loi postérieure et une loi antérieure à la suprématie de cette dernière sur la première. Comme il est aussi concevable de constater qu'un simple décret antérieur se voit conférer une autorité supérieure à celle d'une loi postérieure... Ce genre de paradoxes existe bel et bien en droit positif. C'est ainsi qu'un jugement de valeur semble s'imposer automatiquement : la théorie de la hiérarchie des normes ne reflète pas exactement et de manière claire la réalité du droit positif ou autrement dit, le droit positif n'est pas conforme au principe de la hiérarchie des normes⁷⁹. Seulement et comme le souligne M. Troper à ce propos : « *la hiérarchie des normes est un genre de relations entre normes, un mode d'organisation du système juridique, que l'on peut observer et décrire. Ce n'est pas un principe juridique auquel le droit positif serait tenu de se soumettre, sous peine d'être un mauvais droit et même si les bouleversements de la hiérarchie des normes constituent des violations de la logique, il n'y a pas non plus de principe juridique qui ordonne de se soumettre à la logique* »⁸⁰.

e - Les ordonnances

A n'en pas douter, l'ordonnance pose problème, en ce sens qu'elle constitue un acte de droit de nature *hybride*. Elle naît en tant qu'acte administratif et se transforme en un acte législatif après son approbation par le Parlement. Et en tant qu'acte administratif, elle est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif et non d'un contrôle de constitutionnalité. Pourtant, la pratique a révélé que plusieurs ordonnances ont été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, qu'il a accepté, sans pour autant prendre le soin, comme à son habitude de justifier sa compétence et son contrôle. Mais, il faut préciser à ce propos que toutes les ordonnances qui ont été soumises au contrôle de constitutionnalité, ont été adoptées par le Conseil National de Transition, après la vacance et la dissolution de l'Assemblée Populaire Nationale, en tant que lois. Ce qui explique la référence par le Conseil constitutionnel de l'article 179, en tant que disposition transitoire, et non l'article 124 de la Constitution qui confère au Président de la République le pouvoir de légiférer par ordonnance.

En premier lieu, il est à préciser que le système constitutionnel algérien a toujours connu l'ordonnance (Article 58 de la Constitution de 1963; article 153 de la Constitution de 1976; article 124 de la Constitution de 1996)⁸¹.

79 M. Troper, op. cit., p. 6.

80 Ibid.

81 Contre toute attente, le Constituant de 1989 n'a pas prévu le droit pour le Président de la République de légiférer par ordonnances.

Ce qui n'est en somme ni une surprise ni une sorte d'hérésie. La plupart des systèmes constitutionnels dans le monde reconnaissent au gouvernement le droit exceptionnel de légiférer⁸².

Le droit de législation du Président de la République par ordonnance⁸³, qui est un droit exorbitant de droit commun, trouve sa raison d'être première dans la nature du système politique et institutionnel choisi depuis l'indépendance. Actuellement et tel qu'il est régi, il apparaît comme une survivance du système présidentieliste d'antan. C'est pour cette raison que son exercice par le Président de la République n'est soumis qu'à des conditions formelles. Il est en effet exercé «en cas de vacance de l'Assemblée Populaire Nationale et dans les périodes d'intersession du Parlement» (article 124 de la Constitution), ainsi qu'en cas d'état d'exception (articles 124/4 et 93 de la Constitution). Enfin, les ordonnances prises doivent être soumises à l'approbation du Parlement à sa prochaine session.

Tel qu'il apparaît donc, le Président de la République n'a pas besoin de demander l'autorisation au Parlement pour prendre par ordonnances des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Certes, ces ordonnances se doivent d'être prises en Conseil des ministres (alinéa 5 de l'article 124 sus-indiqué), mais ne requièrent aucunement l'habilitation législative. Ce qui se traduit par une sorte de «détournement de pouvoir». En effet, on a l'impression que le Président de la République se fait législateur de plein droit en présence même du législateur en titre (malgré la vacance indiquée). En somme, le statut de l'ordonnance en Algérie s'explique beaucoup plus par la méfiance qu'a le gouvernement à l'égard du Parlement. Ce qui est mal vécu par certains acteurs et observateurs de la scène politique, même si on ne cesse de préciser ailleurs qu'il ne s'agit là que d'un pouvoir reconnu par le Constituant. En fait, devenue comme une mesure constitutionnelle ordinaire, il est futile de continuer à l'appréhender sous le sceau extraordinaire de pouvoir exorbitant du Président, sauf dans les cas où elle est utilisée comme «subterfuge» politique ou comme moyen pour éviter les débats au sein du Parlement.

Parallèlement et en ce qui touche notre propos, à savoir la détermination de la place de l'ordonnance dans la hiérarchie des normes dans la mesure même où elle est porteuse de normes, il est essentiel en premier lieu

82 J. TOUSCOZ, *La notion d'ordonnance*, Etudes de droit public, Cujas, 1964 ; Charles DEBBASSCH, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution et la V^e République*, RDP 1969, p. 259 ; A.-H. MESNARD, *ordonnances, lois d'orientation ou lois-cadre ?* RDP 1982, p. 1073 ; M. TROPER, *La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse*, Revue Pouvoirs 1987, n° 41, p. 75 ; C. BOYER-MERENTIER, *Les ordonnances de l'article 38*, P.U.F. Aix, 1996 ; *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes*, R.F.D.A. 1998, p. 924.

