

CHAPITRE 4 LES SOURCES DU DROIT

L'article premier du code civil stipule que **la loi** régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une des ses dispositions.

En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du **droit musulman** et à défaut selon **la coutume**.

Le cas échéant, il a recours au **droit naturel et aux règles de l'équité**.

Selon cet article, les sources du droit sont dictées dans un ordre hiérarchique obligatoire pour le juge.

A/ Les sources principales de la règle de droit -La législation (la loi)-

Le mot loi (législation) ici est pris dans un sens très large, il reconnaît toutes les normes juridiques formulées **par écrit**, par **une autorité compétente**, présentant **un caractère général, impersonnel et obligatoire**.

Parmi tous les organes du corps social, seuls quelques-uns ont la qualité pour exprimer la règle de droit et en affirmer le caractère obligatoire, la légitimité du droit tire sa force de la légitimité de l'organe qui en est à l'origine.

Les organes qui ont autorité pour édicter les règles de loi ou consacrer des solutions juridiques sont divers et hiérarchisés. Cette hiérarchie des règles présente une grande importance, car un texte d'une catégorie inférieure est généralement subordonnées aux textes d'une catégorie supérieure et ne peut y déroger.

a/ La constitution:

La constitution algérienne du 28 novembre 1996 est au sommet de la hiérarchie des normes juridiques.

La constitution désigne le type de gouvernance et les différents pouvoirs dans un Etat: les compétences de chacun et les relations entre eux, et leurs relations avec les personnes, aussi, elle détermine les libertés et les droits des citoyens et leurs devoirs.

a-1-La mise en place de la constitution :

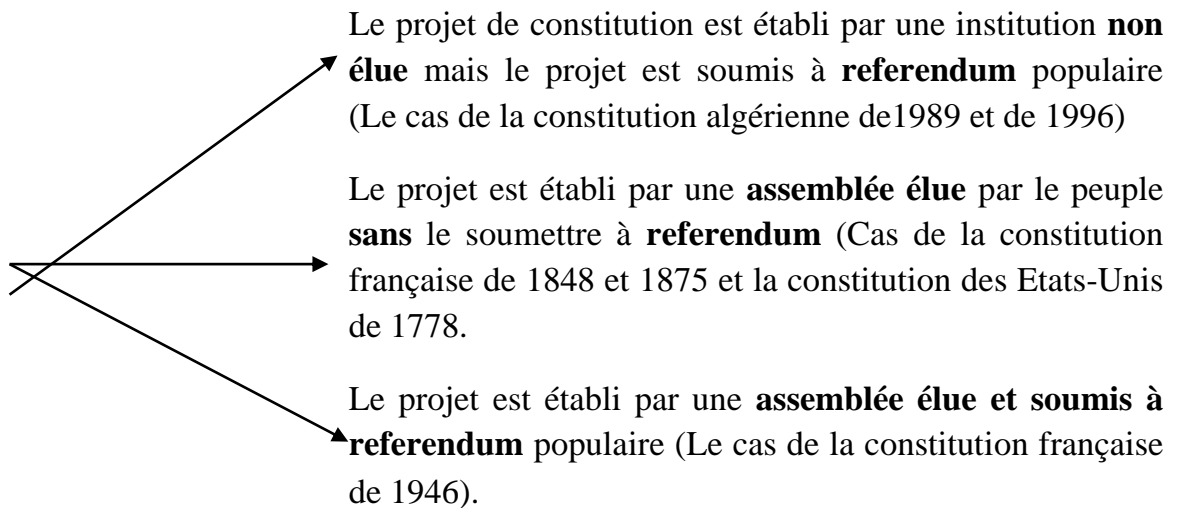
La constitution est l'œuvre **du pouvoir constituant (le peuple)** propriétaire ou détenteur de la souveraineté (dans un système démocratique).

Auparavant, la constitution est mise en place par le biais de l'octroi ou du contrat (dans les systèmes non démocratiques) :

-Un **octroi** du souverain (le gouverneur) au profit du peuple. (Exemple : la constitution française ou la charte octroyée de 1814 et la constitution égyptienne de 1923).

