

***Le rôle de la pratique dans la formation du droit :
aperçus à propos de l'exemple du droit public français***

par

Paul AMSELEK

*Professeur à l'Université de Droit, d'Économie
et de Sciences sociales de Paris (Paris II)*

*« Le monde est créé pour être recréé »
Georges Duhamel, Deux Hommes.*

Le sujet à traiter est immense : le thème général de ces Journées est lui-même extrêmement vaste ; son application à l'ensemble du droit public – droit constitutionnel, droit administratif, droit fiscal (cette dernière précision paraissant manifestement impliquer la prise en compte du reste du droit public financier à travers le droit constitutionnel ou le droit administratif) – revient à couvrir des zones juridiques considérables par leur étendue et leur variété. C'est dire qu'il ne saurait être question ici d'une investigation ayant une quelconque prétention à l'exhaustivité : il s'agira, plus modestement, d'ouvrir ou d'illustrer, à travers un échantillonnage nécessairement arbitraire de données de l'expérience juridique française, des perspectives de réflexion et de recherche sur un thème qui relève essentiellement, en vérité, de la théorie générale ou philosophie du droit.

Précisément, il me paraît indispensable, en ce sens, de commencer par développer deux séries de réflexions théoriques qui serviront à la fois de cadre et de toile de fond aux développements que je consacrerai ensuite respectivement au droit constitutionnel, au droit administratif et au droit fiscal français.

1/ La première série de réflexions concerne le thème général qu'il s'agit d'appliquer au droit public : « Le rôle de la pratique dans la formation du droit ». Ainsi que l'ont précisé les organisateurs de ces Journées, il ne saurait être question d'entendre ici le terme « pratique » dans le sens large et indéterminé d'activités, de comportements, de manières de procéder, – et encore moins, ajouterons-nous, de présupposer que toutes les pratiques observables dans une société donnée constituent du droit, voire « le » droit,

ainsi qu'ont pu le soutenir certains auteurs comme Henri Levy-Bruhl¹. En parlant de « la pratique » – ce singulier même est significatif – les organisateurs de ces Journées ont eu en vue la pratique du droit, la pratique de la technique juridique, des instruments juridiques, c'est-à-dire les comportements ou manières d'agir envisagés non pas en tant que tels, mais dans le cadre des normes juridiques en vigueur, – les comportements qui prennent place dans le contexte d'un certain système juridique en vigueur et qui constituent des comportement d'observance de ce système ou, si l'on préfère, des comportements-réponses aux stimuli juridiques ; il s'agit, en d'autres termes, des comportements des praticiens du droit, praticiens professionnels (avocats, notaires, etc.) ou sujets du droit, destinataires et utilisateurs des normes juridiques.

Ainsi entendu, le sujet « Le rôle de la pratique dans la formation du droit » me paraît s'inscrire dans une remise en cause de la séparation par trop radicale qui est classiquement faite entre la création du droit et l'application du droit : il s'agit d'explorer les relations dialectiques que ces deux phases de l'expérience juridique entretiennent entre elles, et plus spécialement la contribution de la pratique du droit à sa propre élaboration. Kelsen a eu le mérite d'appeler l'attention sur un aspect de la dynamique de l'expérience juridique, celui qui tient au fait que le droit règle lui-même sa propre création. Mais il y a un second aspect de cette dynamique qui tient à l'absence de cloisonnement étanche entre la création du droit et son application : la pratique d'un système juridique conduit à le préciser, à le perfectionner ou le pervertir, à le transformer, à le remettre en question, en bref à imprimer les contours de son être et de son devenir².

¹ « Pour avoir une vision tant soit peu exacte du droit existant, il faut connaître le véritable comportement juridique des hommes, fût-il paralégal ou même illégal. Ces pratiques constituent le droit, si elles sont généralement observées, même lorsqu'elles ne sont pas inscrites dans les textes » (H. Levy-Bruhl, *Aspects sociologiques du Droit*, Paris, 1955, p. 8 ; cpr. P. Durand, *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé*, Dall. 1956. Chr. 73 s.).

² Kelsen a entrevu cet aspect, mais très partiellement et imparfaitement à propos du problème de l'interprétation, lorsqu'il montre qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre la création des normes juridiques et leur interprétation « authentique » par les « organes d'application du droit », c'est-à-dire les autorités publiques (Théorie Pure du Droit, 2e édit., trad. fr. Charles Eisenmann, Paris, 1962, pp. 453 s.). Le maître autrichien dénie, par contre, tout rôle créatif à l'interprétation du droit par les simples particuliers ou par la théorie juridique. Cette exclusion est insoutenable ; nous l'avons déjà montré ailleurs en ce qui concerne la théorie juridique, du moins la théorie juridique dogmatique de type classique ou « doctrine » (c'est à elle que pense Kelsen), qui joue en réalité un rôle considérable dans l'élaboration du droit (voir, en particulier, notre étude *Théorie du Droit et Politique*, Arch. Phil. Dr. tome 27, 1982, pp. 411 ss.). Mais l'exclusion de l'interprétation pour ainsi dire vulgaire des particuliers - qui eux n'« appliquent » pas le droit mais lui « obéissent » - est tout aussi indéfendable ; Kelsen est, d'ailleurs, fort laconique sur ce point, se contentant d'affirmer que les choix opérés par le particulier parmi les sens possibles des normes juridiques « ne sont pas authentiques. Ils ne sont pas obligatoires pour les organes d'application de ces normes juridiques et risquent, par suite, toujours d'être considérés par eux comme erronés, avec cette conséquence que la conduite de l'individu qui repose sur un tel choix sera jugée un délit » (op. cit., 462). C'est là méconnaître que les autorités publiques se trouvent exactement dans la même situation : lorsqu'une autorité administrative ou juridictionnelle, par exemple, « applique le droit », c'est-à-dire émet une norme juridique sur la base d'une autre norme juridique, l'interprétation qu'elle fait de cette dernière à cette occasion est susceptible d'être remise en question par une autre autorité publique supérieure (législative, administrative ou juridictionnelle), voire tout simplement par elle-même (rétractation à la suite d'un changement d'opinion). Sans doute y a-t-il des hypothèses où l'interprétation effectuée par une autorité publique acquiert un caractère incontestable et définitif ; mais les mêmes hypothèses existent pour les particuliers (carence des voies de recours et de sanction ou, tout simplement, forclusion des délais prescrits pour leur mise en œuvre).

On devrait en principe inclure dans le champ de cette étude : la jurisprudence, les comportements des juges, à l'instar des comportements des autres autorités publiques comme les autorités administratives par exemple : ce qu'on appelle le « rôle normatif du juge » n'est, en définitive, qu'un aspect particulier de la contribution de l'application du droit à sa propre formation. Toutefois, dans un souci pragmatique de limitation quantitative des rapports, les organisateurs ont exclu la jurisprudence, de même qu'ils ont exclu le problème général de la coutume et donc des pratiques coutumières. Mais même ainsi allégé, le sujet proposé à nos réflexions reste très vaste et très complexe. Il offre au moins deux grands champs de recherche :

– La pratique du droit peut être envisagée en effet, en premier lieu, comme une source d'inspiration du législateur (en entendant ce dernier terme au sens large d'autorité édictant des normes juridiques ou jurisdisseur) : la manière dont la réglementation juridique est appliquée, les résultats de la pratique juridique alimentent la réflexion du législateur et guident son travail de création et de réforme du droit. A cet égard, il existe tout un jeu subtil d'itérations entre la création du droit et son application : lors de l'élaboration d'une réglementation juridique, le législateur s'appuie sur les enseignements de la pratique juridique passée, mais aussi sur ceux de la pratique juridique future qu'il anticipe, – qu'il anticipe notamment aujourd'hui au moyen de techniques plus ou moins sophistiquées de simulation juridique comme celles qui guident couramment la politique budgétaire et fiscale ; après la mise en vigueur de la réglementation juridique, les données de la pratique amènent le législateur à des corrections, à des ajustements. Ce processus de va-et-vient entre la création du droit et son application peut, d'ailleurs, être lui-même juridiquement organisé ; c'est ce qui apparaît, par exemple, dans les cas d'expérimentation juridique, de mise en vigueur à titre expérimental d'une réglementation pour un temps d'essai limité ou sur une portion limitée de territoire ou de population, ou bien encore dans les cas d'institution de procédures s'inspirant de près ou de loin du référé législatif et permettant à des organes d'application du droit (par exemple, des juridictions ou d'autres organes publics de contrôle, mais aussi de simple citoyens par le biais du droit de pétition au Parlement notamment) d'appeler l'attention du législateur sur certains problèmes soulevés par la pratique et, éventuellement, de faire des suggestions de réformes juridiques.

Tous ces phénomènes de *feed-back* dans le circuit allant de la création du droit à son application sont, sans doute, extrêmement intéressants dans leur principe même, mais il ne semble pas qu'il soit d'un apport particulièrement stimulant pour la réflexion de les illustrer au plan de l'analyse comparative par des cas singuliers tirés de telle ou telle

Il y aurait, du reste, beaucoup à dire sur cette distinction Kelsénienne : entre « application du droit » et « obéissance au droit ». L'autorité publique, en effet, obéit elle aussi, par hypothèse même, aux normes juridiques qui réglementent son édicton de normes juridiques ; et d'ailleurs le droit réglemente également des activités publiques autres que l'édicton de normes juridiques, et notamment des activités non normatrices ou « matérielles ». Et, de son côté, le particulier est soumis au droit, non seulement pour ses actes privés « matériels », mais aussi pour ses actes privés d'édicton de normes (actes juridiques unilatéraux et contractuels de droit privé) : dans ce dernier cas, sa situation à tout le moins s'apparente à celle des organes publics d'application du droit, comme du reste Kelsen lui-même l'a parfaitement mis en lumière par ailleurs.

expérience nationale et montrant, par exemple, le législateur français amené à tenir compte sur tel point de telle et telle données de la pratique : multiplier des exemples tels que celui de l'influence de la pratique constitutionnelle de la III^e et de la IV^e Républiques sur le Constituant de 1958 n'avancerait guère à grand'chose. C'est pourquoi cet aspect du sujet ne sera évoqué que secondairement dans ce rapport, seulement pour souligner éventuellement certaines particularités méritant spécialement d'appeler l'attention : c'est surtout le second aspect du sujet qui est, en vérité, intéressant.

– Sous ce second aspect, la pratique du droit apparaît, non plus comme une source matérielle du droit, mais comme une espèce de source formelle : la pratique contribue, en effet, à façonner les instruments juridiques mis en vigueur par le législateur, à leur donner leur portée véritable, leur touche finale, par la manière dont elle les interprète et les applique. Les instruments juridiques ne sont rien d'autre que ce qu'on en fait, – que ce que les praticiens, les utilisateurs en font : la pratique informe – au sens propre du terme – le droit, c'est-à-dire lui donne sa forme, en est une re-crédation permanente ; et n'avoir qu'une vue statique du droit tel qu'il sort pour ainsi dire des mains ou de la bouche du législateur, c'est aussi en avoir une vue très incomplète. Paraphrasant la formule de Georges Duhamel citée en exergue, on peut dire que, d'une certaine manière, « le droit est créé pour être recréé ».

On s'en est surtout rendu compte jusqu'ici et depuis le XIX^e siècle en France à propos de la jurisprudence, de la pratique des tribunaux : mais il convient d'élargir résolument les horizons à l'ensemble des praticiens du droit, professionnels ou non, et s'agissant plus spécialement du droit public, à l'ensemble des pratiques juridiques des autorités publiques et des particuliers.

