

## LE BIEN-FONDE D'UNE THEORIE JURIDIQUE EXPRESSIVE DE L'INTERPRETATION ADMINISTRATIVE

par

Frédéric ROLLAND

*Senior Lecturer in Law, School of Law, University of EXETER, UK*

### I - LE DROIT ADMINISTRATIF ET LA THEORIE DU DROIT : SCEPTICISME HISTORIQUE ET PRATIQUE INTERPRETATIVE

Le monisme épistémologique dominant dans la pensée administrative historique française a conduit à des exclusions principielles. Alors qu'elle s'est ouverte graduellement à d'autres études, la matière administrative, en raison de sa nature hiérarchique, autocratique, aristocratique et étatique, est longtemps demeurée réfractaire à l'approche épistémologique critique et interdisciplinaire dessinée par la théorie générale du droit en tant que branche de la science du droit à la jonction de la dogmatique juridique et de la philosophie. De la résistance du droit administratif à la théorie juridique et à la philosophie du droit, on pourrait tout d'abord s'étonner, et rétorquer que l'approche théorique est loin d'être étrangère au droit administratif français qui peut s'enorgueillir, dès son origine, de '*théories fondamentales du droit administratif*'; mais force est de constater qu'après avoir intégré les constructions théoriques et les systématisations juridiques de ses pères fondateurs<sup>1</sup> et de ses commentateurs les plus érudits<sup>2</sup>, le droit administratif français, justifié sur la base d'une théorie de

---

1 - G. J. GUGLIELMI, «*Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif*», C.U.R.A.P.P., Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 42 / p. 43: «*De nombreux publicistes tiennent pour pères fondateurs du droit administratif trois figures célèbres, mais ô combien différentes par leur histoire et leur personnalité: Joseph Marie GERANDO, baron de RATHSAMHAUSEN, Louis Marie de LA HAYE, vicomte de CORMENIN, et Louis Antoine MACAREL. [...] La construction théorique du droit administratif n'est évidemment pas identique pour les trois publicistes de "l'Ecole de Paris". Cependant, dans tous les cas, leur réflexion engage une option fondamentale sur la part respective à accorder aux sources écrites, essentiellement législatives, et à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle contient, également, de manière rémanente, une interrogation sur la méthode.*»

2 - J.-J. BIENVENU, «*Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif*», Droits, No 1, Destins du droit de propriété, 1985, p. 153 : «*L'évocation de la doctrine en droit administratif impose le souvenir des vastes édifices spéculatifs d'HAURIOU, de CARRE de MALBERG, de DUGUIT et des analyses techniciennes et conquérantes de JEZE. En l'absence d'équivalents contemporains un classement de type généalogique qui rayonnerait autour des grandes œuvres doit être abandonné pour recourir à des formes plus banalisées de description.*»

l'Etat idéologiquement marquée par le positivisme juridique<sup>3</sup>, est resté longtemps imperméable au concept Kelsenien d'une 'théorie pure' du droit administratif; imperméabilité qui, après la disparition de Léon DUGUIT et d'André HAURIOU<sup>4</sup>, répondait aux vœux des principales figures de la doctrine comme le retrace Paul AMSELEK: «[...] Je crois qu'il n'est pas inutile de rappeler le profond discrédit, sinon la dérision, dans lesquels pratiquement l'ensemble de la communauté des juristes - au nom d'un positivisme étriqué -, a pendant longtemps tenu la philosophie du droit, la réflexion philosophique et même plus largement théorique dans le domaine juridique».<sup>5</sup> Tout à fait significatives du refus positiviste de tout 'dogme métaphysique en droit' sont les lignes écrites par Gaston JEZE dans la préface de son ouvrage consacré aux *Principes généraux du droit administratif*: «Toute philosophie du droit est une œuvre d'imagination, un roman écrit par un juriste, le pire dans le genre ennuyeux, monument d'orgueil et d'inutilité certaine».<sup>6</sup>

Pour exemplaire qu'elle soit historiquement, la position de Gaston JEZE n'a cependant pas empêché la progression du questionnement théorique sur les modalités d'existence du droit administratif par une mise en perspective