-La constitution est un **contrat** contracté par le gouverneur et quelques représentants du peuple qui sont préalablement désignés avec soin par le gouverneur (Le cas de la constitution du Kuwait de 1962).

Dans un **système démocratique**, où le peuple détenteur de la souveraineté participe à la mise en place d'une constitution l'un des cas de figure peut se présenter :



La constitution coutumière : l'ensemble de règles non écrite d'origine coutumière régissant la pratique du pouvoir dans un Etat. Elle peut manquer de précisions, comme elle peut être sujet de confusion, exemple la constitution britannique.

La constitution écrite : l'ensemble de règles formulées dans un document écrit officiel. La première constitution écrite est celle de Virginie de 1776, en France est celle de 1791 qui a été précédée par la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

a-3-La révision de la constitution

Toutes les Constitutions prévoient les modalités selon lesquelles elles peuvent être modifiées : on parle de **procédure de révision**. Il peut s'agir de corriger des imperfections ou de modifier des règles de fonctionnement du régime. Cette procédure peut être plus ou moins complexe.

- On parle de **Constitution «souple»** lorsqu'elle peut être révisée par les mêmes organes du pouvoir législatif et selon les mêmes procédures servant à l'adoption des lois ordinaires, le cas de la constitution d'Angleterre.

La Constitution perd ainsi de sa portée symbolique et sa suprématie par rapport aux autres textes juridiques.

- Les **Constitutions «rigides»** ne peuvent être révisées que par un organe distinct (ex : une assemblée élue) et/ou selon une procédure différente (ex : référendum) de celles servant à l'adoption des lois ordinaires.

La Constitution est alors préservée des modifications trop fréquentes. Elle conserve ainsi un statut spécifique et sa primauté par rapport aux autres règles de droit correspondant à son rang de « pacte fondamental » de la Nation

a-4-La révision de la constitution Algérienne :

La révision de la constitution Algérienne s'effectue de deux manières :

La première:

-La révision constitutionnelle est décidée à l'initiative du Président de la République ainsi que les trois-quarts 3/4 des membres des deux chambres du parlement réunis ensemble

peuvent faire une proposition de révision constitutionnelle qu'ils présenteront au président de la république.

-Le projet de révision est voté en termes identiques par l'APN et le conseil de la nation dans les mêmes conditions qu'un texte législatif.

-Une fois adopté par le parlement, le projet de révision est soumis par referendum à l'approbation du peuple dans les 50 jours.

-Le Président de la République **promulgue** la nouvelle constitution approuvée par le peuple.

Si le projet est repoussé par le peuple, il deviendra caduc, et il ne peut être) à nouveau soumis au peuple durant la même législature.

La seconde :

-L'initiative de révision parvient du président de la République.

-Le projet de révision constitutionnelle est soumis au conseil constitutionnel qui approuve qu'il ne porte aucunement atteinte aux principes généraux régissant la société algérienne, aux droits et libertés de l'homme et du citoyen, ni n'affecte d'aucune manière les équilibres fondamentaux des pouvoirs et des institutions.

Après avoir pris un avis motivé du conseil constitutionnel, le projet de révision est soumis au parlement avec exigence d'obtention des $\frac{3}{4}$ des voix des membres des deux chambres du parlement.

Dans ce cas, Le Président de la République peut directement promulguer la révision constitutionnelle sans la soumettre à référendum populaire.

b- Les conventions Internationales

La primauté du traité sur la norme interne (les lois internes) est consacrée par l'article 150 de la constitution algérienne de 1996 ainsi, les traités ratifiés par le Président de la République dans les conditions prévues par la constitution, constitue une source de droit et avec **une valeur supérieure à la loi.**

Là en fait, certaines conventions n'imposent d'obligations qu'aux Etats. (Comme la charte des Nations-Unis) elles ne créent ni droits ni obligations aux simples particuliers.