Particulièrement intéressant dans cette perspective est le phénomène, que l'on peut observer, d'édiction sous des formes diverses, par et pour des praticiens, de très nombreuses normes en principe non juridiques de pratiques du droit, de normes-modes d'emploi, par lesquelles les praticiens se fixent explicitement à eux-mêmes ou entre eux, en tout cas pour leurs propres besoins, la manière dont ils interprètent les textes juridiques et la manière dont ils entendent les utiliser, s'en servir. On est ici en présence d'une réglementation infra – ou méta – juridique, d'une sorte de *shadow-legislation* qui se développe dans l'ombre de la réglementation juridique elle-même mais qui, en définitive, la prolonge un peu à la manière d'une prothèse et lui permet de s'accomplir, de fonctionner ; une réglementation, si l'on peut dire, d'accompagnement et d'appoint qui vient s'intercaler entre les règles juridiques et les comportements matériels ultimes des sujets de droit dans l'observance des règles juridiques, – cette réglementation pouvant d'ailleurs, le cas échéant, sortir de l'ombre et devenir juridique lorsqu'elle est reprise ultérieurement par le législateur sur tel ou tel point³.

³ Il faudrait en fait, si l'on voulait aller jusqu'au fond des choses, distinguer dans ce phénomène officieux de production et d'utilisation de normes méta-juridiques des zones d'ombre d'intensité variable. C'est ainsi, en particulier, qu'en dehors des règles méta-juridiques écrites, rédigées, existent des règles méta-juridiques non-écrites, qui se transmettent par tradition orale, c'est-à-dire de manière purement fugitive, sans laisser de trace, et

L'existence de cette espèce de faune grouillante de règles méta-juridiques s'épanouissant dans les sous-sols du monde juridique, là où, en quelque sorte, les règles juridiques plantent leurs racines, a quelque chose d'étrange et de fascinant par le fait même qu'elle n'est généralement pas prise en compte dans nos représentations courantes de l'expérience juridique : elle mérite, pour cette raison, qu'on s'y arrête : c'est donc principalement sur cet aspect normateur de la pratique du droit, sur ce phénomène de réglementation méta-juridique que la pratique développe dans le prolongement de la réglementation juridique, que sera centré mon rapport, – ce qui est, semble-t-il, assez conforme aux intentions exprimées par les organisateurs.

2/ Cette optique apparaît en tout cas particulièrement justifiée et opportune s'agissant du droit public. Dans la mesure, en effet, où la pratique du droit public est, non pas exclusivement certes, mais d'abord et principalement le fait des autorités publiques elles-mêmes, cette réglementation méta-juridique que je viens d'évoquer et qui encadre la pratique du droit tend à prendre une allure assez ambiguë : réglementation juridique et réglementation méta-juridique ont ici les mêmes auteurs, les autorités publiques : où finit, dès lors, le droit lui-même, où commence la pratique du droit ? Les choses ont naturellement tendance à être beaucoup moins tranchées que dans d'autres secteurs juridiques. On en a, du reste, un exemple caractéristique avec la jurisprudence : s'agit-il d'une source de droit proprement dit émanant d'autorités publiques ou seulement comme le prétend notamment Kelsen⁴, d'une source de réglementation méta-juridique, exprimant simplement la doctrine d'une catégorie particulière de praticiens du droit ? On sait que la question reste largement controversée⁵. On verra que cet irritant problème des confins du droit se pose pareillement, en droit public français, à propos d'autres autorités publiques que les tribunaux.

qui sont de ce fait encore moins visibles, encore davantage dans l'ombre que les précédentes : on les qualifie généralement d'« habitudes », ce terme suggestif indiquant bien que les règles en question habitent uniquement chez ceux qui les pratiquent, résident d'une manière purement intériorisée. Ces « habitudes juridiques », ces règles non-écrites d'interprétation et d'utilisation des normes juridiques ne jouent évidemment pas un moins grand rôle que les règles méta-juridiques écrites : nous privilégierons cependant plutôt ces dernières dans la suite de notre rapport dans la mesure où les organisateurs ont entendu exclure, d'une manière générale, tout ce qui concerne la coutume (encore d'ailleurs que même les règles méta-juridiques écrites ne soient pas sans lien avec le problème de la coutume).

Il faudrait évoquer aussi une autre distinction tenant en ce que les normes méta-juridiques sont elles-mêmes susceptibles de poser des problèmes d'interprétation et d'application et de susciter à leur tour un corps de règles d'utilisation, des règles méta-juridiques au deuxième degré (ce phénomène de stratification peut s'observer, par exemple, dans la pratique des règlements intérieurs des assemblées parlementaires ou encore dans le cas des circulaires administratives interprétant des circulaires administratives antérieures, elles-mêmes interprétatives de textes juridiques).

⁴ *Op. cit.*, p. 327.

⁵ Relevons au passage, qu'à supposer même que les principes forgés par le juge et sur la base desquels il rend ses décisions soient des normes juridiques, on n'en devrait pas moins tenir compte de la pratique de ce droit jurisprudentiel par les tribunaux eux-mêmes, car la manière dont ils se servent des règles qu'ils créent est tout aussi importante que cette création (voir ainsi à propos de l'application par le Conseil d'État des principes forgés par lui-même en matière de protection de l'environnement : F. Caballero, *Le Conseil d'État ennemi de l'environnement ?* Le Monde, 18 mars 1983).

Il faut ajouter deux autres facteurs d'ambiguïté : le premier tient au fait que bien souvent, comme on le montrera, l'activité normatrice méta-juridique dans le secteur du droit public comme dans les autres secteurs juridiques est, en partie au moins, réglementée par des normes juridiques ; le droit ne fixe pas uniquement le régime de sa création, mais aussi, au moins dans une certaine mesure, celui de sa propre pratique. Or, une telle réglementation juridique tend à susciter une confusion qu'il convient de bien dissiper : ce n'est pas parce que le droit réglemente ou même institue une activité normatrice, et notamment lui attache certaines conséquences (des conséquences « juridiques » puisque fixées par le droit), que cette activité se transforme elle-même automatiquement en activité d'édiction de normes juridiques ; autant dire alors que la réglementation juridique de l'autorité maritale ou paternelle, par exemple, transforme le mari ou le père en législateur juridique et en normes juridiques toutes les mesures qu'il adopte, tous les ordres qu'il formule dans ses relations avec sa femme ou ses enfants⁶ ! Il reste qu'il y a là un facteur qui contribue à estomper encore davantage la ligne de démarcation exacte entre les normes juridiques proprement dites et les normes méta-juridiques utilisées par les autorités publiques dans leur pratique juridique.

Les choses sont d'autant plus ambiguës que, par ailleurs, des règles juridiques peuvent être édictées par les autorités publiques, au moins s'agissant d'autorités administratives, de manière informelle ; même si une procédure particulière d'édiction est juridiquement prévue, cette édition informelle n'est pas nécessairement entachée de vice de forme (dès lors, par exemple, que l'irrégularité est « couverte », comme on dit, par un fait justificatif tel que des « circonstances exceptionnelles ») ; et même s'il y a vice de forme, ce vice n'est pas nécessairement substantiel et de nature à entraîner une éventuelle annulation par le juge. Dans la mesure où règles de droit et règles méta-juridiques formulées par les autorités publiques sont ainsi susceptibles d'emprunter les mêmes voies d'édiction, leur distinction peut se révéler assez problématique.

Il y a ainsi, dans le domaine du droit public, entre les règles qui se tiennent dans la clarté juridique et celles qui restent dans l'ombre du méta-juridique, toute une frange de règles en clair-obscur qu'on a plus ou moins de mal à situer, – ce qui représente peut-être, en définitive, la manifestation la plus topique des liens étroits que le droit entretient avec sa propre pratique.

Ce sont ces observations liminaires que je vais maintenant tâcher d'illustrer, de manière très succincte et par la force des choses partielle et incomplète, en abordant successivement les trois volets de ce rapport consacré au droit public français : le droit constitutionnel, le droit administratif et le droit fiscal.

⁶ Cpr. avec les règlements intérieurs des entreprises, qui n'édictent pas non plus des normes juridiques bien qu'ils fassent aujourd'hui l'objet d'une réglementation étroite par la loi (articles L. 122-23 et s. du Code du Travail, loi du 4 août 1982 et décret du 3 mars 1983) et d'un contrôle indirect par le juge administratif à travers les décisions de l'inspection du travail prises pour assurer la conformité de leur contenu avec la loi (Cons. d'Ét. 1er février 1980, *Société Peintures Corona*, AJDA 1980, 438 ; 20 janvier 1982, *Société Créations Henon*, AJDA 1982, 407, note Jeammaud ; cf. Rivero, *Note sur le règlement intérieur*, Dr. Soc. 1979, 1).

I. Droit constitutionnel

Dans le domaine du droit constitutionnel, le rôle de la pratique a depuis longtemps été mis en lumière par la science politique : on sait bien, par exemple, que dans un contexte socio-politique à parti unique ou dominant fortement structuré et discipliné, une constitution instituant un régime de séparation des pouvoirs n'en fonctionnera pas moins sur un registre de concentration des pouvoirs ; en ce sens, d'ailleurs, il ne coûte pas grand'chose aux dictatures de se payer le luxe d'adopter des constitutions démocratiques. Ces données sont connues ; on ne s'y arrêtera guère ici. On se contentera de formuler deux séries d'observations.

1/ Tout d'abord, l'expérience française confirme l'importance toute particulière que revêt la pratique du droit constitutionnel et qui s'explique principalement par deux facteurs.

Le premier, c'est que les textes du droit constitutionnel (au sens large ou « matériel » de droit régissant les structures générales et les organes fondamentaux – ou « pouvoirs publics » – de l'État), et spécialement les textes des constitutions elles-mêmes, sont d'une manière générale relativement peu développés, ont un contenu moins détaillé et donc moins précis que celui des autres textes juridiques du droit public ou du droit privé. Typique à cet égard est l'exemple de la Constitution de la III^e République : initialement, les trois lois constitutionnelles de 1875 ne comprenaient au total que 34 articles, dont une dizaine devaient être supprimés par la suite, de sorte qu'en 1940 il n'en restait plus que 23. Dans ces conditions, le droit constitutionnel apparaît particulièrement souple, « flexible », c'est-à-dire en fait dépendant de sa propre pratique : le même synopsis constitutionnel peut donner lieu, suivant la manière dont on l'interprète et on l'applique, à des scénarios politiques très différents. C'est ce qu'illustre précisément l'exemple de la III^e République où la Constitution aurait pu donner lieu tout aussi bien à un régime de type orléaniste ou de type parlementaire classique : c'est uniquement sa pratique qui l'a infléchi dans cette seconde direction, notamment avec l'apparition non prévue, à partir de 1879 aux côtés du Chef de l'État, d'un Chef de Gouvernement ou Président du Conseil (innovation qui ne devait être consacrée officiellement qu'en 1934 avec la loi du 30 décembre 1934 reconnaissant l'existence d'un « ministre chargé de la présidence du Conseil »). C'est dans un sens inverse que le balancier de la pratique s'est dirigé avec la Constitution actuelle du 4 octobre 1958, – laquelle, dès avant même la réforme constitutionnelle de 1962 instaurant l'élection du Président de la République au suffrage universel, a été interprétée et appliquée dans le sens, non pas d'un régime parlementaire (ce qu'auraient permis ses dispositions prévoyant en principe le contreseing des actes du Président de la République par le Premier Ministre ou les ministres intéressés et la responsabilité du gouvernement devant le Parlement), mais d'un régime orléaniste ou de « monarchie élective », selon le mot d'André Hauriou⁷.

⁷ *Droit constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1966, p. 788.