83 Cf. Saïd BOUCHAÏR, *La législation par ordonnance et ses effets sur l'indépendance de l'Assemblée Populaire Nationale*, Revue algérienne n°1, 1988, pp. 330-353. (en arabe).

d'indiquer que son entrée en vigueur est immédiate. Elle devient caduque faute, pour le Président de la République, de ne pas la soumettre au Parlement à sa prochaine session (ce que le Constituant n'a pas trouvé utile de préciser) ou si ce dernier ne l'approuve pas (alinéa 3 de l'article 124). Plus précisément, elle perd totalement sa force juridique et sa raison d'être si elle garde indéfiniment sa nature d'acte du pouvoir exécutif. En effet, jusqu'à ce que le Parlement ait statué sur le *projet portant approbation de l'ordonnance*, cette dernière conserve sa nature d'acte de l'Exécutif qui peut être contesté devant la juridiction administrative comme on l'a relevé plus haut. Ce qui lui confère, en principe, un privilège de juridiction face au Conseil constitutionnel. Or cette situation peut être défaite par « le contrôle constitutionnel *a priori* » prévu à l'article 165/1 de la Constitution, même si celui-ci ne prévoit aucunement la saisine du Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'ordonnance. En fait, cette situation peut se présenter de deux façons. La première consiste à saisir le Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la constitutionnalité du projet de loi portant approbation de l'ordonnance. La seconde peut se produire bien avant le dépôt par le Chef du gouvernement de ladite ordonnance sur le bureau de l'Assemblée ; cette probabilité se confirme par l'effet d'immédiateté de l'ordonnance.

En tout cas et dans les deux cas de figure, l'ordonnance demeure un simple acte administratif dans la mesure où il n'y a pas eu encore vote du Parlement. Bien évidemment, ce n'est pas la promulgation par le Président de la République qui donnera à l'ordonnance sa caractéristique de loi, c'est le vote du Parlement qui lui insuffle cette nature en dehors de la promulgation qui constitue certes une procédure essentielle mais non suffisante en matière d'effectivité.

Ainsi, le Conseil constitutionnel ne peut se prononcer sur la constitutionnalité de l'ordonnance avant son approbation par le Parlement, en ce sens qu'il est incompétent pour ce faire. L'article 165 de la Constitution ne lui ouvre aucun droit à ce propos puisqu'il ne s'agit ni d'un traité ni d'un règlement et encore moins d'une loi.

Certes, la jurisprudence constitutionnelle ne compte aucun précédent en la matière, mais le danger existe car le Conseil constitutionnel risque de succomber à la tentation de se faire « juge de l'ordonnance non approuvée » par son contrôle *a priori*. Il est vrai que jusqu'à cette date, le Conseil n'a été saisi qu'à propos d'ordonnances prises par le Conseil National de

Transition (organe faisant auparavant office d'institution légiférante)⁸⁴. Ce qui explique ses références à l'article 179 de la Constitution relatif à la législation par ordonnances jusqu'à l'élection des membres de l'APN. Autrement dit, le Conseil n'a pas encore eu l'occasion d'apprécier la mise en oeuvre de l'article 124 de la Constitution.

Enfin et aux termes de cette dernière, l'ordonnance, en tant qu'acte de droit, est « conjoncturel » de par sa nature. En effet, son existence en tant qu'acte du pouvoir exécutif est courte, c'est sa métamorphose en tant que loi qui perdure. C'est la raison pour laquelle, l'ordonnance est souvent mise à l'écart ou ignorée lorsqu'il s'agit de l'inclure dans la hiérarchie des normes.

f- Les Règlements intérieurs des chambres du Parlement

Sous le règne de la Constitution de 1976, le Règlement intérieur de l'Assemblée n'avait presque pas d'existence sur la « scène juridique » ; il passait inaperçu. C'est la Constitution de 1989 puis celle de 1996, consacrant le principe de l'autonomie des pouvoirs et définissant leurs compétences, qui vont mettre en valeur l'importance de ces textes. Et c'est le Conseil constitutionnel qui va en somme faire leur promotion par son contrôle restrictif, obligatoire et « préalable » à leur mise en application. La confrontation entre le Parlement et la Haute juridiction ne faisait que commencer et c'est tant mieux puisque c'est de cette façon que peuvent se former des traditions parlementaires et par conséquent un « Droit parlementaire » qui n'est pas encore perçu comme un domaine du droit constitutionnel.

Cela dit, d'où vient justement l'importance des Règlements intérieurs des chambres du Parlement ? Déjà en 1989 puis en 1997-1998, députés et sénateurs étaient étonnés que le Gouvernement s'intéresse de très près à leurs discussions lors de l'élaboration de leurs Règlements intérieurs. Certains étaient même scandalisés de voir le Gouvernement déléguer ses représentants pour débattre de la réglementation interne du Parlement. Pour le Gouvernement, lui-même, un tel intérêt découlait plus du traditionnel « avoir l'œil » sur tout ce qui se passe à l'intérieur du Parlement qu'autre chose. Alors que pour le Constituant, il s'agit précisément de la préservation de l'équilibre politique que le Parlement pourrait remettre en cause par ses Règlements dans un réflexe d'autonomisation poussée ou

84 Avis n°4-AO-CC du 19 février 1997 relatif à la constitutionnalité de l'article 2 de l'ordonnance portant découpage judiciaire adoptée par le Conseil National de Transition le 6 janvier 1997 ; Avis n°01 A.O.L.O/CC du 6 mars 1997 sur la conformité à la Constitution de l'ordonnance portant loi organique relative au régime électoral ; Avis n°02 A.O.L.O/CC du 6 mars 1997 sur la conformité à la Constitution de l'ordonnance portant loi organique relative au régime électoral, Conseil constitutionnel, *La jurisprudence constitutionnelle algérienne 1997*, n°2, Alger.

d'indépendance sans limites. Plus précisément, puisque ces Règlements régissent, certes l'organisation et le fonctionnement des chambres, elles mettent aussi en relation directe, presque concurrente, pouvoir législatif et pouvoirs exécutif lors de l'élaboration des lois et participent ainsi à la définition de l'équilibre institutionnel esquissé par le Constituant et les lois organiques. C'est pour cette raison que l'article 115 de la Constitution dispose dans son alinéa premier :

« L'organisation et le fonctionnement de l'Assemblée populaire nationale et du Conseil de la Nation, ainsi que les relations fonctionnelles entre les chambres du Parlement et le Gouvernement, sont fixés par une loi organique ».

