

La para-légalité administrative

Charles-André Dubreuil

Professeur de droit public

Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)

1. Etudier la para-légalité administrative peut apparaître comme un exercice vertigineux qui suppose d'opérer un choix entre le parachute ou le parapente, entre ce qui est prévu **contre** la chute ou ce qui est prévu pour **accompagner** la chute.

En effet, le préfixe para connaît deux significations qui donnent à l'expression de para-légalité deux sens bien différents. Dans son premier sens, le préfixe para signifie une opposition, un contraire, et qualifie tout objet ou toute notion destinés à prévenir ou lutter – à parer - un évènement donné : le parapluie, le paratonnerre, le parasol, le paravent.

Dans son second sens, le préfixe est utilisé pour désigner des objets ou notions qui ont pour caractéristiques de s'approcher, d'accompagner un objet ou une notion principale sans pouvoir y être assimilé en raison de particularités propres. Ainsi en est-il du paralangage, de la parapharmacie, de la paralittérature qui désignent des objets exclus du langage, de la pharmacie, de la littérature mais qui les accompagnent, qui sont parallèles à ces notions, qui sont « à côté de ces notions ».

2. Nous excluons d'emblée de ces développements l'idée selon laquelle serait para-légal ce qui est prévu ou conçu pour se prémunir contre le droit, pour lutter contre le droit. L'idée peut certes paraître intéressante voire séduisante, mais elle conduirait à étendre exagérément le champ de cette étude.

En revanche, on pourrait retenir que la para-légalité désigne une modalité particulière de production du droit en marge du droit positif. C'est ce que met particulièrement bien en lumière Hugues Dumont, à propos du droit public belge, pour qui la para-légalité¹ désigne un ensemble de normes établies en méconnaissance des règles de production du droit, parfois en

¹ H. Dumont et A. Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, 2010, p.

contradiction avec les normes juridiques valablement en vigueur, et qu'un ensemble de personnes ou d'institutions souhaite voir reconnaître par le droit positif. On crée alors du droit contre le droit ou malgré le droit.

3. En droit administratif français, on pourrait alors s'interroger sur les conditions dans lesquelles les agents, dans le cadre de leur fonction d'application de la loi, adoptent des pratiques spontanées qui, du fait de leur répétition et de leur acceptation généralisée, constituent de véritables normes opposées aux administrés alors qu'elles s'instaurent en marge du droit, concurremment avec les règles de production du droit.

Il faudrait noter que de telles pratiques ne deviennent des règles de droit positif qu'en raison de l'intervention d'une norme validante postérieure puisque, même répétés de manière générale, ancienne et constante, un usage ou une pratique des autorités administratives ne peuvent être considérés en tant que tel comme règles de droit.

S'intéressant à cette question, G. Teboul² estime que « de façon générale, le juge considère que les pratiques de l'administration qui complètent le droit écrit ne peuvent pas donner naissance à des règles coutumières : l'administration n'est pas liée par l'attitude, même ancienne et constante, qu'elle a pu adopter ». Si bien que l'on pourrait formuler la règle selon laquelle un administré n'a pas de droit au maintien d'une pratique de l'administration, même ancienne³.

4. Malgré tout l'intérêt que présente l'étude de cette forme de para-légalité administrative, c'est principalement la seconde signification qui sera retenue dans le cadre de ces quelques lignes, même si certains rapports avec la première pourront être soulignés.

Il s'agira alors de s'intéresser aux mesures adoptées par les autorités administratives qui visent à accompagner l'application du droit positif légal et réglementaire par les agents : directives, circulaires, notes de service, instructions, etc. Ces règles peuvent être qualifiées de para-légales dans la mesure où elles sont adoptées à côté du droit, parallèlement au droit, en vue de permettre son application effective.

Trois questions pourront alors être traitées successivement : celle de la compétence de l'autorité administrative pour adopter de telles mesures (I), celle des fonctions de ces mesures (II) et celle de leur force normative (III).

² G. Teboul, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Bibliothèque de droit public, T.153, LGDJ, 1989, p.137 et s.

³ C.E., 18 décembre 1974, *Union viticole du Beaujolais*, n°90815, cité par G. Teboul préc.

I La compétence pour adopter des mesures administratives para-légales.

5. Il s'agit ici de se demander en vertu de quelle règle d'habilitation les autorités administratives peuvent adopter des mesures para-légales. Cette question pose d'emblée une difficulté du fait que cette pratique est d'abord un phénomène purement administratif assez rétif à l'analyse qui est couramment utilisée pour déterminer les fondements du pouvoir réglementaire. Il n'en demeure pas moins que si l'on estime que ces mesures disposent d'une valeur normative, il est indispensable, sous peine de leur nier toute validité dans l'ordre juridique, de leur trouver un fondement juridique.