Il faut ajouter que cette souplesse du droit constitutionnel est particulièrement grande dans un système où il n'existe pas de mécanisme centralisateur d'interprétation des textes constitutionnels, comme c'était le cas en France pratiquement jusqu'en 1958 : le droit constitutionnel pouvait, certes, être interprété éventuellement par les tribunaux ordinaires dans les relations entre les particuliers ou entre l'administration et les particuliers ; mais cela ne concernait pas les organes politiques eux-mêmes qui étaient entièrement maîtres de leur interprétation des dispositions constitutionnelles s'appliquant à eux. L'institution du Conseil Constitutionnel par la Constitution de 1958 n'a qu'atténué cette situation, puisque cette juridiction n'est nullement un organe contrôleur et régulateur de l'ensemble des activités des pouvoirs publics, mais principalement un organe de contrôle et de régulation de l'activité législative du Parlement⁸.

Le second facteur de l'importance de la pratique en matière de droit constitutionnel, c'est le poids même qui s'attache à cette pratique, pour des raisons politiques évidentes, et qui constitue une source de pesanteur pour elle-même : l'on veut dire par là que la manière dont le Président de la République, par exemple, interprète et applique les dispositions constitutionnelles qui le concernent a une tout autre résonance que la manière dont tel ou tel citoyen ordinaire interprète ou applique telle ou telle disposition du droit civil ou du droit commercial. On peut dire que la pratique juridique des pouvoirs publics est elle-même publique et se déroule sous les yeux du pays, en particulier grâce au relais des médias. Ainsi, lorsque le Général de Gaulle a donné en 1960 une interprétation stricte à l'article 30 de la Constitution en refusant de convoquer une session extraordinaire demandée par la majorité des députés, lorsqu'en 1962 et en 1969 il a donné, au contraire, une interprétation extensive à l'article 11 en soumettant au référendum populaire non pas des projets de loi ordinaire, mais de véritables projets de réforme constitutionnelle, sans passer par la procédure de révision de la Constitution prévue à l'article 89, ce furent des « événements » au sens fort du terme.

Par ce fait même, il s'attache nécessairement à la pratique juridique des pouvoirs publics une tendance accentuée à la cristallisation : le « précédent » ici pèse plus lourd et donc hypothèque davantage la pratique juridique à venir, – du moins en l'absence de changements fondamentaux dans le contexte politique ; la souplesse particulière du droit constitutionnel se prolonge ainsi, paradoxalement, d'une certaine forme également particulière de rigidité de sa pratique. Il est significatif que le Conseil Constitutionnel lui-même soit parfois amené à se référer à la « pratique » antérieure du législateur pour apprécier la constitutionnalité de telle ou telle loi déferée à son contrôle⁹.

⁸ Cf. Louis Favoreu, *Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, Rev. Dr. Publ. 1967, p. 5 ss. ; voir aussi sur cette absence ou faiblesse de contrôle centralisé de la pratique constitutionnelle en France les pertinentes observations de Serge Sur, *La vie politique en France sous la Ve République*, Paris, 1982, p. 235.

⁹ Par exemple : Cons. Const. 14 janvier 1983, 82-153 DC, JO p. 354 ; cpr. Cons. Const. 15 janvier 1960, 59-5 DC, Rec. p. 15 (référence à la « coutume parlementaire »).

A la limite, bien qu'il n'y ait pas en droit français d'abrogation des lois, ni d'ailleurs des règlements administratifs, par désuétude¹⁰, on peut facilement arriver à une situation équivalente par les pesanteurs mêmes de la pratique constitutionnelle : on peut évoquer, à cet égard, le droit de dissolution sous la III^e République, pratiquement tombé en désuétude après 1877, – ce qui, du même coup, a abouti à supprimer tout contrepoids au pouvoir des Assemblées de renverser le gouvernement et a infléchi le système constitutionnel pratiqué dans le sens d'un régime d'assemblée et d'instabilité gouvernementale ; on peut évoquer de même, dans le cadre de la Constitution de 1958, les sanctions que l'article 47 prévoit en cas de retard des Assemblées dans la discussion budgétaire, qui n'ont jamais été appliquées et qui sont également tombées quasiment en désuétude.

Ce dernier exemple amène à formuler une remarque : l'expérience française montre que cette importance particulière de la pratique n'épargne aucun secteur du droit constitutionnel, même ceux qui peuvent apparaître, si l'on ose dire, plus « techniques » que « politiques ». Un exemple caractéristique nous en est donné, précisément, par la pratique budgétaire de la Ve République : les textes en vigueur (articles 31 s. de l'Ordonnance organique du 2 janvier 1959), directement inspirés de textes antérieurs (loi du 6 août 1955 article 7, puis décret-loi du 19 juin 1956 articles 53 et 54), prévoient la distinction dans la loi de finances et le vote successif par le Parlement de deux catégories de crédits budgétaires, les « services votés », correspondant au secteur consolidé du budget, aux dépenses de l'État qui se renouvellent quasi-automatiquement d'une année sur l'autre, et les « autorisations nouvelles », correspondant aux crédits véritablement nouveaux par rapport aux années précédentes et, pour ainsi dire, librement décidés ; à ce modèle, qui rappelle les institutions budgétaires britanniques, et qui avait effectivement fonctionné sous la IV^e République pour les budgets 1956 à 1958, la pratique a substitué sous la Ve République, subrepticement d'ailleurs, sans même qu'on y prête la moindre attention, un système tout à fait différent. Dans ce système, les « services votés » et les « autorisations nouvelles » ne correspondent plus à une distinction entre deux grandes catégories de crédits, mais à une fixation en deux temps par le Parlement des crédits qu'il alloue : dans un premier temps, le Parlement arrête à *titre de simple hypothèse de travail* les crédits qui seraient nécessaires pour que les services de l'État continuent de fonctionner avec la même aisance financière que l'année précédente, – tels sont désormais les services votés : une simple hypothèse de crédits ; dans un second temps, le Parlement apporte des retouches à cette première épure, des adjonctions ou des retranchements, de façon à fixer définitivement le montant des crédits qu'il accorde, – c'est à ces retouches consistant à augmenter *ou à diminuer* le montant des services votés que correspondent les « autorisations nouvelles », qu'on

¹⁰ Ni en droit administratif (Cons. d'Ét. 13 mai 1949, *Couvrat*, Dall. 1950.77, note M. Waline), ni en droit civil (Cass. Ch. Réunies 31 janvier 1901, Dall.Pér.1901.I.169 ; Trib. Civ. Seine 4 janvier 1945, Dall. 1945.291 ; Montpellier 23 février 1949, Dall. 1949. Somm. p. 41 ; Cass. civ. 19 novembre 1957, G.P. 1958.I.117), ni en droit pénal (Cass. crim. 4 janvier 1917, Sirey 1921.I.331 ; 24 novembre 1955, Bull. crim. n° 522 ; 11 mars 1957, Bull. crim. n° 249).

appelle d'ailleurs en pratique des « mesures nouvelles »¹¹. Les services votés et les mesures nouvelles, on le voit, ne sont plus deux variétés de crédits : ce sont deux éléments complémentaires de l'opération complexe au terme de laquelle les crédits se trouvent fixés (crédits = services votés + mesures nouvelles positives ou négatives). Ce changement radical est un pur produit de la pratique du droit budgétaire.

2/ Si l'on en vient maintenant plus précisément à ces normes méta-juridiques qu'on a évoquées précédemment et sur lesquelles s'appuient les praticiens du droit, on voit que ce phénomène s'illustre parfaitement dans la pratique du droit constitutionnel français.

Une variété de ses manifestations a surtout retenu l'attention, à savoir les règlements intérieurs des assemblées parlementaires sur la base desquels ces dernières exercent les compétences que la Constitution leur reconnaît. Ces règlements intérieurs ont toujours constitué une source matérielle du droit constitutionnel français, une source d'inspiration pour les constituants : c'est ainsi que la Constitution de 1946 a repris diverses dispositions du règlement de la Chambre des Députés de la III^e République et la Constitution de 1958 s'est elle-même inspirée sur bien des points des règlements des assemblées de la IV^e République. Mais surtout, le règlement intérieur des Chambres est bien une espèce de source formelle – au sens que l'on a indiqué – du droit constitutionnel dans la mesure où il interprète, précise, complète, voire modifie, les textes du droit constitutionnel : c'est ainsi, par exemple, que, sous la IV^e République, en organisant dans son règlement une procédure dite de « question orale avec débat », le Conseil de la République s'était arrogé un véritable droit d'interpellation en marge et à l'encontre des dispositions de la Constitution. C'est la raison pour laquelle la Constitution de 1958 et les lois organiques qui la complètent ont fixé elles-mêmes un grand nombre de dispositions qui, auparavant, figuraient dans les règlements des assemblées, ces dispositions sortant ainsi de l'ombre méta-juridique pour accéder au statut de normes juridiques (régimes des sessions, régime des commissions parlementaires permanentes ou spéciales, durée du mandat du Président de l'Assemblée Nationale, établissement de l'ordre du jour, déroulement des débats, etc.)¹² ; par ailleurs, en vertu de l'article 61 de la Constitution, les résolutions par lesquelles chaque assemblée établit son règlement ou le modifie doivent être obligatoirement soumises au Conseil Constitutionnel et ne peuvent être appliquées que s'il les juge conformes à la Constitution ; dans le cas contraire, elles doivent être modifiées et mises en conformité avec la Constitution pour pouvoir entrer en application. On voit par là qu'aujourd'hui le droit constitutionnel français régit lui-même sur ce point sa propre pratique¹³.

¹¹ Cette dernière expression est, de fait, plus appropriée s'agissant des diminutions de services votés pour lesquelles il est difficile de conserver la qualification légale d'« autorisations nouvelles ». Sur tous ce points, voir notre ouvrage *Le budget de l'État sous la Ve République*, Paris, 1967, pp. 386 s.

¹² Voir David Ruzic, *Le nouveau règlement de l'Assemblée Nationale*, Rev. Dr. Publ. 1959.863 s.

¹³ Ce qui a amené certains auteurs à penser que désormais les dispositions des règlements des assemblées étaient devenues du droit, du droit constitutionnel, – ce qui n'est pas exact et a, du reste, été formellement démenti par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel (Cons. const. 27 juillet 1978, 78-98 DC Rec. p. 31 ; 23 mai 1979, 79-

Mais les règlements intérieurs des assemblées ne représentent qu'une partie de l'activité normative méta-juridique des Pouvoirs Publics, – la plus saillante, il est vrai, et la plus facile à cerner. Il faudrait ajouter les autres mesures d'ordre intérieur adoptées par les assemblées ou leurs organes, les autres résolutions relatives au fonctionnement et à la discipline de ces assemblées, etc. ; il faudrait ajouter également les règles internes fixées de façon plus ou moins informelle et utilisées au sein des autres pouvoirs publics ou dans leurs relations : ainsi, toute la procédure de préparation des projets de loi, et notamment la préparation annuelle des projets de budget, repose essentiellement sur des règles méta-juridiques.

Il n'est évidemment pas possible ici de faire un inventaire ni une étude de cette espèce de bas-fond ou *background* luxuriant du droit constitutionnel. On se contentera simplement, avant d'en terminer avec ce point, de signaler deux tendances intéressantes de la pratique constitutionnelle française actuelle : la première se manifeste dans la propension de l'Exécutif sous la Ve République, et au premier chef du Président de la République, à exprimer publiquement, officiellement, et par là à cristalliser sa doctrine constitutionnelle, son interprétation des dispositions constitutionnelles et la manière dont il entend les utiliser : bien des conférences de presse, allocutions télévisées, causeries au coin du feu, messages au Parlement, etc., ont ainsi été l'occasion pour le Chef de l'État ou pour le Premier Ministre de formuler leurs normes de référence méta-juridiques. On peut évoquer tout particulièrement en ce sens la fameuse conférence de presse du 31 janvier 1964 au cours de laquelle le Général de Gaulle s'est livré à une exégèse approfondie de la Constitution qui fit grand bruit à l'époque.