Or cette loi organique n'a été adoptée qu'en 1999⁸⁵, c'est-à-dire après la mise en place des chambres du Parlement et l'adoption de leurs Règlements intérieurs. Ce qui a demandé, après coup, leur modification et un nouveau contrôle de conformité par le Conseil constitutionnel. Et c'est par ce contrôle justement que ce dernier va assurer la continuité de l'inspiration constitutionnelle⁸⁶ en sanctionnant les dépassements des chambres et

85 Loi organique n° 99-02 du 8 mars 1999 fixant l'organisation et le fonctionnement de l'APN et du Conseil de la Nation, ainsi que les relations fonctionnelles entre les chambres du Parlement et le Gouvernement, JORA n° 15 du 9 mars 1999.

86 L. Favoreu, op. cit., p. 26.

même plus, en imposant sa propre interprétation du texte constitutionnel, allant parfois assez loin en posant des normes nouvelles surprenantes⁸⁷.

En somme, c'est ce contrôle rigoureux qui est à l'origine de l'interrogation sur la place des Règlements intérieurs des assemblées dans la hiérarchie des normes. Mais il faut quand même souligner que le Constituant a réglé en grande partie cette question que le Conseil constitutionnel a tenté à maintes reprises la faire comprendre au Parlement sans réussir au début. En effet, la Constitution précise en son article 115, alinéa premier, que c'est une loi organique qui fixe l'organisation et le fonctionnement des chambres, ainsi que les relations de celles-ci avec le Gouvernement. Et dans le même article mais en son alinéa 3 seulement, elle donne compétence aux chambres d'élaborer et adopter leurs Règlements intérieurs. Autrement dit, ces derniers doivent respect non seulement à la Constitution, mais aussi à la loi organique. Ce qui indique clairement que l'autorité des Règlements intérieurs est bel est bien inférieure à celle de la loi et a fortiori à la Constitution. Et pour être plus précis encore, ces Règlements, certes importants, ne s'occupent que de la vie interne des assemblées, alors que la loi, toutes les lois, ont un effet général en principe. Autrement dit, même la recherche de leur place dans la hiérarchie des normes semble quelque peu déplacée et même sans objet. Malgré cela, le Conseil constitutionnel a investit de considérables efforts pour discipliner les assemblées au respect des normes supérieures comme on le verra plus loin.

87 A titre d'exemple, Avis n° 4/A.R.I/C.C/98 du 10 février 1998 relatif au contrôle de conformité du Règlement intérieur du Conseil de la Nation à la Constitution, JORA n° 08 du 18 février 1998, où le juge constitutionnel par son interprétation de l'article 120 de la Constitution relatif à la commission paritaire en cas de désaccord entre les deux chambres, a été amené à interdire au Conseil de la Nation « le droit d'amendement ». En le dépouillant de sa principale et première compétence qu'est la législation, le Conseil de la Nation est devenu presque sans voix et pour certains « une institution inutile ». Plus précisément, pourquoi justement le Conseil constitutionnel est allé jusqu'à interdire le « droit d'amendement » au Conseil de la Nation en se faisant Constituant ? En suivant la procédure d'élaboration de la loi, on saura vite que le Conseil de la Nation en amendant la loi tombera de jure en désaccord avec l'Assemblée populaire nationale, donc il se trouverait automatiquement dans la situation prévue par l'article 120 de la Constitution qui exige la mise en place d'une commission paritaire. Autrement dit, que le Conseil de la Nation amende la loi ou la rejette par vote, cela reviendrait au même. Et dans la mesure où c'est le vote qui fixe juridiquement la position du Conseil de la Nation, autant faire selon le Conseil constitutionnel l'économie de la longue procédure de l'amendement en l'interdisant simplement. C'est en substance l'analyse qu'aurait fait le Conseil constitutionnel. Il s'est fait ainsi certes « constituant », mais il s'est révélé surtout comme « distributeur des rôles » dans une matière institutionnelle très sensible, oblitérant du coup l'équilibre institutionnel construit par le Constituant au sein du Parlement. En somme, le Conseil en tant qu'organe de droit s'est immiscé dans une matière à laquelle il n'est nullement préparé. Détenant de par la Constitution la compétence de vérifier la régularité des normes produites par le Parlement au regard de la Constitution, il s'est permis de penser le rôle et la place ses deux chambres ignorant du coup qu'il ya une différence entre le genre et l'espèce.

g -Les décrets

L'importance du décret n'a plus besoin d'être démontrée ou illustrée dans la mesure où celui-ci a toujours joui d'une sorte de prépondérance politique, étant l'acte gouvernemental par excellence⁸⁸. Cette prépondérance, posée en 1976 (article 152 de la Constitution), sera reprise par le Constituant de 1989 (article 116) et celui de 1996 (article 125). C'est là d'ailleurs un des traits essentiels du régime : l'Exécutif dispose, sous le nom équivoque de pouvoir réglementaire, d'un pouvoir normatif général et inconditionné (le principe en matière législative), hormis dans les matières expressément réservées au Parlement par les articles 122 et 123 (l'exception en matière législative)⁸⁹. Ce que traduit l'expression suivante : « L'Exécutif, désormais, est le *législateur de droit commun* ; le législatif n'est plus qu'un *législateur d'attribution*, pour reprendre la terminologie du contentieux administratif »⁹⁰. C'est la raison pour laquelle le Constituant soumet le décret (ou le règlement) au contrôle constitutionnel, alors qu'il est déjà soumis au contrôle de la juridiction administrative. Ce qui est paradoxal en somme ; comme si le Constituant voulait faire admettre que la prééminence de l'Exécutif est compensée par un double contrôle juridictionnel de ses actes ! A moins qu'il ne différencie entre décret réglementaire (autonome) et décret d'application de l'article 125 ? Ce qui n'est nullement convaincant. De plus, cette distinction n'apparaît pas à travers les articles relatifs au contrôle constitutionnel (165 et 169). En d'autres termes, est-ce seuls les décrets réglementaires pris par le Président de la République seront soumis au contrôle constitutionnel, les autres relèveraient du contrôle du juge administratif ? La question reste posée d'autant plus que jusqu'à présent il n'y a pas eu une pratique indicative en la matière. Malgré cela, le décret et quelle que soit sa nature demeure hiérarchiquement inférieur à la loi.