---

3 - M.-J. REDOR, «L'Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle», Droits, No 15, L'Etat / 1, 1992, p. 91. Cet auteur établit que, parmi les définitions «à la fois fluctuantes, contradictoires et largement dépendantes des présupposés de leurs auteurs» que les juristes du début du siècle (DUGUIT, HAURIOU, ESMEIN, CARRE de MALBERG) ont pu donner de l'Etat, la définition retenue aujourd'hui par la doctrine est incontestablement celle de CARRE de MALBERG: une définition juridique de l'Etat entendue strictement : «DUGUIT assimile Etat et gouvernants, HAURIOU définit l'Etat comme une institution, c'est-à-dire fondamentalement une idée, ESMEIN et CARRE de MALBERG voient en l'Etat la personnification juridique de la nation. Cet échantillonnage de définitions renvoie, on s'en doute, à la variété des systèmes idéologiques en cours à l'époque dans la doctrine: le positivisme sociologique de DUGUIT l'incline à ne tenir compte que des faits sociaux et à analyser l'Etat comme tel, c'est-à-dire comme le fait social de la différenciation des gouvernants et des gouvernés. L'individualisme chrétien conduit HAURIOU à mettre l'Idée au centre de sa définition d'un Etat qui repose sur de multiples équilibres. Le positivisme juridique revendiqué par CARRE de MALBERG aboutit à une définition exclusivement juridique de l'Etat: l'Etat est une personne juridique et, plus exactement, c'est la personnification juridique de la nation comme l'a établi le premier, le représentant presque officiel de la IIIème République, Adhémar ESMEIN. C'est cette théorie de l'Etat personne juridique qui s'est finalement imposée, comme s'est imposé aussi le positivisme juridique dans la doctrine contemporaine.» Pour une analyse exhaustive de la contribution de la théorie de l'Etat de droit au rayonnement du juge administratif et à la refondation du droit administratif par la doctrine: M.-J. REDOR, De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste Française (1879 - 1914), Economica, Collection 'Droit public positif', 1992.

4 - C. EISENMANN, «Deux théoriciens du droit: DUGUIT et HAURIOU», Revue philosophique, 1930, p. 279.

5 - P. AMSELEK, «L'étrangeté ontologique du droit», Droits, No 11, Définir le droit / 2, 1990, p. 85.

6 - G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, Préface de la 3ème Edition, Paris, 1926 - 1936.

critique des constructions doctrinales dominantes; questionnement qui est au coeur de la pensée d'un auteur comme Charles EISENMANN. Charles EISENMANN préconise pour l'étude du droit administratif, une césure entre droit positif et théorie du droit. Par l'intégration séparée de la théorie du droit dans le champ du droit administratif, la préoccupation méthodique et méthodologique de Charles EISENMANN, est de contester, devant la diversité des définitions subjectives proposées par les auteurs de la doctrine, d'une part, et face à la souplesse interne de la structure institutionnelle de l'appareil administratif, d'autre part, la validité scientifique des '*théories générales du droit administratif*' fondées sur les préjugés axiologiques du droit positif comme structures de vérité conformes à l'examen objectif de la réalité juridique. Dans ses *Cours de droit administratif*, en confrontant les logiques divergentes des principales élaborations doctrinales toutes marquées par un jugement de valeur relativement à la légitimité du droit administratif positif, Charles EISENMANN cherche délibérément à relativiser, au regard même de l'effectivité du droit administratif, les différents concepts théoriques que ces élaborations mettent en oeuvre.

Aussi, pouvons-nous lire sous sa plume : «*Pour le droit administratif, c'est toute sa construction, ce sont les bases mêmes du système, qui sont engagées par la définition que l'on en adoptera, dans le conflit de définitions divergentes. Et il est permis de penser que si la construction d'ensemble qui est actuellement le plus en honneur peut susciter de très sérieuses critiques d'exactitude, d'harmonie et de cohérence, de vraie clarté, de simplicité, si l'on peut penser (c'est notre sentiment) qu'elle est aujourd'hui en crise profonde - et irrémédiable -, c'est en dernière ligne pour la raison qu'elle ne pose pas, ni par suite ne résout, de façon satisfaisante ce problème de définition première. Et que l'on ne peut espérer arriver à amorcer un remaniement satisfaisant et adéquat que si l'on a repensé ce problème, à la double lumière de la réflexion théorique et des données du droit positif*». <sup>7</sup> Ou encore: «*Chacun est libre de regretter que le droit administratif présent ne présente pas une structure plus massive, plus proche du "monolithisme". Mais il faut d'abord, avant de juger, se persuader que telle est la réalité juridique présente, et l'exposer en fonction de ce qu'elle est, des idées qui la sous-tendent ou la supportent, et non pas en fonction de ce qu'on l'on souhaiterait qu'elle fût. Alors on se rendra peut-être compte que les prétendues "crises" ou la "crise" du droit administratif, dont on nous parle si*

---

7 - C. EISENMANN, Cours de droit administratif, LGDJ, 1982, Tome 1, p. 15.