6. Lorsqu'il n'existe aucune habilitation textuelle, c'est sûrement en leur qualité de chef de service, au sens de la jurisprudence Jamart⁴, que les agents placés à la tête d'un service sont compétents pour adopter les mesures d'accompagnement ou de concrétisation de la loi que sont les mesures administratives para-légales. Le Conseil d'État jugeait en effet dès 1936 que les ministres peuvent, « comme tout chef de service, prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ».

Cette jurisprudence est certes présentée comme accordant aux chefs de service un véritable pouvoir réglementaire d'organisation des services. Mais, qui peut le plus pouvant le moins, on doit considérer que pour permettre l'accomplissement des missions confiées à son service, un chef de service doit pouvoir adopter les mesures d'accompagnement destinées à permettre l'application de la loi par ses agents. D'ailleurs, dans sa note, Rivero préfère parler de pouvoir de décision des chefs de service s'étendant au-delà du pouvoir réglementaire à proprement dit et comportant des mesures générales ou individuelles. Pour l'auteur, l'expression employée par le Conseil d'État visant « les mesures nécessaires au fonctionnement de l'administration » est volontairement vague et ne permet pas « de définir *a priori* une catégorie d'actes bien arrêtée ».

Pour autant, le Conseil d'État n'explicite pas le fondement de la compétence ainsi reconnue aux chefs de service. Et diverses interprétations doctrinales ont pu être proposées : certaines voyant dans l'existence de mesures administratives para-légales l'expression d'un pouvoir

⁴ C.E., Sect., 7 février 1936, Jamart, p.172, S. 1937.3.113, note Rivero.

spontané, d'autres militant au contraire pour la reconnaissance d'un fondement textuel ou jurisprudentiel⁵.

7. Rivero voyait dans l'intérêt du service une justification implicite du pouvoir reconnu aux chefs de service. Selon lui, c'est en raison de sa nécessité pour le fonctionnement régulier et continu des services publics que ce pouvoir est reconnu par le Conseil d'État. Il répondrait à une nécessité de fait, celle de faire fonctionner de manière continue et régulière les services publics qu'a souhaité instaurer le législateur. Pour l'auteur : « le service ne peut se passer de cet élément essentiel à toute entreprise qu'est l'existence d'un certain pouvoir d'organisation et de décision remis aux mains de son chef, pouvoir auquel il ne peut être suppléé par aucune législation, car, si minutieuse qu'elle fût, elle ne pourrait cependant prétendre résoudre la totalité des problèmes concrets que pose chaque jour la vie d'un service. ».

Adoptant un raisonnement assez proche, d'autres auteurs ont utilisé la théorie de l'habilitation implicite des chefs de service⁶. Elle signifie que ces derniers ont implicitement mais nécessairement reçu compétence pour adopter les mesures accompagnant l'application de la loi. Ainsi, lorsqu'une loi confie de manière générale à l'administration un certain pouvoir de décision, elle implique nécessairement que des mesures d'orientation, d'accompagnement soient adoptées pour en assurer l'exécution.

Ces différentes analyses font largement écho à l'approche institutionnelle de l'Administration dont la para-légalité administrative serait une conséquence. Ainsi, pour Y. Gaudemet, la para-légalité administrative se justifierait non pas à raison de l'aptitude de l'administration à créer du droit mais en raison de « sa nature institutionnelle »⁷.

8. Dans sa thèse consacrée aux pratiques administratives para-réglementaires, Daniel Mockle s'interroge sur l'existence d'un fondement juridique exprès. Deux hypothèses sont alors soulevées : celle d'un fondement constitutionnel général et celle d'un fondement jurisprudentiel.

Dans le premier cas, l'auteur voit dans l'article 21 de la Constitution qui confie au Premier ministre le soin d'assurer l'exécution des lois un fondement aux pratiques para réglementaires

⁵ D. Mockle, *Recherche sur les pratiques administratives pararéglementaires*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, T. 147

⁶ J.-C. Vénétia, *Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative*, in Mélanges Waline, T.2, p.797.

⁷ Y. Gaudemet, « Remarques à propos des circulaires administratives », in Mélanges Stassinopoulos, p.563.

qui, en faisant un rappel des dispositions légales et en en assurant l'application concrète, constituent des mesures d'exécution.