Mais quand le traité est une source de droits ou de devoirs pour les ressortissants d'un Etat qui y sont parties, on dit qu'il est d'applicabilité directe. Exemple, le cas de la convention de New York sur les droits de l'enfant.

c- La loi :

Ensemble de règles de droit élaborées par le pouvoir législatif (le parlement qui est composé de deux chambres : l'Assemblée Populaire Nationale (l'APN) et le Conseil de la nation) dans le cadre de ses attributions constitutionnelles.

L'initiative d'élaboration des lois appartient au Premier ministre et aux députés.

Les propositions de lois, pour être recevables, si elles sont déposées par vingt (20) députés ou 20 membres du conseil de la nation.

Les Projets de lois sont présentés en conseil des ministres **après avis du conseil d'Etat** puis déposé par le 1^{er} ministre sur le bureau de l'APN.

Les lois sont votées par l'APN et le Conseil de la Nation à la majorité.

La loi peut être ordinaire ou organique

Le Parlement légifère dans les domaines que lui attribue la Constitution, par une **loi ordinaire** concernant, les droits et devoirs fondamentaux des personnes; notamment le régime des libertés publiques, la sauvegarde des libertés individuelles et les obligations des citoyens; les règles générales relatives au statut personnel et au droit de la famille, la nationalité; la condition des étrangers; l'organisation judiciaire et à la création de juridictions; le droit pénal et de la procédure pénale, notamment la détermination des crimes et délits... (29 domaines désignés à l'article 140 de la constitution).

La loi ordinaire est adoptée par **les deux chambres à la majorité des membres présents**.

Le parlement légifère aussi par **la loi organique** dans les domaines concernant l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics, le régime électoral, la loi relative aux partis politiques, la loi relative à l'information, les statuts de la magistrature et l'organisation judiciaire, la loi cadre relative aux lois de finances et la loi relative à la sécurité nationale.

La loi organique est adoptée à **la majorité absolue des membres de l'APN et des membres du Conseil de la Nation**.

Mais elle est soumise à un contrôle **de conformité par le Conseil Constitutionnel** avant sa promulgation.

Les règles de droit peuvent être rassemblées dans un seul ouvrage qui prêle toutes les dispositions traitant le même sujet, exemple : Le code médical qui traite les rapports et relations entre les médecins et patients et les responsabilités les obligations et droits du médecin. On appelle cette opération « **la codification** ».

Elle consiste à regrouper des textes normatifs de nature diverse dans un recueil concernant une matière donnée. Et le premier code apparu est le code civil de Napoléon de 1804. (Avant celui-ci, il y a eu le code pénal en 1791)

(Sans oublier Amourapi le roi de Babylone (En Irak) qui a codifié l'équivalent de 282 articles en 1730 avant Jésus-Christ)

d-Les ordonnances

Le président de la république peut légiférer par **ordonnance** en cas de **vacance de l'Assemblée Populaire Nationale (l'APN)** ou pendant le congé parlementaire. (Article 142 de la constitution).

Le Président de la République soumet les textes qu'il a pris à l'approbation de chacune des chambres du Parlement, à sa prochaine session.

Les ordonnances non adoptées par le Parlement sont caduques (nulles).

Aussi, en cas **d'état d'exception** défini à l'article 107 de la Constitution, le président de la république peut légiférer par ordonnances.

(Définition de l'état d'exception : Lorsque le pays est menacé d'un péril imminent dans ses institutions, son indépendance ou de son intégrité territoriale, le président de la république décrète l'état d'exception, après consultation du président de l'APN, le président du conseil de la nation et du conseil constitutionnel. L'état d'exception habilite le président de la république à prendre des mesures exceptionnelles que commande la sauvegarde de la nation et des institutions de l'Etat)

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres.

e-Les Règlements :

Le règlement constitue l'ensemble de règles de droit élaborées par le pouvoir exécutif.