*souvent, se ramène dans une très large mesure à une “crise“, - qui est profonde, elle, - de la doctrine du droit administratif, à qui sa foi dogmatique dans certains principes interdit plus ou moins d’interpréter et de synthétiser de façon satisfaisante, le faisant apparaître comme inintelligible, le droit administratif réel, qui en est, en effet, éloigné de cent lieues».*<sup>8</sup>

Si une juste compréhension du droit administratif contemporain postule assurément une prise en compte des acquis de l’approche conceptuelle du droit<sup>9</sup>, c’est parce qu’une telle approche doit précisément permettre de se doter des instruments intellectuels et des postulats théoriques à même de rendre compte de la réalité juridique<sup>10</sup>. La reconstruction conceptuelle selon Charles EISENMANN a ainsi pour finalité une meilleure compréhension de la configuration du système de droit administratif en tant que cette configuration crée une situation objectivement contraignante pour les agents juridiques concernés. La préoccupation scientifique de Charles EISENMANN rejoint, en ce sens, l’aphorisme de Ludwig WITTGENSTEIN: *«Mon père était un “business man“, et je suis un “business man“: je veux que ma philosophie soit “business-like“, que quelque chose soit fait, que quelque chose soit réglé».*<sup>11</sup>

A ce titre, la question de la pertinence scientifique de l’analyse théorique du phénomène juridique représenté par la pratique interprétative de l’administration active constitue une problématique topique du droit administratif français contemporain dont le propre est précisément d’échapper à tout règlement définitif<sup>12</sup>. En effet, si la réalité de l’interprétation comme opération intellectuelle relevant de l’expérience juridique administrative est reconnue par l’ensemble de

8 - C. EISENMANN, Cours de droit administratif, LGDJ, 1982, Tome 1, p. 152.

9 - Sur la nécessité de la réflexion philosophique afin d’élucider l’être même des choses juridiques («problématique métaphysique ou existentielle»), la constitution typique du droit en général («problématique ontologique ou eidétique»), et le rôle de la science et de la théorie juridique («problématique épistémologique ou théorétique»): P. AMSELEK, *«L’interpellation actuelle de la réflexion philosophique par le droit»*, Droits, No 4, Crises dans le droit, 1986, p. 123; paru également dans l’Encyclopédie philosophique, PUF, 1987; P. AMSELEK, *«L’étrangeté ontologique du droit»*, Droits, No 11, Définir le droit / 2, 1990, p. 85: *«Aujourd’hui la philosophie du droit est sans complexes; elle n’a plus à démontrer son utilité, et même la nécessité - l’incontournabilité - de sa démarche aux côtés des autres disciplines juridiques, dogmatiques ou anthropologiques.»*

10 - V. PETEV, «Réalité juridique», Sous la direction de A.-J. ARNAUD et autres, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2ème édition, LGDJ, 1993, p. 513.

11 - L. WITTGENSTEIN, cité par J. BOUVERESSE, Le philosophe chez les autophages, Paris, 1984, p. 144.

12 - Travaux de l’Association Henri CAPITANT, Tome XXXIV, Le rôle de la pratique dans la formation du droit, Economica, 1983; G. KOUBI, Les circulaires administratives – contribution à l’étude du droit administratif, Economica, Collection ‘Corpus/Essais’, 2003.

la communauté des administrativistes, si la haute juridiction administrative a rénové les termes contentieux de son contrôle des actes administratifs interprétatifs internes sur la base de la jurisprudence *Madame DUVIGNERES*<sup>13</sup> tout en maintenant valides les dispositions des jurisprudences *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER*<sup>14</sup> et *CREDIT FONCIER DE FRANCE*<sup>15</sup>, le processus interprétatif administratif, limité essentiellement à l'impératif constitutif de l'application - impérative ou non - du droit et répondant ainsi à une nécessité juridique technique d'ordre hiérarchique ou institutionnel, demeure foncièrement appréhendé comme le moyen de l'application de normes supérieures préconçues, produits d'une volonté juridique historique rationnelle préexistante et préalablement signifiée. Le propre du statut officiel de l'interprétation juridique par l'administration active est ainsi d'être enfermé dans les limites de l'expression '*pouvoir exécutif*' et les catégories juridiques offertes par la Constitution, la loi et le contentieux administratif.