Dans le second cas, l'auteur démontre comment, afin de justifier – voire de régulariser – l'utilisation par l'administration d'une « légalité secondaire et dérivée » prenant la forme de pratiques para-légales non prévues par les textes, le juge administratif a été amené à inclure ces pratiques dans des catégories de mesures de faibles valeur juridique telles que les circulaires ou les directives et à les faire bénéficier d'une certaine immunité jurisprudentielle afin d'éviter les annulations inéluctables pour défaut de base légale.

9. Peut-on réaliser une synthèse de ces diverses propositions ?

Cela est peut être possible si l'on distingue ce qui relève du répertoire justificatif et ce qui relève du registre des fondements juridiques⁸.

Relèveraient du premier le recours à la théorie de l'Institution et au rôle de la jurisprudence administrative.

En effet, la théorie de l'Institution dispose d'un pouvoir explicatif très fort pour justifier le pouvoir reconnu au chef de services d'adopter des mesures para-légales : l'institution administrative nécessiterait par nature que des mesures d'organisation et d'accompagnement des agents soient adoptées afin d'assurer son fonctionnement régulier.

La jurisprudence administrative a par ailleurs permis de justifier *a posteriori* une pratique qui s'était développée spontanément en fait et dont le juge a souhaité reconnaître l'existence juridique plutôt que de le sanctionner pour défaut de fondement juridique.

Relèveraient ensuite du registre des fondements juridiques le recours à des textes législatifs ou constitutionnels habilitant directement ou indirectement les chefs de services à adopter des mesures para-légales. Ces hypothèses étant rares, on doit alors se référer aux règles constitutionnelles qui nous semblent être les seules à même d'habiliter les chefs de service à adopter de telles mesures. Deux fondements peuvent alors être sollicités : les articles 20 et 21 de la Constitution confiant au pouvoir exécutif le soin de diriger l'administration et d'assurer l'application des lois et le principe constitutionnel de continuité des services publics.

⁸ Cette distinction découle de la lecture de la thèse de M. Pelletier, *Les normes de droit fiscal*, Nouvelle Bibliothèque des thèses, Dalloz, 2008.

Si l'on accepte cette hypothèse, on peut alors s'interroger sur les fonctions des mesures administratives para-légales.

II- Les fonctions des mesures administratives para-légales.

10. Il est possible de présenter les fonctions des mesures administratives para-légales en retenant deux angles d'approche. Le premier est le plus classique et permet de déterminer les finalités propres à chacune de ces mesures. Le second est plus iconoclaste et permettrait de voir dans le développement des mesures para-légales le résultat d'une volonté de l'administration d'agir en dehors du cadre de l'acte réglementaire.

A- Les finalités propres aux mesures para-légales

11. Au regard de la diversité des manifestations de la para-légalité administrative, il n'est guère étonnant de constater que celle-ci répond à plusieurs finalités. Il est d'ailleurs révélateur que tant la doctrine que la jurisprudence administrative distinguent différentes catégories de mesures para-légales en fonction de leur but, afin de leur appliquer un régime juridique et contentieux spécifique. Ainsi est-il possible de distinguer l'organisation interne des services, l'interprétation des textes, la fixation de lignes directrices dans l'accomplissement des missions confiées aux agents.

Il n'est guère besoin de s'appesantir longuement sur ce point tant il semble évident que l'exigence d'une application efficace et uniforme du droit exige que des mesures d'organisation et des lignes directrices soient fixées par les chefs de service à destination de leurs subordonnées. C'est ce qu'écrit R. Chapus à propos de directives⁹ : « par la directive, c'est une doctrine, une ligne de conduite, une politique que le chef de service définit, avec la préoccupation de prévenir ou limiter le risque de contradictions et de discriminations ».

⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, Domat droit public, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p.519.

12. Néanmoins, on pourrait concevoir une unité fonctionnelle propre à l'ensemble de ces mesures. Celle-ci résiderait dans le rôle de liaison entre le droit au repos et le droit en action.

Pour expliciter ce rôle, on peut recourir à l'image d'une chaîne composée de plusieurs maillons et qui figurerait l'action administrative. Le premier maillon de la chaîne est constitué des missions d'intérêt général confiées à l'Administration. Le dernier est constitué des décisions administratives générales ou individuelles visant à l'accomplissement de celles-ci. Entre ces deux extrémités réside un maillon indispensable regroupant les mesures para-légales qui s'inscrivent dans une opération décrite par D. Mockle en ces termes: « les activités guidées de *l'effectueur* (les administrés) sont conditionnées par les opérations guidantes de *transducteur* administratif, opérations elles-mêmes déterminées par les fonctions téléologiques du *sélecteur* (Parlement et Gouvernement) »¹⁰.