Il est stipulé dans l'article 143 de la constitution que les matières autres que la loi relèvent du pouvoir réglementaire du président de la république.(c à d, en dehors des 29 domaines de la loi ordinaire et 6 domaines de la loi organique qui demeurent de la compétence du parlement).

On peut distinguer, selon **l'objet du règlement** entre les règlements d'application, règlement d'organisation et règlement de police administrative :

-Règlements d'application : ou appelés aussi règlements d'exécution. La loi instaure les grands axes et c'est le règlement qui spécifie les modalités d'application et dans ce cas un décret d'application (ou décret exécutif) ne saurait contredire une disposition légale quelle qu'elle soit.

-Règlement d'organisation : (Règlement autonome) L'ensemble de règles élaborées par le pouvoir exécutif pour l'organisation des services publics de l'Etat.

Attendu que le pouvoir exécutif est plus compétent du choix des règlements convenable à la gestion des services publics qu'il gère à travers ses administrations, il jouit dans ce cas de toute son indépendance pour leur mise en place.

-Règlement de police administrative : Composé de l'ensemble de règles établies par le pouvoir exécutif pour préserver l'ordre public avec ses trois composantes (la sécurité publique, la santé publique et la tranquillité publique) :

a- La sécurité publique en préservant les personnes et les biens des atteintes et préjudices.

b- La santé publique en protégeant la santé et le maintien de la salubrité (Protection de la santé et de l'hygiène par exemple, la gestion des marchands ambulants, le contrôle de l'alimentation...)

c- De la tranquillité publique : prévention des perturbations de la rue en régulant les différentes manifestations..., et aussi du tapage nocturne par la gestion des locaux ouverts la nuit

Comme on **peut classer les différents règlements selon l'organe** qui les a établis :

Le décret : un acte exécutoire à portée générale ou individuelle pris par le Président de la République (décret présidentiel) ou par le 1^{er} ministre (décret exécutif) qui exerce le pouvoir réglementaire.

L'arrêté : une décision exécutoire à portée générale ou individuelle émanant d'un ou plusieurs ministre et d'autre autorités administratives (Wilaya, Commune.....)

L'instruction : c'est un texte définissant les modalités d'application des lois et des décrets ou déterminer les règles d'organisation et le fonctionnement des administrations publiques émanant des responsables administrateurs aux administrés (Président, Ministre, Wali, Directeur...)

Circulaire : une instruction de services écrite adressée par une autorité supérieure à ses agents subordonnés.

B/ Les sources secondaires de la règle de droit

L'article premier du code civil a défini les sources de la règle de droit et les a classés par ordre décroissant, après les sources principales des sources secondaires sont précisées : le Droit musulman, la coutume et le droit naturel et règles d'équité.

Cet ordre n'est pas toujours respecté, par exemple pour le code de la famille le droit musulman se classe juste après la source principale qui est la législation puis la coutume en troisième lieu contrairement au code commercial la coutume vient juste après la législation et le droit musulman en troisième lieu.

a-Le Droit musulman

Le droit musulman est un système de nature essentiellement religieuse, il puise ses règles fondamentalement dans le Coran, la Sunna et sur la raison humaine qui comprend : le consensus des juristes (Ijma), le raisonnement analogique (Qiyas) et secondairement, sur les normes convenus chez les quatre doctrines (Fikh) se rapportant à la morale ou la science du Fikh l'interprétation (Ijtihad) :

1- **Le coran** est la première source sur laquelle se base le droit islamique, il est composé de l'ensemble des versets coraniques regroupés dans le livre saint.

2- **Sunna** : elle est consignée dans les hadiths du prophète de l'Islam Mohammed relatés par ses compagnons par des chaînes d'intermédiaires appelés aussi (garants « Isnad »).

Le prophète est considéré comme un exemple pour l'ensemble des musulmans. Ces hadiths vont donc servir de matière première lors de l'élaboration des lois musulmanes.

3- **Le Consensus** : il est fondé sur un hadith, « Ma communauté ne s'accordera jamais sur une erreur ». il repose sur le consensus unanime des Mujtahid (les théologiens juristes qualifiés qui appartiennent à une même génération).