---

13 - CE 18/12/2002, Madame DUVIGNERES, *GAJA*, 17ème édition, 2009, Arrêt No 112, p. 848; RFDA, 2003, p. 280, Conclusions P. FOMBEUR; J. PETIT, «*Les circulaires impératives sont des actes faisant grief*», RFDA, 2003, p. 510; AJDA, 2003, p. 487, Chronique F. DONNAT, D. CASAS; P. COMBEAU, «*Une avancée dans le contrôle juridictionnel des circulaires ?*», LPA, N° 124, 2003, p. 19; P. COMBEAU, «*Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative*», RFDA, 2004, p. 1069; P. COMBEAU, «*Du nouveau en matière d'invocabilité de l'interprétation administrative. Le cas de la doctrine sociale dans la loi de simplification du droit*», JCP, 2005, No 28, p. 1331; J.-B. AUBY, «*Le juge et les interprétations administratives*», Repères, Dr. adm, 2003, p. 2; J. MOREAU, «*Sur l'interprétation du mot 'interprétation' à propos des circulaires réglementaires et des circulaires interprétatives*», JCP A, 2003, N° 5, Sav., p. 1064; G. KOUBI, «*Distinguer 'l'impératif' du 'réglementaire' au sein des circulaires interprétatives*», RDP, 2004, N° 2, p. 499; V. A. LLIPOULOU, «*Quatre ans d'application de la jurisprudence DUVIGNERES*», RFDA, 2007, p. 479, à propos de CE 2/02/2005, Institut des ingénieurs de recherche, Lebon, p. 927, Conclusions A. ROUL; AJFP, 2005, p. 238, Note R. FONTIER; X. PRETOT, «*Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision Madame DUVIGNERES*», Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, 'Mouvement du droit public', Dalloz, 2004, p. 367; J. GUEZ, «*La 'normalisation' du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires et instructions administratives*», AJDA, 2005, p. 2445; C. GROULIER, «*L'impératif dans la jurisprudence DUVIGNERES: réflexion sur un 'sésame contentieux'*», RFDA, 2008, p. 941.

14 - CE Ass. 29/01/1954, *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER*, Conclusions M. TRICOT, RPDA, 1954, p. 50 ; AJ, 1954. II bis, p. 5, Chronique GAZIER et LONG.

15 - CE 11/12/1970, *CREDIT FONCIER DE FRANCE*, *GAJA*, 17ème édition, 2009, Arrêt N° 85, p. 571; *Rec*, p. 750, Conclusions BERTRAND; *D*, 1971, p. 674, Note LOCHAK; RDP, 1971, p. 1224, Note WALINE; *JCP*, 1972, II, p. 17232, Note FROMONT; P. DEVOLVE, «*La notion de directive*», AJDA, 1974, p. 459; F. CHEVALLIER, *Contribution à l'étude des actes directifs*, Thèse Paris 2, 1975; J. BOULOUIS, «*Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les 'directives'*», *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Cujas, 1977, p. 191; P. PAVLOPOULOS, *La directive en droit administratif*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 128, LGDJ, 1978; M. LASCOMBE, M. CLIQUENOIS, *Les directives, Approche d'un terme juridique palingénésique*, Travaux de l'Université de Lille II, PUF, 1981; M. CLIQUENOIS, «*Que reste-t-il des directives ? A propos du vingtième anniversaire de l'arrêt CREDIT FONCIER DE FRANCE*», AJDA, 1992, p. 3.

Or, la représentation de l'interprétation administrative formulée par le droit positif doit être critiquée sur le plan théorique si l'on tient pour acquis que l'interprétation est constitutive d'un fait producteur de droit, qu'elle ne porte pas sur des normes mais sur des textes et qu'elle est, en cela, nécessaire.<sup>16</sup> Si l'on accepte que le propre de l'interprétation est la création d'une norme comme signification prescriptive d'un énoncé, l'administration active, précisément parce qu'elle détermine le sens des textes juridiques qu'elle interprète, assure simultanément l'application du droit et la création d'une norme nouvelle. En d'autres termes, l'interprétation ne portant pas sur une norme mais sur un énoncé normatif, l'interprétation administrative ne porte pas sur une norme juridique identifiable - et donc préexistante à toute activité d'interprétation par l'administration active -, mais sur l'énoncé normatif d'une norme indéfinie. L'interprétation de la loi par l'administration active est alors à la source de toute une gradation d'actes dont l'énoncé demeure général et impersonnel et au sein de laquelle la fonction de l'acte juridiquement inférieur consiste à spécialiser l'acte qui lui est immédiatement supérieur, opérant ainsi, à la fois l'exécution de celui-ci et la production d'une norme autonome. La mesure administrative d'interprétation est ainsi seule à même d'apporter à l'expression d'un contenu normatif abstrait une signification normative au sein même de la hiérarchie des normes établie par le droit positif. Aussi, alors que les autorités administratives doivent agir dans les limites de leurs compétences, elles ont pour mission, non comme le postule le droit positif d'assurer l'interprétation la plus féconde des principes et des finalités du droit hors de toute création normative objective, mais fondamentalement d'attribuer à la règle juridique précisément sa signification objective de norme.