Les mesures para-légales constitueraient donc celles qui permettent le passage du droit au repos, c'est-à-dire celui qui décrit des missions, qui prescrit des comportements, vers le droit en action, c'est-à-dire le droit en train de se faire. De telle sorte que la concrétisation, l'exécution, la mise en œuvre des règles de droit par les autorités administratives pourraient être comparée à une sorte d'opération complexe au cours de laquelle chacune des étapes est indispensable à la réalisation du but confié à l'administration.

B- La fonction inavouée des mesures administratives para-légales

13. L'observateur de la vie administrative ne peut que constater le développement toujours croissant du phénomène para-légal au sein des services administratifs. Ceci n'est pas étonnant eu égard à la croissance de la production normative qui induit logiquement un développement proportionnel de la para-légalité. Cela est d'ailleurs amplifié par la technicité de plus en plus marquée des règles générales qui suppose l'adoption de mesures d'interprétation ou de direction sans lesquelles les services ne pourraient agir, ainsi que par la rédaction de plus en plus médiocre des textes.

14. Ce développement de la para-légalité ne doit toutefois pas être uniquement vu comme étant imposé à l'administration. Il n'est pas si innocent ni sans conséquence pour elle.

¹⁰ In D. Mockle, préc., p.107.

Il n'est pas innocent car il correspond souvent à une réelle volonté des chefs de service d'user du procédé para-légal afin de contourner les règles d'adoption des actes administratifs réglementaires.

Il en va ainsi des règles de compétence, puisqu'il est bien établi qu'en dehors d'une habilitation expresse, les ministres ou autres chefs de services ne disposent pas du pouvoir réglementaire. A défaut, la pratique des ministres a donc eu tendance à faire des circulaires ou autres directives des succédanés d'actes réglementaires. Et l'on se doit de constater, avec C. Wiener¹¹, qu'il est difficile de contester la nécessité d'une telle pratique tant les lacunes de la production législative exige de l'administration, avant toute application, des mesures d'interprétation et de précision.

15. Il n'est pas non plus sans conséquences puisque les agents chargés d'appliquer les règles générales se réfèrent en priorité à la mesure para-légale. Pour R. Chapus, « dans les faits, un fonctionnaire attend d'avoir reçu la circulaire adéquate pour faire application des dispositions législatives ou réglementaires, qui pourtant sont déjà en vigueur »¹². Outre que cela dénote une déférence plus grande des agents envers le pouvoir hiérarchique qu'envers les dispositions légales qu'ils sont chargés de mettre en œuvre, cela peut également paraître choquant pour un administré confronté à une décision qui se fonde plus sur une mesure interne dont il n'a souvent aucune connaissance que sur le texte même de la loi ou du règlement. L'évolution textuelle et jurisprudentielle a certes permis de réduire de tels inconvénients, mais elle n'enlève rien au fait qu'en l'état actuel des choses, l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » doit être compris comme signifiant « nul n'est censé ignorer la loi et les mesures internes prises pour son application ».

¹¹ C. Wiener, *Du pouvoir réglementaire des ministres en droit français*, R.I.S.A., 1971, p.315.

¹² R. Chapus, préc, p.

III- La force normative des mesures administratives para-légales

16. On distingue classiquement les effets juridiques produits par les mesures para-légales à l'égard des agents, ce qui conduit à s'intéresser au pouvoir hiérarchique des chefs de services, et à l'égard des administrés, ce qui conduit à s'interroger sur l'opposabilité des mesures para-légales. On étudie également le statut contentieux des mesures concernées, ce qui conduit à s'intéresser à leur nature juridique exacte.

Mais il n'est guère fait état de la légalité même du recours à ces mesures para-légales. Or, il apparaît qu'à défaut d'habilitation textuelle, les chefs de service ne devraient pas être autorisés à les adopter. Comme l'exprime D. Mockle¹³, « par son caractère spontané, une pratique administrative qui possède une valeur normative constitue un cas de violation du principe de légalité ».

C'est certainement ce qui a conduit un certain nombre d'auteurs à dénier à ces pratiques le moindre effet juridique, à les considérer comme de l'infra-droit ou du pré-droit.

17. Le pré-droit serait constitué d'un ensemble de phénomènes non juridiques dont la réunion concourt à la création de la règle de droit positif. Dans ce cadre, la création d'une norme dite finale serait le résultat de l'adoption d'un certain nombre de mesures para-légales ne disposant pas de force normative. Le cas des actes préparatoires vient alors à l'esprit.