L'autre tendance est celle au développement de procédures et d'organismes de contrôle non-juridictionnel de conformité des actes des pouvoirs publics à la Constitution, par quoi tend à se créer toute une « jurisprudence » relative à l'interprétation des textes constitutionnels. C'est ainsi que les consultations juridiques traditionnelles données par le Conseil d'Etat au Gouvernement ont été appelées depuis 1958 à se multiplier en matière de droit constitutionnel, en raison du partage même que la Constitution opère entre le domaine relevant de la loi et celui relevant du règlement. C'est ainsi également qu'au sein des assemblées de multiples mécanismes de contrôle ont été organisés par les règlements intérieurs pour apprécier la recevabilité des initiatives législatives au regard des dispositions du droit constitutionnel (en particulier, au regard des articles 34 et 40 de la Constitution et des articles 1, 18 et 42 de l'Ordonnance organique du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances) : il y a là aussi

104 DC, Rec. p. 27 ; 22 juillet 1980, 80-117 DC, J.O. 24 juillet 1980 ; 31 décembre 1981, 81-136 DC, J.O. 1er janvier 1982).

Il reste que les règlements intérieurs des Assemblées, par le fait même qu'ils émanent d'organes publics, tendent à revêtir une nature juridique ambiguë : tout en leur reconnaissant le caractère de mesures d'ordre intérieur, comme aux autres résolutions parlementaires, on tend à leur prêter la nature de véritables règles de droit, à y voir du « droit parlementaire », – en admettant cependant que ce « droit parlementaire » s'intègre mal dans les structures du système juridique français (cf. J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse, Paris 1934, pp. 180 s. ; F. Boudet, *La force juridique des résolutions parlementaires*, Rev. Dr. Publ. 1958.271 s. ; Vier, *Le contrôle du Conseil Constitutionnel sur les règlements des assemblées*, Rev. Dr. Publ. 1972.193 s.).

une source de règles méta-juridiques, règles dont la portée est accrue dans la mesure où les organes de contrôle publient des rapports faisant un bilan systématique – pour ne pas dire : une codification – de leur « jurisprudence »¹⁴.

A quoi il faudrait ajouter, bien entendu, l'institution du Conseil Constitutionnel lui-même, qui représente une source considérable d'approfondissement et d'enrichissement du droit constitutionnel français : mais ici, s'agissant d'une juridiction, nous touchons à un secteur qui a été exclu de nos travaux par les organisateurs de ces Journées.

II. Droit administratif

Il est traditionnel en France de souligner le rôle fondamental que la jurisprudence des juridictions administratives a joué dans la formation du droit administratif, – rôle sans doute moindre aujourd'hui en raison du développement du droit administratif écrit, mais qui, même dans ce cadre, reste encore très important. Mais ce rôle du juge administratif ne doit pas occulter celui des autres « praticiens » du droit administratif, c'est-à-dire les administrés et surtout l'administration elle-même. Certes, la manière dont ceux-ci interprètent et appliquent les normes du droit administratif est-elle encadrée, précisément, par le contrôle du juge administratif, encadrement d'autant plus étroit que ce contrôle est très développé à la fois en étendue et en profondeur¹⁵. Cette pratique du droit administratif n'en joue pas moins, de par elle-même, un rôle considérable dans la formation de ce droit et elle mérite à ce titre de retenir l'attention.

Ainsi, par exemple, les nombreuses procédures de contrôle non juridictionnel, a priori ou a posteriori, de la régularité des décisions administratives tendent tout naturellement à dégager et à cristalliser elles aussi une « jurisprudence », souvent très informelle mais jouant, toutes proportions gardées, un rôle comparable à celle des tribunaux dans la mesure où les organes contrôlés seront enclins à s'y conformer : on connaît, en particulier, le rôle considérable d'encadrement de la pratique du droit financier que remplissent dans les administrations les contrôleurs financiers et les comptables publics¹⁶.

Mais l'on s'arrêtera surtout ici sur le phénomène remarquable que constituent l'élaboration et l'édiction par les autorités administratives d'une réglementation méta-

¹⁴ Cf. par exemple, à propos de la jurisprudence des organes internes de l'Assemblée Nationale en matière de recevabilité financière des propositions et amendements, les rapports Charbonnel (Doc. Ass. Nat. 1re session ordin. 1971-1972, n°2064), Vivien (Doc. Ass. Nat. 2e session ordin. 1979-1980, n°1860) et Goux (Doc. Ass. Nat. 2e session ordin. 1981-1982, n°753).

¹⁵ Le juge administratif contrôle spécialement – et censure éventuellement – les interprétations données par l'administration aux textes juridiques et qui la conduisent à adopter telle ou telle décision : même si objectivement, au regard des textes applicables, l'administration est parfaitement compétente pour prendre une décision, cette dernière sera annulée si elle a été prise par suite d'une « erreur de droit », c'est-à-dire d'une interprétation juridique erronée.

¹⁶ On pourrait évoquer aussi le facteur important de formation et de cristallisation d'une « jurisprudence » administrative que constitue l'obligation de motiver ses décisions imposée à l'administration par la loi du 11 juillet 1979.

juridique particulièrement dense, exubérante même, forgée pour les besoins de la pratique du droit et destinée d'ailleurs à guider aussi bien le personnel administratif lui-même que les particuliers pour la mise en œuvre de la réglementation juridique applicable : c'est qu'en effet, le droit administratif, à la différence de la plus grande partie du droit constitutionnel, s'adresse autant aux autorités publiques qu'aux particuliers et règle autant la conduite des unes que celle des autres. Et précisément, avec la prolifération de ce droit administratif, sa complication aussi qui confine parfois à l'ésotérisme, l'administration en est tout naturellement venue à assumer à l'égard du public des administrés, comme elle le faisait déjà à l'égard de ses propres agents, une fonction pédagogique et plus généralement une fonction d'aide à l'interprétation et à l'application de la réglementation juridique. Cette fonction est jouée principalement par la formulation et la publication de cette réglementation administrative méta-juridique qui, bien qu'aujourd'hui à usage aussi bien externe qu'interne, continue de porter la qualification traditionnelle de « mesures d'ordre intérieur »¹⁷.

Une remarque mérite d'être faite à ce propos : il est courant d'évoquer le rôle joué de nos jours par les bureaux de l'administration dans la création de la réglementation juridique (préparation des projets de loi et de règlement administratif), ce rôle ayant grandi proportionnellement au déclin de l'initiative législative et des compétences législatives elles-mêmes du Parlement ; mais il importe de souligner tout autant que l'administration intervient à nouveau au stade de la pratique juridique et y joue un rôle créatif aussi considérable en pouvant réajuster son œuvre initiale, l'approfondir, en lever les ambiguïtés, en combler les lacunes, bref apporter aux instruments juridiques tous les accommodements que nécessite (ou paraît nécessiter) leur utilisation.

Le développement même, d'ailleurs, et l'importance des mesures administratives d'ordre intérieur ont conduit le législateur et surtout le juge à fixer les éléments d'un statut. C'est ainsi, en particulier, que la loi du 17 juillet 1978 sur la liberté d'accès aux documents administratifs, complétée par la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, est venue imposer une publicité des mesures administratives d'ordre intérieur, – leur extériorisation en somme ; l'article 9 de cette loi prévoit la publication régulière, en dehors des actes administratifs réglementaires, des directives, circulaires, instructions, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives. Mais bien qu'elles soient ainsi juridiquement réglementées (si, du moins, l'on admet l'idée d'un « droit » jurisprudentiel), bien que leurs dispositions inspirent souvent la réglementation juridique (on pourrait en relever d'innombrables exemples), bien qu'elles émanent enfin d'autorités publiques, elles ne sont pas elles-mêmes des normes juridiques : sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'État confirme parfaitement, au

¹⁷ Les mesures administratives d'ordre intérieur constituent, en vérité, une catégorie fourre-tout d'actes administratifs : les actes d'édition de règles méta-juridiques en constituent le contenu essentiel mais non exclusif : sont, par exemple, considérés comme mesures d'ordre intérieur des actes d'application même de cette réglementation méta-juridique, tels que des sanctions infligées à des agents ou à des usagers de certains services publics sur la base d'une réglementation méta-juridique interne à ces services.

moins dans son principe général, les célèbres analyses développées à la fin du siècle dernier par la doctrine publiciste allemande¹⁸. On va voir cependant, qu'en pratique les choses ne sont pas toujours très claires, en ce sens qu'il n'y a pas de critère bien net – et notamment de critère formel absolu – permettant de déterminer avant la décision d'un juge si une réglementation émise par une autorité administrative a un caractère juridique ou méta-juridique, – ce qui, comme on l'a déjà relevé, en dit long sur les rapports entre pratique du droit et création du droit.

Là encore, il n'est pas possible de faire une analyse complète et systématique de ces réglementations administratives méta-juridiques. On peut distinguer, par commodité, parmi elles trois catégories.

1/ La première catégorie correspond aux mesures d'ordre intérieur du type le plus traditionnel.

– Tel est le cas, d'abord, des circulaires, instructions et notes de service par lesquelles, dans les différentes administrations, les autorités supérieures prescrivent aux agents d'exécution qui leur sont subordonnés, la manière dont ils doivent interpréter et appliquer les lois et règlements. Sous ce couvert, les autorités administratives jouent sans doute leur rôle principal de source auxiliaire du droit administratif en précisant, en complétant, voire en infléchissant de façon plus ou moins substantielle les textes juridiques applicables¹⁹.

C'est ce qui a conduit très tôt les tribunaux à exercer un certain contrôle en introduisant une distinction, devenue classique aujourd'hui, entre les circulaires purement « interprétatives » et les circulaires « réglementaires ». Les premières sont bien considérées comme de la réglementation méta-juridique à usage interne de l'administration et insusceptibles d'être invoquées utilement ni par cette dernière, ni par les administrés devant le juge, lequel a ainsi la pleine faculté de faire prévaloir sa propre interprétation des textes ; en contrepartie, ces circulaires « interprétatives » ne peuvent être directement attaquées puisque, par hypothèse même, elles ne sont pas susceptibles de faire grief. Il n'en va pas de même des circulaires « réglementaires » qui sont celles qui, selon le juge, ajoutent aux textes juridiques des dispositions qu'ils n'impliquent

¹⁸ Distinction parmi les réglementations émises par les autorités administratives des « Rechtsverordnungen », c'est-à-dire des règles juridiques proprement dites, et des « Verwaltungsverordnungen », c'est-à-dire des règles à usage interne formulées par l'administration pour sa propre gouverne.

Observons, au passage, que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes laisse apparaître une position similaire : ainsi à propos des obligations des États membres pour la mise en œuvre des directives communautaires dans les délais fixés par elles, la Cour a jugé que « de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable de l'obligation qui incombe aux États membres en vertu de l'article 189 alinéa 3 du Traité » (CJCE 15 décembre 1982, aff. 160/82, *Commission c. Pays-Bas*).

¹⁹ Ce rôle est d'autant plus important qu'il existe à l'époque actuelle dans l'administration une tendance très nette « à inclure dans la circulaire des règles qui auraient dû être énoncées par décret ou par arrêté... On assiste ainsi à un recul de la règle de droit vers le précaire et le confidentiel » (Concl. Tricot sur Cons. d'Ét. 29 janvier 1954, *Institution Notre-Darne-du-Kreisker*, RPDA 1954.50). On en a un exemple caractéristique dans le secteur de la réglementation des changes où les circulaires du Ministre des Finances sont devenues le procédé de droit commun d'édiction de règles par l'administration, les textes juridiques se contentant de fixer seulement les grands principes applicables.

pas : elles sont, de ce fait, considérées et traitées comme des édictions par l'administration de règles de droit ou règlements administratifs, susceptibles d'être attaquées ou annulées notamment pour vice de forme, incompétence ou violation de la loi²⁰.