En effet, si le problème posé par l'interprétation exécutive des textes juridiques est celui de la création du droit *pratiquement* par l'administration active, il doit être appréhendé *théoriquement* comme tel dès lors que l'on se trouve dans l'impossibilité de fonder le caractère créateur de l'interprétation administrative tel qu'il est exprimé par la pratique juridique de l'administration

---

16 - G. TIMSIT, «*La science juridique, science du texte*», Sous la direction de D. BOURCIER et P. MACKAY, Lire le droit - Langue, Texte, Cognition, LGDJ, Collection 'Droit et Société', 1992, p. 458: «*La loi est - également - écriture. La loi, le droit n'ont pas l'existence dans un ciel des idées. Ce ne sont pas des notions indépendantes de leur enveloppe corporelle, sans consistance réelle. La loi, le droit se traduisent, dans la réalité empirique, par des textes: la loi n'existe en effet que dans ses manifestations - droits, habilitations, permissions consenties, obligations imposées -. Or ces manifestations, ce sont des manifestations dans et par l'écriture.*» ; voir également: G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, Collection 'Les voies du droit', 1991.

active, dans le droit positif de l'interprétation administrative tel qu'il est établi par les dispositions réglementaires organisées par la Constitution et la loi, et la jurisprudence de l'impérativité conçue par le Conseil d'Etat. L'invocation du champ interprétatif du droit administratif ne peut aboutir sans être confrontée à l'impossibilité de définir l'acte interprétatif administratif à partir de critères juridiques qui ne renvoient pas en tant que tels à l'interprétation. Relativement au négationnisme sur l'interprétation opéré par la théorie officielle des actes administratifs, le caractère contraignant des mesures interprétatives de l'administration active sur la légalité générale ne peut trouver son fondement que dans la théorie de l'interprétation juridique elle-même; précisément, dans cette théorie de l'interprétation juridique qui va déterminer les critères permettant de considérer l'interprétation administrative au sein de l'ordre intérieur comme valide; c'est-à-dire dans la théorie réaliste de l'interprétation, justement parce que cette théorie entend décrire le fonctionnement du droit tel qu'il est réellement, et non tel qu'il doit être de manière idéale.

## **II - LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE INTERPRETATIVE ET LE RÉALISME THÉORIQUE : POUR UNE DESCRIPTION DE L'AXIOMATISATION DES PRESUPPOSÉS CONTENTIEUX**

Au regard de l'efficacité du droit positif<sup>17</sup>, outre l'hypothèse d'actes juridiques expressément reconnus comme réglementaires, on comprend aisément qu'il est de la nature et de l'utilité mêmes de cette fonction administrative d'exécution du droit par voie d'actes juridiques recommandatoires, de faire en sorte que les services administratifs disposent des moyens juridiques de détermination du sens conduisant à l'édiction administrative de la règle juridique hors de toute création normative autonome. Pour justifiée qu'elle soit sur les plans de la productivité de l'action administrative et de la fonctionnalité du contrôle administratif juridictionnel, cette préconception du droit positif ne peut être aujourd'hui validée comme expression de la réalité juridique du fait interprétatif en droit administratif institutionnel interne au nom même de la matérialité juridique endémique de la pratique interprétative administrative. En effet, la reconnaissance de la contrainte normative exercée sur le droit par l'activité interprétative administrative intérieure passe par une approche intellectuelle théorique et méthodologique à même de décrire l'intellection et les présupposés de l'interprétation retenue par le droit administratif positif; et ainsi,

---

17 - R. BETTINI, «Efficacité», Sous la direction de A.-J. ARNAUD et autres, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2ème édition, LGDJ, 1993, p. 219.