Mais le pré-droit peut également désigner un ensemble de pratiques qui, adoptées spontanément, ne sont tout d'abord pas considérées comme normatives puisqu'adoptées en dehors de toute habilitation, mais qui le deviennent dès lors que le droit positif les valide.

L'infra-droit, tel qu'il est analysé par le doyen Carbonnier, serait quant à lui constitué d'un ensemble de phénomènes qui tirent, de leur proximité, de leur ressemblance avec le droit, une coloration particulière, formant ainsi un système autonome de règles et de conduites en l'absence d'une sanction légale¹⁴. Cet infra-droit ne peut qu'entrer en conflit avec le droit, situation qui prend alors le nom d'internormativité, et qui peut se résoudre par une reconnaissance et une validation des pratiques spontanées par des règles de droit positif.

¹³ Op.cit. p.326.

¹⁴ Définition tirée du Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^e édition, L.G.D.J., p.300.

Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, la para-légalité administrative ne peut naître au monde du droit qu'à la condition d'être validée par le droit positif.

Or, cette validation a été réalisée non pas par des textes mais par le juge administratif lui-même. Doit-on citer les arrêts Jamart, Crédit Foncier de France, Notre Dame du Kreisker pour s'en convaincre ? Il s'agit d'une véritable politique jurisprudentielle menée par le Conseil d'État afin de justifier un certain nombre de pratiques dépourvues de tout fondement juridique exprès et qui étaient à ce point « entrées dans les mœurs », à ce point indispensable à l'accomplissement des missions confiées aux agents des services publics, qu'il semblait impossible de ne pas leur reconnaître une existence juridique.

18. Pour autant, cette reconnaissance par le droit positif s'est d'abord faite *a minima*, puisque les mesures administratives para-légales se sont vues dénier le caractère d'actes faisant grief. Il n'était pas envisageable qu'il en fut autrement dès lors que la solution alternative aurait été de leur reconnaître un caractère réglementaire ce qui, à défaut de fondement exprès, aurait conduit à leur sanction.

Le juge a donc souhaité restreindre dans un premier temps la portée des mesures para-légales en les circonscrivant à la seule sphère intérieure des services administratifs. Elles ont été considérées comme ne produisant d'effets de droit qu'à l'égard des agents et non pas des administrés, comme relevant de l'ordre interne des services.

Il n'était toutefois pas possible ni souhaitable de s'en tenir là. Si bien que la situation des mesures para-légales a dû évoluer par la suite sous l'effet combiné de la jurisprudence et des textes qui ont permis à l'administré d'en avoir connaissance et, parfois, de pouvoir les opposer à l'Administration voire les contester devant le juge. Comment pouvait-il en être autrement dès lors qu'il n'était plus possible de contester l'effet réel de ces mesures sur la situation des administrés ? À partir du moment où l'on reconnaissait la légalité du recours à de tels procédés, il n'était plus possible d'occulter le fait que les mesures administratives para-légales constituent sans conteste des références au regard desquelles les services administratifs adoptent des décisions individuelles. Elles ne pouvaient donc demeurer dans la seule sphère de l'ordre intérieur, bénéficiant du secret entourant le fonctionnement de l'administration.

Ceci explique sûrement l'abandon par la jurisprudence de la référence à l'ordre intérieur pour justifier le recours à ces procédés et les interventions du législateur visant à imposer leur publication et leur communication afin que les administrés puissent avoir connaissance des mesures que l'administration pourrait leur opposer.

19. Mais doit-on en rester là? Ne s'est-on pas arrêté au milieu du gué? N'est-il pas anachronique de reconnaître aux chefs de service un véritable pouvoir réglementaire sur le fondement de la jurisprudence Jamart et de laisser à part les mesures para-légales qu'ils sont susceptibles d'adopter et qui ont souvent par leur objet et leurs effets les même caractères que les actes réglementaires?

Ne devait-on pas, en même temps que le juge officialisait leur existence, admettre qu'elles puissent faire l'objet d'un contrôle de l'égalité digne de ce nom?

La réponse à ces questions dépasse la cadre de cette courte étude ; elle suppose de s'interroger sur l'avenir juridique et contentieux des pratiques para légales de l'administration. Elle suppose en fait de se demander si les mesures concernées doivent demeurer des actes mineurs confinés à la sphère intérieure des services ou si elles ne doivent pas s'émanciper et accéder à une pleine force juridique. Mais pourrait-on continuer de les qualifier de para-légales?