Cette jurisprudence, légitimement inspirée par le désir du juge de contrôler l'activité normative méta-juridique de l'administration et d'éviter les débordements, les détournements de procédure ou confusions de genres préjudiciables aux administrés aboutit elle-même à un certain confusionnisme : à partir de quand, en effet, les dispositions d'une circulaire doivent-elle être considérées comme des règles juridiques plutôt que comme des règles méta-juridiques, alors que ces dernières ajoutent toujours quelque chose aux textes juridiques dont elles réglementent l'interprétation et l'application, sauf à se borner à une simple paraphrase ?

Une idée générale se dégage de la jurisprudence : les circulaires revêtent un caractère réglementaire lorsque, sous couvert d'instructions aux agents de l'administration, elles visent ou aboutissent à limiter ou étendre les droits et les obligations résultant de la réglementation juridique pour telle ou telle catégorie de personnes (particuliers, mais aussi agents publics et personnes publiques). Il s'agit là, bien évidemment, d'un standard peu précis et donc faiblement opératoire par lui-même ; tout dépend, en vérité, des appréciations subjectives du juge et spécialement de la plus ou moins grande conformité de ses propres vues sur la pratique des textes avec celles de l'administration. Il eût, assurément, été préférable que le juge fonde son contrôle autrement que sur cette distinction entre circulaires « réglementaires » et circulaires « interprétatives », qui tend à obscurcir les frontières entre le juridique et le méta-juridique : il aurait pu en faire l'économie en décidant, par exemple, que dans certains cas les circulaires, tout en restant de la réglementation administrative méta-juridique, font par exception grief aux administrés et que ceux-ci ont donc un intérêt à les déférer à la censure du juge en tant qu'agissements préjudiciables de l'administration²¹. Cette solution aurait, notamment, évité au juge une certaine incohérence : en effet, lorsqu'une circulaire *praeter legem* ou même *contra legem*, au lieu d'être attaquée, est invoquée devant lui par l'administration elle-même ou par un administré, le juge a tendance, d'une manière générale, à traiter cette circulaire, non pas comme un acte réglementaire irrégulier, mais à nouveau comme

²⁰ Cf. par exemple Cons. d'Ét. 24 juillet 1981, *Baets*, AJDA 1982.91, concl. Labetoulle : « considérant qu'elle (cette circulaire) fixe ainsi *une règle de droit* relative à la constitution des dossiers de demande de mutation et présente dès lors, dans ces dispositions un caractère réglementaire ».

On observera que, selon la jurisprudence, une même circulaire peut comporter à la fois des règles de droit et des règles méta-juridiques ayant la nature de mesures d'ordre intérieur (Cons. d'Ét. 14 octobre 1977, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales*, AJDA 1978.228, note Plouvin).

²¹ Une telle solution s'harmoniserait, au demeurant, avec celle qui consiste de la part du juge à admettre que des circulaires et autres mesures d'ordre intérieur puissent engager la responsabilité pour faute ou même sans faute de la puissance publique : Cass. Crim. 24 novembre 1955, Bull. Crim. n° 522 ; Cons. d'Ét. 7 mai 1971, *Sastre*, Lebon p. 334 ; 20 mars 1974, *Navara*, Lebon, p. 201 ; 9 juin 1978, *Spire*, AJDA 1979.92, note Truchet.

une simple mesure d'ordre intérieur insusceptible de servir par elle-même de fondement juridique, de donner valeur juridique²².

Ajoutons, enfin, que de toutes façons le contrôle du juge, même à travers cette théorie des circulaires réglementaires, est nécessairement limité : il est limité aux cas dans lesquels ces circulaires sont plus défavorables aux administrés que les textes juridiques eux-mêmes qu'elles mettent en œuvre ; il y a peu de chances, en effet, pour que les administrés attaquent en justice des dispositions de circulaires *praeter* ou *contra legem* qui leur sont plus favorables, – ce qu'on appelle de manière suggestive des « tolérances administratives »²³. Certes, ces dernières ne procurent-elles qu'un avantage précaire puisqu'à tout instant l'administration peut ne plus les appliquer ou les révoquer et revenir à la lettre des lois et règlements normalement applicables, lesquels – on l'a rappelé déjà – ne sont pas susceptibles d'être abrogés par désuétude²⁴. Il reste que l'administration dispose par là d'un pouvoir considérable d'ajouter à la réglementation juridique ou de la tenir en échec par la réglementation méta-juridique ; ainsi, par exemple, par une simple instruction ministérielle, un système – officieux et précaire – d'indemnisation par l'État de certains préjudices subis par certaines catégories de la population peut être créé et organisé aux lieu et place d'une réglementation juridique en bonne et due forme²⁵ ; de même, c'est par une simple circulaire²⁶ que l'administration a décidé de ne pas exercer les poursuites ni prononcer les pénalités de retard prévues contre les débiteurs défaillants de l'État eux-mêmes créanciers impayés de ce dernier (et qui se trouvent, par ailleurs, dans l'impossibilité d'invoquer la compensation puisque celle-ci n'est pas opposable en principe aux personnes publiques débitrices) : de telles mesures auraient pu être prises par voie de règlements, mais leur illégalité aurait été sans doute trop éclatante.

– A côté des circulaires, on peut mentionner encore d'autres formes de réglementation méta-juridique comme les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires, dans la mesure où ces réponses contiennent, entre autres, la doctrine

²² Cette attitude est au premier plan celle du juge judiciaire, devant lequel il ne peut y avoir en principe de recours direct contre une circulaire administrative (Cass. Civ. 8 octobre 1965, Bull. Civ. 1965.V.101 ; Cass. Crim. 18 juin 1969, JCP 1970.II.16531, note Despax. Voir sur ce point : J. Tercinet, *Les tribunaux judiciaires juges de l'action administrative*, thèse, Grenoble, pp. 27 s. ; J.F. Lachaume, *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, 1983, p. 93). Mais la position du juge administratif lui-même va dans le même sens (Cons. d'Ét. 11 décembre 1950, *Société de l'alimentation sarthoise*, GP 1951.I.67 ; 24 mai 1956, *Société Établissements Motte et Porisse*, Lebon, p. 144. Voir : Lucile Tallineau, *Les tolérances administratives*, AJDA 1978, 29 s.). Cette inconséquence de la jurisprudence administrative relative aux circulaires réglementaires est à rapprocher de celles que laisse apparaître une jurisprudence comparable prêtant un caractère réglementaire aux clauses de certains contrats administratifs, comme les contrats de concession de service public : cette assimilation, elle non plus, n'est pas complète (par exemple, ces clauses « réglementaires », ne peuvent, en principe, être directement attaquées par des tiers), ce qui lui donne aussi un caractère assez artificiel.

²³ Cf. Lucille Tallineau, art. cit., AJDA 1978.19 s.

²⁴ Par exemple : Cons. d'Ét. 21 juillet 1972, *Dame veuve Hermann*, AJDA 1973.210 (loi du 29 janvier 1831 sur la déchéance quadriennale des dettes de l'État applicable en matière d'emprunt public malgré une « tradition administrative » contraire résultant d'une décision du Ministre des Finances de 1847).

²⁵ Instruction du 10 mars 1964 relative à l'indemnisation de certaines catégories de personnes dépossédées de leurs biens en Algérie (cf. Cons. d'Ét. 1er juillet 1974, *S.A. Aratro*, Lebon, p. 388).

²⁶ Instruction de la Direction de la Comptabilité Publique du 11 février 1980 (Dr. Fisc. 1980.II.6482), prise en application d'une décision de principe arrêtée par le Gouvernement au Conseil des Ministres du 14 février 1979.

de l'administration relative à la pratique de telle ou telle réglementation juridique, ou encore les règlements intérieurs adoptés par les différents organes administratifs, et spécialement par les assemblées délibérantes des collectivités publiques décentralisées, pour l'exercice de leurs compétences juridiques.

2/ Une deuxième catégorie de mesures administratives d'ordre intérieur d'un type plus récent (ou plus récemment dégagé) comprend essentiellement les actes-types et les directives²⁷.

– Les actes-types constituent des formules-modèles élaborées par des autorités administratives pour guider le personnel administratif ou même les personnes privées²⁸ dans l'accomplissement des actes juridiques correspondants. Ces actes-types sont chargés tantôt de la fonction de simples recommandations dont il est possible de s'écarter, tantôt de la fonction de commandements à respecter impérativement. Ce procédé qui permet à la fois d'encadrer et d'harmoniser les comportements juridiques des intéressés, est utilisé couramment en matière d'actes administratifs unilatéraux (sous la forme de règlements-types, de statuts-types...), mais surtout en matière de contrats avec la pratique des cahiers des charges-types comparables aux contrats-types du secteur privé, – pratique d'ailleurs prévue et organisée aujourd'hui par de nombreux textes législatifs ou réglementaires. Il existe, par exemple, actuellement quatre cahiers des charges-types applicables respectivement aux marchés publics de travaux (décrets du 21 janvier et du 5 juillet 1976), aux marchés de fournitures courantes et de services (décret du 27 mai 1977), aux marchés de prestations intellectuelles (décret du 26 décembre 1978) et aux marchés industriels (décret du 14 novembre 1980), et auxquels tous les ministères sont tenus de se référer pour les marchés qu'ils passent au nom de l'État.

On doit observer à nouveau, dans ce domaine, la même ambiguïté que pour les circulaires par le fait que, dans certains cas, les actes-types sont considérés par la jurisprudence non pas comme des mesures d'ordre intérieur, mais comme de véritables règlements administratifs susceptibles d'être attaqués directement pour excès de pouvoir. Cette jurisprudence non plus ne va pas sans poser de problèmes²⁹, et est, au demeurant, difficile à cerner : d'une manière générale, un caractère réglementaire est reconnu à un acte-type élaboré par une administration lorsqu'il concerne, non pas cette administration elle-même, mais des tiers (personnes privées ou publiques) et que son

²⁷ Il s'agit aujourd'hui de variétés autonomes de mesures d'ordre intérieur, bien que des actes-types ou des directives puissent être contenus dans des circulaires.

²⁸ Par exemple : Cons. d'Ét. 14 février 1969, *Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe*, Lebon p. 96 ; Trib. Confl. 10 janvier 1983, *Centre d'action pharmaceutique et autre*, Dall. 1983.IR.114.

²⁹ Voir, en particulier, au sujet des difficultés auxquelles conduit l'assimilation des contrats-types à des règlements : A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolve, *Traité des Contrats Administratifs*, t. I, 1983, pp. 78 s. et 694 s. On ajoutera que les contrats-types de l'État sont généralement complétés par des circulaires et instructions ministérielles qui les commentent, les éclairent et font en quelque sorte corps avec eux (de sorte que la référence d'un contrat au contrat-type emporte en principe application de ces circulaires aux rapports contractuels noués : Labaudère, Moderne et Delvolve, *op. cit.*, p. 680) : ces circulaires ont-elles, dans ces conditions, elles-mêmes, un caractère réglementaire ? Mais comment expliquer alors que les parties puissent, cependant, d'après la jurisprudence les écarter expressément ou tacitement (Cons d'Ét. 18 juillet 1947, *Michel*, Lebon p. 327) ?

observation est conçue comme obligatoire ou a été rendue obligatoire par une loi ou un règlement³⁰ : tel était le cas, en particulier, des cahiers des charges-types établis par le Ministre de l'Intérieur pour les concessions et affermages des collectivités locales et que celles-ci étaient tenues de respecter en vertu de l'article L 321-1 du Code des Communes ; depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, ces cahiers-types ne sont plus que des « modèles » auxquels les collectivités locales peuvent se référer, mais qui ne présentent plus aucun caractère obligatoire. Mais la solution générale que l'on vient d'indiquer ne s'applique pas toujours : dans certains cas, des actes-types non obligatoires sont considérés par la jurisprudence comme des règlements³¹ ; par ailleurs, même des actes-types facultatifs concernant l'administration elle-même qui les a élaborés peuvent se voir reconnaître un caractère réglementaire, spécialement lorsqu'ils ont fait l'objet d'une approbation par un acte réglementaire³². Comme on le voit, la frontière entre le juridique et le méta-juridique reste assez floue.