en se libérant des préjugés doctrinaux organiques et scientifiques, de mettre en valeur l'autonomie de l'administration active en tant qu'interprète comme instrument exécutif du pouvoir politique, précisément hors du périmètre juridique des sanctions administratives contentieuses.<sup>18</sup> Dès lors, il apparaît clairement que l'utilité d'une étude théorique de l'interprétation juridique administrative interne en tant que telle - c'est-à-dire séparée des présupposés intrinsèques au système de droit administratif positif assimilés par les doctrines tant administrative qu'universitaire au point de faire souvent office de conclusions scientifiques<sup>19</sup> - dépend fondamentalement des définitions stipulatives à partir desquelles cette étude entend poser théoriquement le problème de l'interprétation *créatrice* en droit administratif intérieur. Autrement dit, convient-il de se doter des instruments théoriques au regard desquels une analyse théorique *descriptive* de l'interprétation juridique administrative interne - en tant qu'interprétation *créatrice* - aura précisément sa validité.

### A – Le choix méthodologique de la théorie réaliste de l'interprétation

La reconnaissance du caractère créateur de l'interprétation juridique administrative intérieure ne peut renvoyer qu'à la théorie de l'interprétation juridique; plus spécifiquement, à la théorie de l'interprétation juridique dont les arguments stipulatifs permettent précisément de reconnaître le fait interprétatif interne à l'administration active comme source de normes créatrices. S'il est établi que le rôle de l'administration active, en tant qu'institution exécutive, est essentiellement de faire passer le droit dans la réalité, la reconnaissance normative de l'interprétation des textes par l'administration active peut alors être

---

18 - J. CHEVALLIER, Institutions politiques, LGDJ, Systèmes, Science politique, 1996, p. 71: «L'administration doit être considérée comme un acteur politique à part entière, en dépit du double principe théorique de **séparation** avec le politique et de **subordination** au politique: certes les fonctionnaires se situent hors du champ de "la" politique; mais ils ne s'en situent pas moins au cœur des processus politiques, dans l'espace "du" politique. L'administration est étroitement associée à l'élaboration des politiques publiques. Aucune politique ne peut être conçue, définie, et bien entendu réalisée, sans l'intervention active du niveau administratif; et cette intervention n'est pas seulement indirecte dans la forme et technique dans le contenu: une série d'acteurs administratifs sont bel et bien présents au cœur du processus décisionnel et influent sur le sens même des choix.»

19 - J.-J. BIENVENU, «Le droit administratif: une crise sans catastrophe», Droits, N° 4, Crises dans le droit, 1986, p. 96: «Les catégories du contentieux ont servi de systématique au droit administratif. Cette situation, historiquement tout à fait explicable, reste intellectuellement une aberration et autorise tous les contresens. On ne peut en effet tirer de catégories à vocation fonctionnelle des conclusions à prétention scientifique.»

justifiée au nom du réalisme juridique<sup>20</sup> La théorie réaliste de l'interprétation dans sa terminaison française Troperienne<sup>21</sup>, théorie expressive et sceptique<sup>22</sup>, en

20 - Sous la direction de E. MILLARD, Une théorie empiriste du droit est-elle possible, D & S, No 50, 2002; E. MILLARD, «Réalisme», Sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige / Lamy - PUF, 2003, p. 1297.

21 - Le choix de la théorie réaliste de l'interprétation telle qu'elle est exposée par Michel TROPER, appliquée à l'étude des mesures administratives internes, a été expliqué dans un article précédemment écrit pour cette revue et auquel nous prions le lecteur de bien vouloir se référer : F. ROLLAND, «L'interprétation juridique administrative et la théorie réaliste de l'interprétation», Rev. Jur. Ouest, 2003-4, p. 341. Selon nous, la théorie Troperienne de l'interprétation peut être condensée au sein de sept propositions:

1. L'interprétation juridique ne peut-elle être ni vraie ni fausse, mais seulement valide ou non valide, dès lors que l'interprète est une autorité juridiquement autorisée à interpréter.
2. L'interprétation s'apparente exclusivement à une fonction de la volonté, l'interprétation juridique s'exerçant, non sur une norme, mais sur un texte.
3. L'interprète se situe au même niveau et exerce le même pouvoir que l'autorité dont il interprète le texte.
4. La liberté juridique de l'interprète est parfaitement compatible avec le principe de la hiérarchie des normes formulée par le droit positif, ce principe devant être considéré interne au propos de l'interprète.
5. L'idéologie juridique dans laquelle s'inscrit obligatoirement toute interprétation juridique véhicule les valeurs, les croyances et les présupposés à partir desquels l'interprète est réputé tenir son rôle comme interprète dans un système politique.
6. L'objet de la théorie réaliste de l'interprétation est de décrire l'existence des contraintes multiples auxquelles l'interprète est soumis relativement à l'idéologie juridique dont il dépend.
7. Relevant d'une question de pur fait, le caractère authentique d'une interprétation est déterminé par la qualité de l'interprétation elle-même comme interprétation authentique - c'est-à-dire une interprétation insusceptible de recours - et non pas par la qualité de l'organe dont elle procède comme interprète authentique. A terme, seule doit être considérée comme authentique l'interprétation donnée par une cour statuant en dernier ressort, parce qu'elle est créatrice d'une norme générale, qui est la signification du texte à appliquer.

Référence a été faite aux études suivantes de Michel TROPER sur l'interprétation et la structure de l'ordre juridique: M. TROPER, «*La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul AMSELEK*», RDP, 1978, p. 1523; M. TROPER, «*L'idéologie juridique*», Sous la direction de G. DUPRANT, Analyse de l'idéologie, Paris, Galilée, 1980, p. 221; M. TROPER, C. GRZEGORCZYK, J.-L. GARDIES, «*Statutory interpretation in France*», Edited by D. N. MACCORMICK and R. S. SUMMERS, Interpreting statutes. A comparative study, Applied legal philosophy, Dartmouth, 1991, p. 171; M. TROPER, «Causalité», M. TROPER, «Imputation», M. TROPER, «Normativisme», M. TROPER, D. LOCHAK, M. JORI, «Norme (Définitions)», M. TROPER, «Norme (Théorie du droit)», M. TROPER, «Positivism», Sous la direction de A.-J. ARNAUD et autres, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2ème édition, LGDJ, 1993, p. 60, p. 293, p. 396, p. 399, p. 406, p. 461; Le débat qui oppose Denys de BECHILLON à Michel TROPER, «*L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation*» : D. de BECHILLON, «*Réflexions critiques*», RRJ, 1994-1, p. 247 ; M. TROPER, «*Réplique à Denys de BECHILLON*», RRJ, 1994-1, p. 267; M. TROPER, Pour une théorie juridique de l'Etat, Léviathan, PUF, 1994 ; M. TROPER, La théorie du droit, le droit, l'Etat, Léviathan, PUF, 2001; Le débat qui oppose Otto PFERSMANN à Michel TROPER: O. PFERSMANN, «*Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation*», RFDC, 2002, p. 279; M. TROPER, «*Réplique à Otto PFERSMANN*», RFDC, 2002, p. 335 ; O. PFERSMANN, «*Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel TROPER*», RFDC, 2002, p. 759; M. TROPER, «Interprétation», Sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige / Lamy - PUF, 2003, p. 843; Sous la direction de M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, Théorie des contraintes juridiques, Bruylant, LGDJ, 'La pensée juridique', 2005; M. TROPER,

n'entendant rien remettre en cause sur le plan des solutions retenues par le droit positif, entend uniquement rendre compte du droit tel qu'il est - et non tel qu'il doit être dans un monde juridique idéal - ; en cela, une théorie juridique faisant écho aux exigences scientifiques de Charles EISENMANN précédemment évoquées. En n'entendant rien prescrire idéologiquement, l'approche réaliste trouve sa cohérence dans la mise en perspective du droit en vigueur à partir des concepts qu'elle a elle-même forgés à cette fin, et dans la reconnaissance des avantages théoriques que cette mise en perspective permet d'obtenir; autrement dit, par la description de la conception de l'interprétation retenue par le droit positif, la description de la réalité juridique et des fictions systémiques prescriptives qui nient cette réalité au nom de l'efficacité du droit positif.