Enfin, il s'agit là des textes que le Constituant a lui-même mentionnés⁹¹ et qu'il a tant soit peu hiérarchisé même s'il semble ne pas attacher une grande importance à la question en raison de ses préoccupations essentielles de mise en place d'un système constitutionnel et d'équilibre institutionnel et politique. Ce qui n'est pas le cas a priori du Conseil constitutionnel qui fait face continuellement aux conflits des normes. Sauf que ce souci premier est fréquemment traversé par le souci de sauvegarde de l'équilibre institutionnel indiqué, un souci qui mène évidemment au «contrôle de l'opportunité».

2 -La hiérarchie jurisprudentielle des normes

Même peu fournie, la jurisprudence constitutionnelle est d'une grande richesse. Mais il faut en même temps remarquer que depuis sa création, le

88 Cf. A. Djebbar, *loi et règlement dans la Constitution de 1996*, op. cit.

89 Jean RIVERO, *Regard sur les institutions de la Vème République*, Dalloz 1958, p. 262.

90 Ibid.

91 Le Constituant a parlé aussi des «Ordonnances», cf. supra.

Conseil constitutionnel est passé par des périodes de « grandes vacances » dues essentiellement à des problèmes d'ordre politique. En ajoutant le peu d'empressement que montrent les autorités chargées de sa saisine à soumettre leurs actes à la Haute juridiction, on comprendra alors facilement le nombre restreint de ses avis et décisions⁹². Et le paradoxe est là, autant on se montre respectueux des textes fondamentaux régissant les compétences de celle-ci en matière électorale⁹³, probablement pour des raisons de légitimité, autant on se montre laxiste à la voir exercer sa principale compétence de contrôle de constitutionnalité et de conformité, à moins que la Constitution l'exige. Mais il est vrai aussi que le Conseil continue à traîner avec lui son « péché original »⁹⁴, en ce sens qu'il a été conçu par le Constituant comme instrument pour brider le Parlement. Ses compétences sont fixées de sorte qu'il ne peut s'opposer aux violations de la Constitution que lorsque celles-ci émanent des assemblées, et qu'il ne peut intervenir lorsqu'elles sont le fait de l'Exécutif⁹⁵. Ce qui laisse à penser que son contrôle est à sens unique et qu'il est appelé, peut-être sans qu'il le veuille, « à maintenir l'organe le plus faible dans son état d'infériorité »⁹⁶. Or à moins de manquer de réalisme juridique et institutionnel, le Conseil joue beaucoup plus un rôle de prévention à l'égard du Parlement dont il sanctionne les dépassements avec rigueur surtout à l'occasion de son contrôle des Règlements intérieurs des assemblées. Par contre, il est tout aussi « sanctionnateur » sinon plus à l'égard des lois qui sont pour la plupart élaborées par le Gouvernement et qui portent « faussement » mais formellement la qualité législative. D'ailleurs, les propositions de lois émanant de parlementaires, et elles sont d'une rareté « diamantaire », ne verront pas le jour si elles n'ont pas au préalable l'accord du Gouvernement.

D'autre part, si le Constituant a par lui-même précisé le rang de la Constitution et des traités ainsi que de la loi (d'une certaine façon) dans la hiérarchie des normes, il n'en demeure pas moins que le Conseil constitutionnel a tenté d'apporter des réponses aux problèmes restés en suspens.

92 En l'espace de plus de 15 années d'existence, le Conseil n'a pas dépassé le nombre de 30 avis et décisions en matière de contrôle de constitutionnalité et de conformité.

93 Encore faut-il préciser que ce n'est pas toujours le cas. Le Conseil est toujours traité de tous les qualificatifs par ceux qui ne gagnent pas les élections ou ceux qui ne passent pas l'examen de contrôle des conditions requises par la législation, notamment pour les candidats au scrutin présidentiel.

94 L'expression est de B. Chantebout, *op. cit.*, p. 530.

95 A ce propos, il est intéressant de soulever la question relative à la possibilité pour les Présidents des deux Assemblées de pouvoir saisir le Conseil constitutionnel à propos de la constitutionnalité des règlements pris par le Président de la République dans le cadre de son exercice du pouvoir réglementaire. Certes, la probabilité juridique semble évidente, mais l'improbabilité politique reste pesante.