– Les directives, quant à elles, correspondent à des règles que l'administration se fixe à elle-même pour l'exercice de pouvoirs de décision discrétionnaires que la réglementation juridique lui reconnaît à l'égard des administrés : l'autorité administrative arrête à l'avance une certaine doctrine, un certain mode d'emploi de sa compétence discrétionnaire, une certaine ligne de conduite destinée à la guider par la suite pour les différentes décisions individuelles qu'elle sera amenée à prendre. Dans un souci de protéger les administrés contre des discriminations arbitraires, la jurisprudence a été amenée à une époque récente à reconnaître officiellement ce procédé et en même temps à lui fixer un statut : c'est ainsi, notamment, que ces directives, bien que mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours direct devant le juge, et à condition de ne pas être inadaptées au but visé par le législateur, s'imposent à l'administration dans la mesure où elle ne peut en principe y déroger à l'égard d'un

³⁰ Cons. d'Ét. 24 juin 1956, *Union des industries métallurgiques et minières*, Dr. Soc. 1956.225 (Règlement intérieur modèle des caisses de sécurité sociale) ; 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, CJEG 1961.175 (cahier des charges-type de concession de service public communal) ; 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rev. Dr. Publ. 1962.739 (convention-type de la sécurité sociale) ; 5 janvier 1972, *Syndicat national des chirurgiens-dentistes d'exercice collectif*, Lebon p. 2 (contrats-types de conventions entre chirurgiens-dentistes) ; 16 février 1977, *Galosiaux*, Lebon p. 824 (modèle-type de cahier des charges d'une concession de plage naturelle) ; 6 juin 1980, *Darvennes*, Dr. Adm. n° 266 (règlement départemental sanitaire-type). Cpr. Cass. Com. 21 octobre 1970, AJDA 1971.233 (statuts-types de société d'économie mixte).

³¹ Voir, à propos d'un cahier des charges-type : Cons. d'Ét. 2 juillet 1982, *Conseil national de l'ordre des architectes*, Lebon p. 255 et AJDA 1982.643, note Brechon-Moulenes ; concl. Braibant sur Cons. d'Ét. 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, CJEG 1961.175 ; Laubadère, Moderne et Delvolpe, *op. cit.*, pp. 78 s.

³² Cons. d'Ét. 2 juillet 1982, *Conseil national de l'ordre des architectes*, précité : arrêt rendu à propos d'un cahier des charges-type approuvé par décret (en vertu de l'article 113 du Code des Marchés Publics). C'est qu'en principe l'approbation ou l'homologation de règles par un acte réglementaire tend à être considérée par la jurisprudence comme l'équivalent d'une incorporation de ces règles à cet acte ou d'une appropriation de ces règles par l'autorité réglementaire (par exemple, pour des conventions de la sécurité sociale approuvées par des arrêtés ministériels : concl. Dondoux sur Cons. d'Ét. 18 février 1977, *Hervouët*, Lebon p. 98 ; pour une convention approuvée par une loi et considérée comme faisant « partie de la législation en vigueur » : Cons. d'Ét. 23 janvier 1959, *Mayer et Waitz*, Lebon p. 57 ; pour des conventions entre personnes privées et approuvées par l'autorité publique : Cons. d'Ét. 25 novembre 1959, *Jeanjean et Di Mayo*, Lebon p. 261 et 13 octobre 1967, *Debar*, Lebon p. 377. Cf. Laubadère, Moderne et Delvolpe, *op. cit.*, pp. 113 s.).

administré sauf pour des motifs d'intérêt général ou des motifs tirés des particularités de la situation de l'intéressé par rapport aux normes énoncées ; dans ce dernier cas, d'ailleurs, l'administré concerné peut exiger une dérogation à son égard³³. Le législateur lui-même est intervenu depuis, on l'a rappelé, pour rendre obligatoire la publication des directives comme celle des circulaires (loi du 17 juillet 1978). On voit, par tout ce dispositif, que l'administration a ainsi la possibilité en pratique de transformer une compétence discrétionnaire d'après la réglementation juridique en une compétence liée.

On doit observer que cette matière des directives laisse, elle aussi, apparaître une certaine ambiguïté : si en principe les directives « n'ont aucun caractère réglementaire »³⁴ et correspondent à une réglementation purement méta-juridique, quoique juridiquement réglementée, dans certains cas cependant la jurisprudence reconnaît à des directives le caractère de règlements administratifs³⁵.

3/ Dans une troisième catégorie purement résiduelle, on peut regrouper toutes les mesures d'ordre intérieur innommées, qui ne correspondent pas à un type nettement défini ; elles constituent une masse aussi volumineuse que disparate : la réglementation administrative méta-juridique s'y exprime notamment « par des lettres internes confidentielles adressées aux agents chargés spécialement de veiller à l'observation du texte, ou encore par l'envoi de lettres missives aux intéressés et la formulation d'apaisements verbaux »³⁶ et de bien d'autres manières encore (protocoles, arrangements, informations, renseignements, avis, injonctions diverses...). On se contentera d'observer encore sur ce point les incertitudes – également fort significatives – qui affectent la ligne de démarcation entre le juridique et le méta-juridique : il est difficile d'expliquer pourquoi, par exemple, certains avis de l'administration au public sont considérés par la jurisprudence comme de simples mesures d'ordre intérieur³⁷ alors que d'autres sont traités comme des règlements³⁸.

³³ Cons. d'Ét. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, Lebon p. 750 ; 29 juin 1973, *Société GEA*, Rev. Dr. Publ. 1974.547, note M. Waline. Dans des arrêts anciens, le Conseil d'État avait déjà jugé illégales des décisions administratives individuelles contraires à une pratique suivie par l'administration et n'exprimant pas la volonté de cette dernière d'abandonner cette pratique pour l'avenir, mais seulement d'y déroger dans des cas d'espèce (Cons. d'Ét. 2 août 1918, *Giraud*, Lebon p. 803 ; 21 mai 1920, *Jacquot*, Lebon, p. 543 ; 3 décembre 1920, *Duquesnoy*, Lebon p. 1034. Voir de Belmas, *La pratique administrative source de droit*, thèse, Toulouse, 1932) : les nouveaux arrêts renouent avec cette jurisprudence, qui avait été abandonnée, en la perfectionnant.

³⁴ Arrêt *Société GEA*, précité.

³⁵ Cf. à propos des « directives d'aménagement national » en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire : Cons. d'Ét. 31 janvier 1975, *Société des Magasins Ouest Rallye*, AJDA 1975.132 ; 31 décembre 1976, Comité de défense des riverains de l'aéroport de Paris-Nord, Dall. 1977.313, note Moderne. A propos des directives nationales d'aménagement rural : Cons. Const. 1er juillet 1980, Rev. Dr. Publ. 1980.1637, observ. Favoreu.

³⁶ L. Tallineau, *art. cit.*, AJDA 1978.19 ; cpr. Maryvonne Hecquard-Théron, *De la mesure d'ordre intérieur*, AJDA 1981.235 s.

³⁷ C'est le cas, en particulier, des « avis aux cédants » (ou « avis aux banques ») par lesquels la Banque de France fixe les règles à suivre par les banquiers pour la mobilisation des créances à court terme sur l'étranger : Cass. Com. 22 avril 1980, Les Petites Affiches 16 janvier 1981, p. 8, note Calendini (voir les observations critiques de Michel Vasseur, *Le pouvoir de la Banque de France de prendre des règlements et d'édicter des normes professionnelles*, Dall. 1981.Chron. 25 s.).

³⁸ Exemple : Cons. d'Ét. 18 avril 1980, *Société Maxi Librati*, AJDA 1981.227 s., note Goyard.

III. Droit fiscal

Dans l'ensemble du droit public, le droit fiscal se donne sans doute comme un secteur privilégié pour l'étude des relations que le droit entretient avec sa pratique. Dans le domaine fiscal, en effet, les reliefs sont davantage dessinés, davantage accusés qu'en droit administratif général.

L'importance de la pratique administrative, tout d'abord, y apparaît particulièrement évidente : dans la jungle aride et en perpétuelle mouvance de textes de droit fiscal de plus en plus nombreux, complexes, sophistiqués, souvent d'ailleurs mal rédigés ou mal conçus à la suite, par exemple, de remaniements improvisés de dernière minute, de concessions faites par le gouvernement à des groupes de pression ou arrachés par les parlementaires au cours de la discussion de ses projets, la fonction pédagogique de l'administration à l'égard du public tout autant que de ses agents revêt un rôle essentiel³⁹ ; le droit fiscal serait, en vérité, pour sa plus grande part inapplicable autrement. C'est dire l'importance de la réglementation administrative méta-juridique, ce qu'on appelle plus couramment « la doctrine administrative », telle qu'elle s'exprime à travers une masse énorme de circulaires, instructions, notes de service, réponses ministérielles, mais aussi de réponses aux questions que les contribuables ou les organisations qui les représentent posent aux services fiscaux : il existe, en effet, en droit fiscal français, depuis la loi du 28 décembre 1959, un véritable droit général des contribuables au renseignement, à la consultation juridique auprès de l'administration fiscale, – ce qui constitue en même temps la reconnaissance officielle de la fonction pédagogique assumée par cette dernière.

Le droit fiscal apparaît du même coup très fortement dépendant de ce que l'administration en fait à travers cette « doctrine » qu'elle diffuse et dont les ouvrages, les manuels, les encyclopédies de droit fiscal exposent les dispositions exactement comme si elles faisaient partie intégrante du droit positif. Assurément, l'administration n'est pas complètement libre d'interpréter et d'appliquer à sa guise les textes fiscaux ; elle est soumise au contrôle du juge. Mais sa puissance, même à l'égard de ce dernier, est particulièrement grande du fait de cette espèce de « double casquette » dont bénéficie l'administration en général, mais spécialement l'administration fiscale : c'est elle, en effet, qui prépare tous les textes fiscaux (projets de lois et de règlements) ; elle n'en a que plus de poids ensuite, même à l'égard du juge, lorsqu'au stade de leur application elle les interprète, en développe la portée. Si d'aventure le juge fiscal n'entre pas dans ses vues, elle n'hésite pas – au moins dans les cas importants – à reprendre la casquette législative et à faire adopter des textes de loi condamnant expressément cette opinion juridictionnelle dissidente : on pourrait en citer bien des exemples⁴⁰. Cette faculté pour l'administration de jouer, tel Maître Jacques, sur ce double registre donne lieu à tout un

³⁹ Cf. Philippe Marchessou, *L'interprétation des textes fiscaux*, Paris, 1980, pp.23 s.

⁴⁰ Cf. Maurice Cozian, *Les tribulations de la provision pour congés payés*, JCP 1970.II.2367 ; J.Cl. Martinez, *Le statut de contribuable*, Paris, 1980, p. 137.

jeu extrêmement subtil de dosage entre le juridique et le méta-juridique : des textes fiscaux volontairement imprécis ou hâtivement préparés peuvent être mis en vigueur, que des circulaires administratives viendront ensuite tout à loisir compléter ou corriger⁴¹ ; après l'adoption de lois fiscales rigoureuses, des tempéraments pourront être apportés par la même voie, avec toute la souplesse et la discrétion nécessaires, pour tenir compte notamment de la pression exercée par les catégories intéressées de contribuables et leurs groupements ; dans les relations mêmes entre l'administration et les contribuables, il est commode d'expérimenter et de rôder des institutions, des procédures, des mécanismes, au niveau méta-juridique avant de les officialiser juridiquement⁴².