Le Malékisme ne reconnaît que l'Idjmâ des compagnons du prophète (Les Sahaba, témoins de sa vie) et des suivants (les suivants sont les personnes qui n'étaient pas témoins directs de la vie du prophète, mais qui ont coexisté avec les Sahaba).

Par contre les Hanbalites ne reconnaissent que l'Idjmâ des compagnons du prophète.

4- **L'analogie Qiyas** : Si une règle est connue concernant un élément particulier, il est possible de décliner cette règle sur un élément similaire. Il s'agit d'utiliser le raisonnement humain afin de comprendre la loi divine.

L'Ijtihad :

Effort de réflexion personnelle basée sur les principes généraux de l'Islam. Elle est pratiquée par les juristes (Muftis) ou les savants (Mujtahid).

Les Mujtahid sont supérieurs aux fakihs, ceux qui ont l'intelligence de la loi et peuvent l'interpréter, non seulement ils interprètent le droit, mais peuvent encore le créer, lorsque les textes nouveaux causés par l'expansion de l'Islam obligent cette invention.

b-La coutume :

C'est l'ensemble des règles non écrites non élaborées par le pouvoir législatif ou exécutif. C'est des pratiques **généralement** et **fréquemment** admises et auxquelles est soumise toute la société.

La coutume se caractérise par l'obligation à la différence de la tradition.

La coutume apparaît comme une pratique de la vie juridique qui présente un caractère habituel et qui, de ce fait, tend à se poser en règle de droit.

La coutume suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément psychologique.

- **L'élément matériel** : l'usage de cette règle doit être ancien, constant, notoire (connu) et général (s'appliquant à l'ensemble des groupes de personnes.)

- **L'élément psychologique** : l'existence d'une conviction du groupe d'agir en vertu d'une règle obligatoire. (La coutume émane directement du peuple et sans passer par ses représentants, sa formation est lente et non délibérée contrairement à la loi).

c-Principes du Droit Naturel et des Règles d'Équité

Quand le juge est en face d'une situation d'absence d'une règle juridique, d'une loi musulmane ou coutumière, est censé revenir aux principes du droit naturels et des règles d'équité.

Le juge qui refusera de trancher dans un litige sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (Voir l'article 136 du code pénal algérien).

Donc les principes de droit naturel et les règles d'équité constituent un ensemble de principes universels, idéals et intangibles applicables à tout les temps, exemple :

-L'**équité** dans le jugement **des situations identiques** et des relations semblables entre les personnes.

-Dans un cas ou plusieurs solutions existent, il faut prendre celle qui prend les **considérations d'humanité** en premier lieu.

-Dans une situation précise, il faut prendre **les éléments personnels** qui ont poussé ou induit à l'existence d'une telle situation.

C/les sources interprétatives de la règle de droit

Ce sont les sources d'interprétation de la règle juridique ; elles ne créent pas le droit, mais elles donnent l'assistance à celui qui l'applique de forger correctement le sens visé par le législateur, et puis se prononcer selon à ce que le droit.

1- La jurisprudence :

Ce sont les décisions (arrêts jugements) rendues par les différentes juridictions de l'Etat (tribunaux, cours d'appel, tribunaux administratifs, cour suprême et conseil d'état), en statuant sur les litiges, elles mettent en place des modes d'interprétation pour l'application correcte et facile des règles juridiques.

2- La doctrine :

Le mot "doctrine" désigne d'une manière globale, les travaux contenant les opinions exprimées par des juristes, comme étant le résultat d'une réflexion portant sur une règle ou sur une situation.

Présenter une construction juridique, la définir, la replacer dans l'ensemble des rapports de droit, l'interpréter par la délimitation des conditions de sa mise en œuvre, utiliser la comparaison, faire ressortir ses convenances et en indiquer les limites, en préciser les effets sur la vie des sociétés, en faire à la fois un examen systématique, analytique et critique c'est le rôle de la doctrine.