96 *Ibid.*

a - Charte pour la paix et réconciliation nationale

Il y a lieu de préciser d'abord que le peuple algérien a adopté cette Charte par référendum le 29 septembre 2005 avec un taux de participation record (79,76 %) et un suffrage de votants «oui» égal à 97,38 %⁹⁷. En même temps, il faut remarquer de suite que cette Charte n'est portée par aucun texte juridique formel ou spécifique (loi, ordonnance ou autre), et n'est par de surcroît publiée au journal officiel. Pourtant, elle constitue le fondement juridique de l'ordonnance du 27 février 2006 qui met en oeuvre ses dispositions. Est-ce à dire donc qu'elle ne satisfait point aux conditions formelles requises pour faire partie intégrante de l'ordre normatif ? Plus précisément, on se trouve à travers cet exemple devant une situation assez particulière, une situation presque ubuesque : un texte voté par référendum, non publié et servant de référent à un autre texte fort important satisfaisant aux conditions formelles !⁹⁸

En tout état de cause et malgré cette carence formelle, le texte se réclame d'une grande importance d'un point de vue matériel. Mais il va de soi en même temps que la théorie du droit ne s'intéresse pas à cet aspect des choses, elle s'astreint à considérer seulement la juridicité du texte. Et à ce propos, le droit a fort à faire en cet endroit puisque justement ce texte porte en lui une force sans commune mesure : il a été adopté par référendum et constitue donc l'expression directe de la volonté souveraine du peuple. Ce que justement le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de relever dans un considérant symptomatique qui donne certainement à cet avis les caractéristiques d'un «avis de principe» ;

«Considérant que la Charte pour la paix et la réconciliation nationale, approuvée par référendum populaire, c'est l'expression directe de la volonté souveraine du peuple»

Dans le même considérant, le Conseil constitutionnel déduit en souligne:

«... qu'elle (la Charte) occupe, par conséquent, dans la hiérarchie des normes, un rang supérieur à celui des lois organiques et ordinaires au regard de la différence des procédures d'élaboration, d'adoption et de contrôle constitutionnel»

Plus précisément, le Conseil constitutionnel vient par ce considérant non seulement enrichir le bloc de constitutionnalité, mais également définir exactement et de façon expresse la place de la Charte dans la hiérarchie

97 Voir Proclamation du Conseil constitutionnel n° 01/P.CC/05 du premier octobre 2005 relative aux résultats du référendum du 29 septembre 2005 sur la Charte pour la Paix et la Réconciliation Nationale, JORA n° 67 du 5 octobre 2005.

98 Il y a tout lieu de croire que cette carence formelle de non publication de la Charte au Journal officiel découle beaucoup plus d'une omission des services administratifs chargés de cette mission. En même temps, il a rappeler que le projet du texte est publié par le site d'El Mouradia.

des normes. Plus loin encore et à propos de l'agencement des visas de la loi contrôlée, il souligne que le législateur :

«... doit ... retenir, par l'agencement général des textes de différentes catégories, le principe de la hiérarchie des normes».

Sans doute que le Conseil vient par cet avis tirer deux oiseaux d'une seule pierre ; il grossit le bloc de constitutionnalité et définit la place de la Charte dans la hiérarchie des normes.

Enfin, il ne s'agit pas ici d'apprécier l'opportunité juridique de ces positionnements de droit du Conseil constitutionnel, dans la mesure où ils font dorénavant partie du droit. En effet, le Conseil a appréhendé la Charte en tant que norme et a procédé à sa hiérarchisation. Le raisonnement s'appuie certes sur des arguments juridiques, mais il adjoint un argument matériel dans le premier considérant :

«... Considérant que la Charte pour la paix et la réconciliation nationale a fixé les principes et les modalités sur lesquelles repose la réconciliation...»

b - Loi organique et loi ordinaire

En premier, il y a lieu de remarquer qu'on a l'impression que le Conseil constitutionnel essaie, depuis sa création, d'établir une hiérarchisation parmi les textes législatifs. Il en est ainsi par exemple de sa première décision du 20 août 1989 lorsqu'il a estimé que l'acquisition de la nationalité est régie par le Code de la nationalité de 1970 et qu'en tout état de cause le Code électoral demeurera assujéti à celui-ci. Et l'on retrouvera le même raisonnement dans son avis du 13 juin 1998 lorsqu'il a estimé que la mise en œuvre du mode de calcul de l'indemnité mensuelle principale du membre du Parlement n'est pas conforme à la législation en vigueur (Code des impôts et la législation relative aux cotisations de sécurité sociale) et porte atteinte au principe d'égalité de l'article 4 de la Constitution⁹⁹.

En vérité, le Conseil ne cherche pas par-là à hiérarchiser des textes mais des normes. De plus et d'un point de vue purement juridique, il s'agit là d'une conséquence de l'abandon par la théorie générale du droit et la théorie constitutionnelle de la règle *lex posterior*. Ce qui constitue un des paradoxes incontournables qui restera d'ailleurs de mise comme on l'a déjà souligné plus haut.

D'autre part et s'agissant de la question se rapportant au rang de la loi organique par rapport à la loi ordinaire que le Constituant n'a pas tranchée, le juge constitutionnel s'est montré au début un peu embarrassé par la nouvelle donne introduite par la Constitution de 1996. C'est ainsi que

⁹⁹ Avis n°4 du 13 juin 1998 relatif à la constitutionnalité à la loi portant régime des indemnités et de retraite du membre du Parlement, JORA n° 43 du 16 juin 1998.

dans deux décisions prises le même jour à propos des ordonnances portant lois organiques sur le régime électoral et les partis politiques, il précise dans la première après avoir rappelé l'article 30 de la Constitution que la nationalité algérienne est définie par la loi et que :

« ...toute législation en la matière, doit se conformer aux dispositions du code de la nationalité ».

Et dans sa seconde décision sur l'ordonnance portant loi organique sur les partis politiques, il souligne :

« Considérant que toute loi, fut-elle organique, doit inscrire ses dispositions dans les limites de la Constitution, sous peine de violer l'essence même de celle-ci ».