Mais, en face de l'administration fiscale, la pratique des contribuables eux-mêmes est également particulièrement importante : les contribuables, en effet, sont spécialement motivés à utiliser les textes fiscaux de façon à contourner les intentions du législateur et à éluder l'impôt ; aidés par leurs conseils juridiques et fiscaux, leur ingéniosité dans la recherche de toutes les virtualités possibles leur permettant d'échapper – ou d'échapper le plus possible – aux mailles des filets du fisc aboutit à cette situation remarquable qu'en droit fiscal, à côté des savants docteurs de la loi, il faut compter avec des millions de non moins doctes casuistes préoccupés d'accommoder au mieux les dispositions des textes à leur propre cas ! Vu de ce côté également, le droit fiscal laisse transparaître par excellence qu'il n'est rien d'autre que ce qu'on en fait.

Ces données spécifiques du droit fiscal expliquent la tendance particulièrement accentuée en la matière à l'institution de mécanismes régulateurs aussi bien de la pratique juridique de l'administration que de celle des contribuables. C'est à une rapide évocation de ces mécanismes que l'on se bornera ici.

1/ En ce qui concerne l'administration, tout d'abord, les mécanismes régulateurs mis en place visent pour l'essentiel à encadrer, d'une part, l'interprétation administrative des textes fiscaux et, d'autre part, l'exercice par l'administration fiscale de ses compétences discrétionnaires.

– En principe, les interprétations que l'administration prête aux textes fiscaux, notamment dans ses circulaires, constituent de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles d'être invoquées devant le juge fiscal ni par elle ni par les

⁴¹ Le législateur s'appuie ici délibérément sur la pratique administrative comme il renvoie implicitement dans d'autres domaines au juge, à la pratique juridictionnelle (cf. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, 1980, pp. 38 s. et 55 s.).

⁴² Beaucoup de procédures en matière de contrôle fiscal, par exemple, ont emprunté ce cheminement ; c'est le cas, en particulier, des « vérifications approfondies de situation fiscale d'ensemble » (officialisées avec l'article 67 de la loi du 30 décembre 1975 et l'article 4 de la loi du 29 décembre 1977 ; cf. Fernoux, *Dall.* 1982.Chron. 27 s.). Même le droit au renseignement auprès de l'administration a d'abord été reconnu par circulaire aux contribuables faisant l'objet d'une vérification de comptabilité (note du 2 avril 1958) avant d'être étendu à tous les contribuables par la loi du 28 décembre 1959.

contribuables⁴³ ; ne faisant pas grief, elles sont insusceptibles d'être attaquées directement en justice. On retrouve, bien sûr, dans ce domaine la distinction entre circulaires « interprétatives » et circulaires « réglementaires », sur laquelle on ne reviendra pas, sinon pour indiquer qu'elle joue ici un très faible rôle : la jurisprudence est, en effet, d'une manière générale fort réticente à reconnaître un caractère réglementaire aux circulaires fiscales⁴⁴ ; le juge de l'excès de pouvoir paraît préférer ne pas s'aventurer sur le difficile terrain fiscal et laisser ce soin au juge fiscal lui-même à l'occasion des recours formés par les contribuables contre leur imposition individuelle. C'est, d'une certaine manière, une manifestation de cet ascendant, précédemment évoqué, dont tend à bénéficier l'administration fiscale. Par ailleurs, le contrôle juridictionnel se trouve de toutes façons limité en raison de l'existence de nombreuses « tolérances fiscales » bénéficiant d'une immunité juridictionnelle de fait : ainsi, on a pu dénombrer entre 1970 et 1974 plus de 550 catégories de tolérances fiscales admises pour environ 2900 circulaires et réponses ministérielles publiées au cours de cette période, ce qui donne une moyenne d'une tolérance pour cinq circulaires ou réponses ministérielles⁴⁵.

Il y avait ainsi une incompatibilité de plus en plus flagrante entre la fonction pédagogique impartie à l'administration et l'absence de garantie s'attachant à la doctrine diffusée par elle et qui ne pouvait lui être opposée. C'est ce qui a déterminé le législateur à intervenir et à faire produire, désormais, un certain effet juridique aux interprétations administratives des textes fiscaux : tel a été l'objet de la loi du 28 décembre 1959 (article 100)⁴⁶, modifié par la loi du 9 juillet 1970 et dont les dispositions se trouvent actuellement codifiées à l'article L 80 A du Livre des Procédures Fiscales⁴⁷.

Grosso modo, cette loi permet aux contribuables d'opposer – sous certaines conditions – à l'administration ses interprétations formelles⁴⁸ des textes fiscaux, aussi

⁴³ Un contribuable ne peut même pas contester, d'ailleurs, son imposition au motif que d'autres contribuables dans la même situation ne sont pas imposés de la même façon par l'administration (Cons. d'Ét. 2 mai 1979, req. 11259, RJF 1979.220 ; 1er octobre 1980, req. 14120, RJF 1980.470 ; 22 décembre 1982, req. 17634, RJF 1983.115) ; le principe de la légalité de l'impôt l'emporte ici sur le principe de l'égalité devant l'impôt.

⁴⁴ Voir : M. Chrétien, *Le recours pour excès de pouvoir en matière fiscale*, JCP 1946.II.570 s. ; B. Martin-Laprade, *Chronique*, RJF 1976.120 ; J.-Cl. Martinez, *op. cit.*, p. 136 ; D. Giltard, *Le recours pour excès de pouvoir en matière fiscale*, Dr. fisc. 1982, n° 22, p. 762.

⁴⁵ J.-Cl. Martinez, *op. cit.*, pp. 120 s. Les circulaires et réponses ministérielles publiées au Bulletin Officiel de la Direction Générale des Impôts durant cette période s'étant déployées sur quelque 15.000 pages, on peut aussi dire qu'elles contenaient à peu près une tolérance toutes les trente pages...

⁴⁶ Loi s'inspirant, du reste, de mesures méta-juridiques que l'administration avait elle-même recommandées à ses agents dans des circulaires antérieures (instruction du 31 janvier 1928 et note du 23 mars 1928, note du 2 avril 1958), mais qu'elle ne respectait pas toujours et auxquelles le juge déniait toute portée.

⁴⁷ « Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivi par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration.

« Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente ».

⁴⁸ Ce qui n'est pas le cas en principe de simples communications orales, et notamment de déclarations du Ministre au cours d'un débat parlementaire (car « on ne peut tenir cela pour l'exposé réfléchi d'une doctrine » : concl. Léger sur Cons. d'Ét. 16 juin 1982, req. 17434, Dr. fisc. 1983 comm. 604).

bien celles qui sont contenues dans une circulaire ou une réponse ministérielle et ont donc une portée générale, que celles qui sont individuellement notifiées à un contribuable sur sa demande. Tant que ces interprétations ne sont pas rapportées dans les mêmes formes par l'administration, elles s'imposent à elle, alors même qu'elles seraient illégales, contraires aux textes, et que le juge aurait expressément reconnu cette illégalité⁴⁹. Ce mécanisme, en vérité, a lui-même une portée équivoque : d'un côté, il protège le contribuable contre les volte-face intempestives de l'administration ; mais d'un autre côté, il aboutit en définitive à placer la doctrine administrative au-dessus de la loi fiscale et du juge fiscal : le méta-juridique l'emporte ici sur le juridique ! Ce résultat est particulièrement remarquable lorsqu'il bénéficie à de simples réponses ministérielles aux questions écrites de parlementaires, qui sont en principe toujours dépourvues de toute conséquence juridique⁵⁰. Des doutes ont, du reste, été émis à différentes reprises sur la compatibilité des dispositions de la loi de 1959 avec celles de la Constitution⁵¹ ; et le gouvernement lui-même a été amené, le 17 avril 1980, à demander un avis sur ce point au Conseil Constitutionnel : mais la Haute juridiction s'est déclarée incompétente, s'agissant d'apprécier la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée⁵². Il ne faut pas oublier, s'il est vrai, que cette doctrine administrative illégale que les contribuables peuvent ainsi opposer à l'administration, à la loi et au juge fiscal est, par hypothèse même, constitutive de tolérances, lesquelles de toutes façons auraient bénéficié d'une immunité juridictionnelle : l'article L 80 A évite qu'à cette situation – sans doute fâcheuse – ne s'ajoutent la désinvolture et les discriminations de l'administration à l'égard des contribuables. Il rest qu'en pratique les exemples ne sont pas rares d'interprétations administratives reconnues illégales par le juge, mais que l'administration se garde de rapporter et qui continuent par conséquent de servir, en toute impunité, de fondement à l'imposition des contribuables.

– Le mécanisme de l'article L 80 A ne s'applique qu'à l'interprétation même que l'administration donne des textes fiscaux ; il ne joue pas pour les dispositions méta-juridiques par lesquelles l'administration se borne à prescrire ou à recommander à ses agents d'exercer de telle ou telle façon les pouvoirs que la loi lui accorde, par exemple de n'user de sa faculté de taxer d'office le contribuable que dans certains cas seulement, en prenant en considération certains critères, etc. Ce mode d'emploi de ses compétences discrétionnaires n'est pas opposable à l'administration, ni sur le fondement de l'article L 80 A, ni sur le fondement de la théorie jurisprudentielle des directives administratives qu'on a évoquée plus haut⁵³ : la jurisprudence, en effet, s'est refusée jusqu'ici à étendre

⁴⁹ Par exemple : Cons. d'Ét. 11 juillet 1977, *S.A. Ferrero-France*, RJF 1977.333 ; 22 février 1978, req. 3153, Dr. Fisc. 1978 comm. 1601 ; 7 novembre 1979, req. 16837, Dr. Fisc. 1981 comm. 197, concl. Rivière.

⁵⁰ Cons. d'Ét. 20 avril 1956, *Lucard*, RPDA 1956, n° 182.

⁵¹ Par exemple : concl. Rivière sur Cons. d'Ét. 25 juillet 1980, req. 93760, RJF 1980.460 ; Sauve, *Chronique*, RJF 1981.3 ; Marchessou, *op. cit.*, pp. 123 s. ; Martinez, *op. cit.*, pp. 145 s.

⁵² Cons. Const. 14 mai 1980, JO 17 mai.

⁵³ Par exemple : Const. d'Ét. 28 mai 1975, req. 93617, Dr. Fisc. 1976 comm. 1665, concl. Schmeltz ; 31 juillet 1979, req. 14269, RJF 1979.409 ; 23 avril 1980, req. 13974, RJF 1980.249 ; 6 février 1981, req. 22124, RJF 1981.169 ; 30 octobre 1981, req. 22305, RJF 1981.565. Dans certains arrêts, le Conseil d'État parle bien de « directives » mais sans y attacher la moindre portée (Cons. d'Ét. 6 octobre 1976, req. 97387, RJF 1976.356).

cette théorie en matière fiscale, estimant sans doute qu'elle en était exclue a contrario par la loi de 1959 (ce qui est loin d'être évident). Mais une autre forme d'encadrement de la pratique administrative s'est progressivement développée sur ce point, qui mérite d'être relevée : il y a, en effet, depuis plusieurs années, une tendance très nette du législateur et de l'administration elle-même, d'ailleurs, dans sa réglementation méta-juridique, à instituer des instances centralisatrices (collégiales ou non) chargées de discipliner et d'uniformiser l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration, de dégager et d'appliquer une jurisprudence cohérente et stable. On pourrait citer de nombreux exemples illustrant cette tendance⁵⁴.

2/ Si les mécanismes régulateurs de la pratique de l'administration tendent à limiter la latitude de cette dernière, c'est au résultat inverse qu'aboutissent les mécanismes régulateurs de la pratique des contribuables, mécanismes dont la mise en place remonte à une époque beaucoup plus ancienne : c'est, en effet, l'une des originalités les plus profondes du droit fiscal que de donner à l'administration de larges moyens de s'opposer, sous le contrôle du juge, aux pratiques fiscales vicieuses (quoique parfaitement légales par ailleurs) des contribuables ; grâce à ces moyens, l'administration peut déjouer bien des utilisations subtiles de la législation fiscale, sans que le législateur ait besoin d'intervenir lui-même pour combler toutes les failles de la loi et faire prévaloir ses intentions sur l'imagination des contribuables. Il s'agit donc d'une espèce d'autodéfense – de défense immunologique en quelque sorte – du droit fiscal par lui-même contre les dévoiements de la pratique.

Ce dispositif assez draconien d'autodéfense a été progressivement construit par la jurisprudence principalement au fil de ses décisions, mais aussi par le législateur lui-même dans plusieurs textes : il est connu sous l'appellation d'« autonomie – ou encore : réalisme – du droit fiscal ». On peut le résumer de la manière suivante : l'administration peut, sous le contrôle du juge, donner aux textes fiscaux une interprétation et une application sur mesure, tout à fait différentes de celles que pourrait suggérer leur lettre même à la lueur des solutions couramment admises dans les autres branches du droit : ainsi, les qualifications utilisées par la loi fiscale (par exemple, les notions de « commerçant », de « bénéficiaire », de « gérant », de « service public », etc.) n'ont pas nécessairement le même sens qu'en droit civil, en droit commercial ou en droit

⁵⁴ Création par la loi du 29 décembre 1977 et les décrets du 12 juin 1978 de la commission des infractions fiscales (une instance pénale ne peut être mise en œuvre par l'administration contre un contribuable que sur son avis conforme) et du comité du contentieux fiscal, douanier et des changes (chargé d'émettre des avis sur les mesures gracieuses – transactions, remises ou modérations – que l'administration peut prendre en faveur des contribuables) ; institution par le décret du 2 décembre 1963, ensuite remplacé par le décret du 31 mars 1978, des commissions départementales des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale (chargées d'examiner la situation des contribuables en retard et d'arrêter les suites à donner) ; création en juillet 1974 des comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (chargés d'étudier plus particulièrement la situation des entreprises en difficulté) ; institution depuis 1976 d'un interlocuteur départemental (fonctionnaire de haut rang de l'administration fiscale chargé de superviser les conditions de déroulement des contrôles fiscaux : décision du ministre des Finances du 30 avril 1976) ; recours à la taxation d'office en fonction des dépenses personnelles ostensibles ou notoires réservé depuis 1974 au directeur des services fiscaux (instruction du 29 janvier 1974) ; subordination depuis 1976 de la taxation forfaitaire d'après les signes extérieurs de richesse à l'accord de l'inspecteur principal (note du 18 juin 1976) ; etc.

administratif général ; le fonctionnement de la loi fiscale n'est pas nécessairement affecté par le jeu d'autres règles juridiques non fiscales : la loi fiscale peut frapper des actes nuls ou illicites au regard du droit privé, imposer des sociétés ou des gérants de pur fait et juridiquement inexistantes au regard du droit commercial ; elle peut, de même, tenir en échec la règle civile de l'effet déclaratif du partage ou celle du caractère rétroactif de la condition suspensive. Cette « autonomie » ou ce « réalisme » du droit fiscal en fait une espèce de droit à géométrie variable, adaptable, de droit-caméléon en quelque sorte, capable de manière assez remarquable tout à la fois de recevoir les accommodements nécessaires, mais aussi d'en imprimer à l'environnement juridique dans lequel s'insère son fonctionnement, ce qui permet précisément de déjouer les combinaisons juridiques que les contribuables rusés pourraient être tentés de monter.

Une pièce de ce dispositif est constituée par les pouvoirs de déqualification et de requalification des actes juridiques que la jurisprudence et le législateur ont accordés à l'administration⁵⁵. En effet, la jurisprudence a reconnu depuis longtemps, en matière de droits d'enregistrement, que la qualification donnée par les parties à leurs conventions, même si ces conventions sont régulièrement conclues au regard du droit civil ou du droit commercial, ne lie pas l'administration au regard du droit fiscal : l'administration « a le droit et le devoir de rechercher et de constater le véritable caractère des stipulations contenues dans les contrats pour arriver à asseoir, d'une manière conforme à la loi, les droits dus par les parties contractantes »⁵⁶. Cette jurisprudence a reçu la consécration du législateur, toujours en matière de droits d'enregistrement, avec une loi du 13 juillet 1925 ; puis ce droit de déqualification de l'administration fiscale et de « répression des abus de droit », selon son appellation officielle actuelle, a été étendu aux impôts directs avec la loi du 13 janvier 1941 et, enfin, aux taxes sur le chiffre d'affaires avec la loi du 27 décembre 1963, dont les dispositions se trouvent actuellement codifiées à l'article L 64 du Livre des Procédures Fiscales. Aux termes de ce texte, « ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : a) qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevés ; b) ou qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus ; c) ou qui permettent d'éviter, en totalité ou en partie, le paiement des taxes sur le chiffre d'affaires correspondant aux opérations effectuées en exécution d'un contrat ou d'une convention. L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse »⁵⁷. Il est à souligner, d'une part, que ce droit peut s'exercer même en l'absence de toute intention fauleuse des contribuables,

⁵⁵ Cf. J. Untermaier, *Déqualification et requalification en droit fiscal*, Annales de la Faculté de Droit de Lyon, 1974-I, pp. 153 s.

⁵⁶ Cass. Civ. 20 août 1867, Dall. Pér. L867.I.337.

⁵⁷ Le texte précise encore que « si elle s'est abstenue de prendre l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit ou ne s'est pas rangée à l'avis de ce comité, il lui appartient d'apporter la preuve du bien-fondé du redressement » (le comité en question comprend un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation, un professeur des Facultés de Droit et le directeur général des Impôts ; il est compétent pour se prononcer uniquement sur la question juridique de la nature des actes en cause au regard du droit fiscal).

de tout dessein délibéré de tromper le fisc – ce qui est le cas en particulier lorsque la dissimulation correspond aux seules exigences du monde des affaires et au souci de tenir secrètes certaines opérations commerciales⁵⁸ ; dans son dernier état, la jurisprudence n'exige même pas qu'il y ait eu dissimulation et acte fictif, de sorte qu'à la limite, l'administration peut tenir en échec même la simple habileté fiscale des contribuables⁵⁹. D'autre part, cette déqualification intervient uniquement au regard du droit fiscal et pour les besoins propres de son application : l'opération en cause conserve dans les rapports entre les parties et, éventuellement, à l'égard des autres tiers que l'administration fiscale tous les effets qui s'attachent à sa forme juridique et que lui reconnaissent les autres branches du droit.

Par ces différents moyens⁶⁰, l'administration dispose, on le voit, de très larges possibilités de prémunir le droit fiscal, tel que l'a conçu – ou qu'est censé l'avoir conçu – le législateur, contre toutes sortes de distorsions que pourrait lui imprimer la pratique des contribuables. Mais du même coup, elle est elle-même appelée à jouer, sous le contrôle du juge, un rôle considérable d'ajustement et de finition de la législation fiscale⁶¹.

* * *

En conclusion, on peut dire que les rapports que le droit entretient avec sa pratique constituent un domaine à la fois riche, foisonnant et de première importance, un domaine qui mériterait sans doute d'être davantage exploré et systématisé qu'il ne l'a été jusqu'ici. L'étude de la pratique du droit public est particulièrement intéressante et en même temps particulièrement topique du rôle formateur ou créateur de toute pratique

⁵⁸ Cons. d'Ét. 16 avril 1969, req. 68662, Dr. Fisc. 1970 comm. 1474, concl. Mehl.

⁵⁹ Cons. d'Ét. 10 juin 1981, req. 19079, Dr. Fisc. 1981 comm. 2187, concl. Lobry ; 4 décembre 1981, req. 29742, Dr. Fisc. 1982 comm. 1069, concl. Schrameck. Selon le Conseil d'État, l'administration est ainsi en droit d'écarter les actes passés par le contribuable « lorsque ces actes ont un caractère fictif ou, à défaut, lorsqu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles ».

⁶⁰ On pourrait en ajouter encore d'autres comme la théorie jurisprudentielle de l'acte de gestion anormal, qui permet à l'administration de retrancher des charges déductibles et de réintégrer dans les bénéfices imposables d'une entreprise les dépenses qu'elle estime étrangères à l'intérêt de l'exploitation ; ou encore, le pouvoir reconnu à l'administration d'opposer au contribuable les apparences juridiques qu'il a créées et de l'imposer éventuellement sur cette base plutôt que d'après sa situation réelle (ce qui constitue une sorte de raffinement au second degré du « réalisme du droit fiscal »).

⁶¹ On observera au passage que l'on cherche parfois à minimiser l'originalité de ce « réalisme du droit fiscal » et à ramener les solutions qu'il recouvre au principe de droit commun de l'effet relatif des contrats, en prétendant que l'administration est un tiers au sens des articles 1165 s. du Code Civil (voir notamment F. Llorens, *L'administration fiscale est-elle un tiers ?*, Les Petites Affiches 19 février 1982 n° 22 et 22 février 1982 n° 23). Mais cette explication, qui en toute hypothèse ne peut concerner que certaines solutions du « réalisme du droit fiscal », est très artificielle et méconnaît complètement la nature véritable et l'esprit même de cette construction juridique : ce n'est pas en tant que personne publique créancière, en effet, mais en tant que porte-parole du législateur fiscal, et sous le contrôle du juge, que l'administration peut écarter les règles, solutions et qualification du droit privé (ou des autres branches juridiques) ; le « réalisme du droit fiscal » est un dispositif de défense de ce droit et non pas de l'administration elle-même. A la limite, il arrive même parfois qu'il fonctionne à l'avantage du contribuable lui-même (cf. Cons. d'Ét. 23 janvier 1980, req. 17060, Dr. Fisc. 1980 comm. 2551 : déqualification opérée par le juge au profit d'un contribuable).

juridique : les règles méta-juridiques édictées par les autorités publiques pour l'application de la réglementation juridique, qui émane aussi d'elles, tendent à apparaître elles-mêmes – ce qui est très révélateur – comme du droit, comme une sorte d'excroissance du droit. Et c'est en raison de ces liens étroits, de cette empreinte de la pratique sur le droit lui-même que, de plus en plus, le droit tend à régler aussi bien sa création que son application. A ce niveau, certes, les solutions sont encore souvent insuffisantes : le statut juridique de cette réglementation méta-juridique des autorités publiques n'est pas toujours approprié, ce qui amène la jurisprudence, dans certains cas, à prêter à cette réglementation un caractère juridique uniquement pour mieux la contrôler et protéger les particuliers ; mais ces assimilations purement « fonctionnelles » et partielles soulèvent, on l'a vu, bien des problèmes et ne sont guère satisfaisantes.

Il est vrai que, de toutes manières, la portée d'un statut juridique de la pratique du droit est nécessairement limitée : on butera toujours sur l'espèce de faiblesse congénitale du droit qui fait qu'il aura beau réglementer sa propre pratique, celle-ci restera encore déterminante : car la réglementation de la pratique juridique est elle-même dépendante de sa pratique, de l'usage qu'on en fait. Ne pouvant supprimer la part créatrice irréductible de son application, le droit tel qu'il est édicté par le législateur – est ainsi condamné à l'inachèvement. *Le droit est créé pour être recréé...*