On pourrait croire à première vue à un positionnement flottant sinon contradictoire du juge constitutionnel. D'une part, il assujettit la loi organique à une législation ordinaire et d'autre part, il réaffirme avec solennité la suprématie de la Constitution, particulièrement à l'égard de la loi organique. La déduction qui s'impose à travers la combinaison de ces deux avis est celle de dire que la loi organique, aux yeux du Conseil constitutionnel, est non seulement inférieure à la Constitution, mais également à la loi ordinaire. Bien évidemment et en se plaçant sur le plan normatif, cette déduction textuelle n'a aucun sens. En réalité, par ces deux avis, le Conseil souligne indirectement l'importance de la loi organique. Et cela révèle du coup qu'il n'ignore pas la mission dont il a la charge, mais qu'il ne veut probablement pas précipiter les choses. On retrouve cette même position dans son avis du 21 février 1999 précité lorsqu'il relève qu'il se doit de s'assurer dans le cas de saisine de lois organiques et avant de se prononcer sur sa conformité formellement et sur le fond, que l'adoption de celles-ci s'est effectuée en conformité avec les dispositions de l'article 123 de la Constitution¹⁰⁰.

Mais c'est dans son avis du 13 mai 2000 relatif au contrôle de conformité du Règlement intérieur de l'APN¹⁰¹ qu'il va trancher dans le vif définitivement. En effet, dans son article 59 alinéa premier de son Règlement intérieur, l'Assemblée ne distinguait pas la loi organique de la loi ordinaire en ce sens qu'elle les a soumises aux mêmes procédures d'examen et d'adoption. Le Conseil commence d'abord par rappeler les

100 Avis n° 8 du 21 février 1999 relatif à la conformité de la loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement de l'APN et du Conseil de la Nation, ainsi que les relations fonctionnelles entre les chambres du Parlement et le Gouvernement, JORA n° 15 du 9 mars 1999.

101 Avis n° 10 du 13 mai 2000 relatif au contrôle de conformité du Règlement intérieur de l'APN à la Constitution.

dispositions constitutionnelles en la matière et déclare de façon presque inattendue dans un « Considérant » assez long qu'on reproduit in extenso :

« Considérant que la répartition constitutionnelle des compétences entre le domaine de la loi organique et celui de la loi ordinaire et leur soumission à des procédures d'adoption différentes découlent du principe de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne qui impose que la loi organique de par sa position dans celui-ci et la loi ordinaire ne peuvent intervenir que dans le domaine et selon les procédures que leur fixe la Constitution ; qu'il s'ensuit que l'Assemblée populaire nationale ne saurait soumettre la ou les dispositions relevant du domaine de la loi ordinaire aux mêmes procédures d'adoption prévues par la loi organique ».

Le principe est ainsi posé avec en plus une référence expresse à la théorie de la hiérarchie des normes de l'école normativiste. Il sera confirmé par deux autres avis du 22 août 2004¹⁰². Le Conseil a pris le soin de s'appuyer sur les articles 122 et 123 de la Constitution, la règle de répartition des compétences et la règle de procédure, d'où il tire la conséquence pour souligner que la différence existante entre les deux genres de lois découle du principe de la hiérarchie des normes qui régit l'ordre juridique interne. Ainsi pour le juge constitutionnel, loi organique et loi ordinaire n'occupent pas le même rang, elles sont hiérarchisées avec primauté de la première sur la seconde.

Bien plus tard et à l'occasion de son contrôle de conformité de la loi organique fixant l'organisation, le fonctionnement et les compétences de la Cour suprême, le Conseil affinera cette position en allant plus loin encore en distinguant la loi organique de la loi ordinaire sur le triple plan de la terminologie, du domaine réservé, ainsi que sur le plan de la procédure d'élaboration et d'adoption. Cette manière de voir est certes dictée par les soucis de délimitation, de distinction et de respect de la Constitution, mais elle révèle subtilement en même temps la préoccupation essentielle de hiérarchisation :

« Considérant que le Constituant établit une distinction entre loi organique et loi ordinaire au double plan de la terminologie et du domaine réservé à chacun d'eux, ainsi qu'en matière des procédures devant

102 Avis n° 2 du 22 août 2004 relatif au contrôle de conformité de la loi organique portant statut de la magistrature à la Constitution, JORA n° 57 du 8 septembre 2004 ; Avis n° 3 du 22 août 2004 relatif au contrôle de conformité de la loi organique fixant la composition, le fonctionnement et les attributions du Conseil supérieur de la magistrature à la constitution, JORA n° 57 du 8 septembre 2004.

être poursuivies dans l'élaboration et l'adoption des lois et le contrôle constitutionnel »¹⁰³

Il n'empêche qu'il y a également lieu de noter que cette hiérarchisation à laquelle s'intéresse dorénavant le Conseil est en même temps employée comme un outil de sanction. Ainsi le législateur est tenu non seulement de ne point toucher à la matière réglementaire, mais également à distinguer entre les matières relevant de la loi organique et celles relevant de la loi ordinaire. Les exigences du respect de la hiérarchisation des normes ouvrent ainsi un nouveau champ d'investigation et un chapitre de plus dans les études constitutionnelles, même s'il apparaît compliqué et quelquefois hors de portée du Parlement lui-même. Sans oublier par la même occasion que ce dernier produit lui-même certaines normes qui ne sont pas lois *stricto sensu* et qu'il faut leur trouver place dans la hiérarchie des normes¹⁰⁴.

c - Les Règlements intérieurs des assemblées

L'histoire des Règlements intérieurs des assemblées est une histoire attrayante faite de malentendus et de bras de fer. Elle met en rapport le Parlement et le Conseil constitutionnel, l'organe légiférant et l'organe contrôleur. Mais elle oppose aussi hommes de lois éminents appartenant aux deux institutions. C'est la raison pour laquelle les avis et décisions du Conseil semblent assez complexes. On ne retracera pas ici cette belle histoire de droit¹⁰⁵. Sauf à dire que c'est à travers son contrôle des Règlements intérieurs des assemblées que le Conseil constitutionnel a pu s'affirmer comme institution chargée de veiller au respect de la Constitution, donc du droit, et dont les interprétations sont authentiques et incontournables. Comme il a pu par la même occasion jouer un rôle, certes ingrat mais essentiel, qui est celui de rappeler certains principes de droit que les pouvoirs publics ont une grande tendance à feindre l'ignorance.

D'autre part, si le Conseil constitutionnel a exigé que ces Règlements soient « préalablement » soumis à son contrôle avant leur mise en application, il a surtout jugé nécessaire qu'ils doivent respecter strictement les dispositions constitutionnelles et celles de la loi organique du 8 mars 1999. De plus, il a estimé qu'ils devraient être soumis aux lois antérieures (tels le code de la nationalité, le code électoral, la législation relative à la

103 Avis n° 01/A.CC/11 du 6 juillet 2011 relatif au contrôle de la conformité de la loi organique fixant l'organisation, le fonctionnement et les compétences de la Cour suprême, à la Constitution. Voir également son Avis n° 2/A.CC/11 du 6 juillet 2011 relatif au contrôle de la conformité de la loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat.

104 Voir Abdelmadjid DJEBBAR, *Actes du Parlement et Principe de hiérarchisation des règles de l'ordre juridique algérien*, Revue « El Fikr al Barlamani (Revue la pensée parlementaire) », Conseil de la Nation, n° 26, Novembre 2010, pp. 22-46.

105 Cf. Abdelkader BENCHENNI, *Le Conseil constitutionnel, organisation et compétence*, in *Le Conseil constitutionnel*, Fascicule 1, Alger, 1990, pp. 57-77.

sécurité sociale etc...). Ce qui laisse à penser a priori qu'ils ont une autorité *supra-décrétale* et *infra-législative*. Seulement, il ne faut pas perdre de vue que ces Règlements ne régissent que la vie intérieure des assemblées et que somme toute, leur hiérarchisation semble futile sinon même sans objet comme il a été relevé plus haut. Ils n'ont d'effets juridiques qu'à l'égard des assemblées elles-mêmes et par ricochet sur le Gouvernement, mais seulement d'un point de vue procédural. Et dans ce cas, autant également chercher la place dans la hiérarchie des normes du Règlement intérieur du Conseil constitutionnel lui-même ou ceux du Conseil d'Etat et de la Cour Suprême, qui sont des institutions créatrices de normes après tout ! D'ailleurs, le Conseil constitutionnel ne semble pas s'intéresser à la définition de leur place dans la hiérarchie des normes et le contrôle sévère et rigoureux auquel il les soumet peut induire en erreur. Son souci premier, comme on l'a déjà relevé, est celui de veiller au respect des règles et principes mis en exergue par le Conseil, à savoir l'équilibre institutionnel et politique, le principe de la séparation des pouvoirs, la règle de la répartition des compétences, le respect des droits et libertés des individus... De cette façon, il ne s'agit en fin de compte que de remarquer que les Règlements intérieurs des assemblées qui font certes partie de la hiérarchie des normes, n'occupent en définitive qu'un espace normatif très restreint et qu'ainsi leur hiérarchisation est fondamentalement subsidiaire¹⁰⁶.

d - Les décrets

Même si le Conseil constitutionnel n'a jamais été saisi pour se prononcer sur la constitutionnalité d'un décret, et ce n'est certainement pas de sitôt qu'il le sera, il n'empêche qu'il s'est à plusieurs reprises prononcé sur la question dans le cadre de son contrôle des lois par la mise en jeu du principe de la séparation des pouvoirs et la règle de répartition des compétences. Et dans la mesure où loi et décret entretiennent des relations intimes en ce sens qu'ils traduisent continuité, complémentarité et coordination, mais aussi concurrence et compétition, le Conseil s'est montré très vigilant à ce qu'aucun de ces textes n'enfreigne les limites de son domaine. Et il n'est nullement surprenant de trouver dans la jurisprudence de ce dernier une multitude d'indications définissant le domaine de chacun d'eux. En effet et dès sa seconde décision du 30 août 1989, qui est un modèle du genre en la matière, le Conseil n'a pas hésité à trancher dans le vif à propos d'un article 42 du statut du député en ce qu'il traite du droit de celui-ci de bénéficier du passeport diplomatique :

« Considérant qu'il n'appartient donc pas à la loi dont le domaine est, notamment, déterminé par l'article 115 de la Constitution, de disposer des modalités de délivrance, de mise en circulation et d'utilisation des

106 Il n'en demeure pas moins que les règlements des assemblées soulèvent en même temps un problème beaucoup plus délicat, à savoir la place des actes du Parlement, autres que les lois, dans la hiérarchie des normes.

documents de voyage qui relèvent de la compétence exclusive du pouvoir réglementaire, telle que définie à l'article 116 de la Constitution »¹⁰⁷.

Il réitéra cette position dans son avis du 13 juin 1998 à propos de la loi portant régime des indemnités et de retraite des parlementaires¹⁰⁸. Plus encore, il refusera même au Parlement de se désaisir de ses compétences au profit du Président de la République en tant que détenteur du pouvoir réglementaire¹⁰⁹. Enfin, il est allé encore plus loin dans son avis du 22 août 2004 relatif au contrôle de conformité de la loi organique portant statut de la magistrature lorsqu'il précise :

« Considérant que si le législateur est tenu de se référer à la Constitution et, le cas échéant, aux textes législatifs en relation avec l'objet du texte adopté, il ne peut, en revanche se référer aux textes réglementaires émanant du pouvoir exécutif »¹¹⁰

Même si une telle position est assez surprenante au regard de ses propres références à des textes inférieurs comme on l'a déjà relevé, le Conseil constitutionnel montre une rigueur extrême dans son contrôle à travers l'interprétation et l'application du principe de la séparation des pouvoirs et la règle de la répartition des compétences. Mais tout cela retransmet en fin de compte que le Conseil considère que le décret, qu'il soit réglementaire ou d'application, comme inférieur à la loi dans la hiérarchie des normes, même s'il semble « tirer trop fort sur la corde ». Ce qui risque probablement de poser certains problèmes relatifs à la continuité et surtout à la cohérence qui doivent régir cette jurisprudence constitutionnelle dans un proche avenir. Car il serait difficile pour le Conseil d'amorcer des revirements jurisprudentiels brutaux en ce cas, notamment lorsqu'on assiste qu'ailleurs le juge constitutionnel a permis au législateur de légiférer dans le domaine réglementaire¹¹¹. Il s'agit là en réalité d'un reproche d'ordre général qui

107 Voir également décision n°3 du 18 décembre 1989 précitée.

108 Il affirme en effet clairement après avoir rappelé les dispositions de l'article 125 alinéa 2 de la Constitution : *« Considérant en conséquence que le législateur a, dans ce cas, méconnu les dispositions de l'article 125 alinéa 2 de la Constitution ».*

109 Avis n° 4 AO-CC du 19 février 1997 relatif à la constitutionnalité de l'article 2 de l'ordonnance portant découpage judiciaire, JORA n° 15 du 19 mars 1997.

110 Dans le même avis et avant de statuer, il a précisé : *« Considérant que le Constituant en consacrant le principe de la séparation des pouvoirs, a donné compétence au législateur de légiférer dans les domaines limitativement énumérés dans la Constitution, sans empiéter sur le domaine réglementaire réservé au pouvoir exécutif »*, Avis du 22 août précité, JORA n° 57 du 8 septembre 2004.

111 En effet, par sa décision du 30 juillet 1982 sur la loi portant « blocage des prix et des revenus », le Conseil constitutionnel français a décidé que le domaine réglementaire ayant été institué au bénéfice du seul Gouvernement, celui-ci peut renoncer à s'en prévaloir, et que par conséquent, *« une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi n'est pas pour autant contraire à la Constitution »*, in L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit.

touche toute sa jurisprudence, même s'il justifie lui-même sa rigueur par la nature du contrôle de conformité¹¹².

e -Les normes jurisprudentielles

C'est surtout en droit administratif qu'un « Droit jurisprudentiel » a vu le jour et a pris forme. Ce phénomène a évidemment coïncidé avec le pouvoir normatif créateur dont s'est doté le juge. Et le juge constitutionnel n'a fait qu'emboîter le pas à son prédécesseur. On ne s'étendra pas sur ce sujet qui mérite une attention particulière. On constatera seulement que le juge constitutionnel pose des normes même s'il s'abrite continuellement derrière la Constitution. Or ces normes sont dissemblables ou de nature différente, d'où la difficulté. C'est ainsi qu'en interprétant la Constitution, il crée des normes « constitutionnelles » ; et en contrôlant la constitutionnalité de la loi, il se fait jurislatureur ; et en exerçant ses compétences de contrôle en général, il élabore de nouvelles notions juridiques tels les principes fondamentaux¹¹³. De cette façon, on pourrait déduire que c'est la nature de la norme créée qui commandera sa place dans la hiérarchie des normes. Or, on le sait, dans la théorie constitutionnelle, c'est l'organe d'édition ou de création qui donne a priori à la norme son rang dans la pyramide des règles juridiques¹¹⁴. Il s'ensuit alors que toutes les normes jurisprudentielles, du fait de la qualité et des compétences de l'organe, c'est-à-dire l'organe chargé de veiller au respect de la Constitution, se trouvent automatiquement placées elles-mêmes au sommet de la pyramide des normes comme la Constitution. Cette façon de voir est corroborée par la règle de l'autorité de la chose jugée.

Enfin, il n'est à remarquer que cette hiérarchisation n'englobe pas toutes les normes de l'ordre juridique interne. Seules celles qui sont soumises au Conseil constitutionnel ont été prises en considération. D'autre part, on s'est attaché principalement à décrire cette hiérarchie. Il ne s'agissait pas pour nous de dire si elle est déséquilibrée ou désarticulée même si on a, de temps à autre, émis certaines appréciations d'ordre politique ou idéologique qui n'ont juridiquement aucune influence sur la gradation des normes. Que le règlement émanant de l'Exécutif par exemple puisse jouir d'une sorte d'autorité « impériale » sur le plan pratique, cette autorité ne se

112 Cf. son avis du 28 août 1989 précité dans lequel il souligne : « *Considérant que la notion de conformité à la Constitution doit être entendu de façon stricte, en ce sens que le règlement intérieur de l'Assemblée populaire nationale doit reproduire fidèlement dans ses dispositions le schéma contenu dans les règles constitutionnelles dont il tire la substance* ».

113 Le Conseil a inauguré ce mouvement dès ses premiers avis et décisions. Voir Jean RIVERO, *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république : une nouvelle catégorie constitutionnelle ?* D. 1972, p. 265.

114 Bien évidemment, l'effectivité de ce critère organique est relative. Et le Conseil constitutionnel confirme cet état du droit à travers son rôle tantôt de « légiférant et tantôt de constituant ».

retrouve point sur le plan normatif car c'est la Constitution ou la loi, c'est-à-dire les normes supérieures, qui déterminent la procédure et les organes compétents pour l'édicter.

De même, le Conseil constitutionnel, avec toute l'autorité qu'on serait tenté et espéré lui donner car il célèbre chaque fois dans ses décisions et avis le mariage du droit et de l'Etat, n'est que le fruit du système institutionnel et politique que porte la Constitution et que retransmet la pratique. Qu'il ait tenté de forcer certaines portes ou qu'il ait essayé de rétablir certaines situations, il se présente beaucoup plus comme un des principaux précepteurs de l'éducation juridique des pouvoirs publics.

En concluant et puisqu'il s'agit du Conseil constitutionnel, organe de droit et non d'opportunité en principe, une image symbolique nous traverse l'esprit : *le peuple rend hommage à ses martyrs et l'Etat doit rendre les honneurs à la force du Droit...*