Si le propre de chaque théorie est de constituer son objet et de l'appréhender à l'aide de ses propres méthodes, c'est fondamentalement du statut d'interprète légitime - c'est-à-dire de l'autorisation par le système juridique d'une compétence interprétative - que la théorie réaliste de l'interprétation fait dépendre le caractère créateur de l'interprétation juridique. A ce titre, la compétence interprétative de l'administration active en droit public français n'est pas à démontrer; le pouvoir d'interpréter dont dispose l'administration active est reconnu par l'ordre juridique. Outre le pouvoir d'interprétation qui s'exerce dans le cadre du pouvoir réglementaire expressément conçu comme normateur, la Constitution en habilitant officiellement l'administration active à assurer l'exécution des lois<sup>23</sup>, lui accorde tacitement le statut d'interprète légitime. En d'autres termes, alors que l'administration active est privée d'une investiture officielle l'habilitant à créer des normes hors de sa compétence réglementaire, l'exercice de sa mission exécutive au moyen de mesures interprétatives internes est implicitement reconnu par le constituant et le législateur, explicitement établi par la hiérarchie et le juge administratifs. Autrement dit, outre le pouvoir d'interprétation qui s'exerce dans le cadre du pouvoir réglementaire d'exécution des lois organisé par la Constitution, attribué par la loi ou reconnu par le Conseil

---

«*Constitutional interpretation*», Israel Law Review, 2006, Volume 39; M. TROPER, «*Le réalisme et le juge constitutionnel*», Cahier du Conseil Constitutionnel No 22, Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel.

22 - D. de BECHILLON, M. TROPER, «*L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation*» : M. TROPER, «*Réplique à Denys de BECHILLON*», RRJ, 1994-1, p. 268 : «*Toute théorie du droit doit nécessairement reposer sur une certaine conception de la nature des normes qu'elle prétend décrire. L'ontologie réaliste est expressive. Autrement dit, elle considère que les normes sont l'expression de volontés humaines, qu'elles sont donc des faits et qu'il est par conséquent possible de construire la science du droit sur le modèle des sciences empiriques.*»

23 - Articles 20 et 21 de la Constitution du 4 Octobre 1958.

d'Etat et de nature à modifier l'ordonnancement juridique, l'exercice par l'administration active de sa mission au moyen de mesures interprétatives internes n'est présumé constituer qu'une forme classique d'administration du droit sans effets juridiques contraignants. Effectuée par voie d'actes juridiques explicatifs, l'interprétation juridique administrative intérieure, reconnue par la communauté juridique comme réalisant l'adéquation de la règle législative, réglementaire ou jurisprudentielle à la nécessité administrative, relève ainsi, sans conteste, d'une fonction traditionnelle de l'activité exécutive de l'administration active dont le présumé est de ne former aucune contrainte normative sur la légalité administrative générale.<sup>24</sup>

### **B – Le postulat expressif de la théorie réaliste de l'interprétation administrative**

Il ne s'agit pas ici de révéler l'administration active à son rôle d'interprète mais de révéler l'administration active à la qualité proprement normative de son interprétation intérieure qui, indépendamment de son efficacité pratique, est déniée par le droit positif de l'interprétation administrative. Ce droit positif est fondé sur les principes contentieux du contrôle juridictionnel des mesures administratives internes à portée générale composant l'ordre juridique administratif intérieur, principes historiquement déterminés<sup>25</sup> qui sont porteurs des présupposés intellectuels en matière d'interprétation juridique en droit administratif. En effet, si le Conseil d'Etat confère explicitement à l'administration active la faculté de poser des actes administratifs déterminés comme interprétatifs au sein de l'ordre intérieur, la haute juridiction administrative, en les formalisant et en particularisant leurs régimes juridiques

---

24 - Y. GAUDEMET, «Fonction interprétative et fonction législative: aménagements juridiques de leurs rapports», Sous la direction de P. AMSELEK, *Interprétation et Droit*, Bruylant, Bruxelles/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 203: «La fonction interprétative de l'administration a été à la fois reconnue, encadrée et formalisée. La pratique en est ancienne, autant que l'administration elle-même, mais a pris, dans la période contemporaine, une importance au moins quantitative qu'on peut juger presque proportionnelle à l'inflation législative et réglementaire qui la suscite sans en être la seule cause.»

25 - Sur l'histoire de la formation du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active (1799-1872) et sur sa consécration équivoque (1872-1905): J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

- Sur la séparation de la juridiction et de l'action et l'analyse de la fonction juridictionnelle : J. CHEVALLIER, «L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur», *AJDA*, 1972, p. 67; J. CHEVALLIER, «Réflexions sur l'arrêt CADOT», *Droits*, No 9, La fonction de juger, 1989, p. 79.

administratifs et contentieux, formalise le pouvoir d'interpréter dont dispose l'administration active sur des ressorts idéologiques qui, s'ils sont historiquement explicables, présentent la particularité d'être largement assimilés par la doctrine administrative comme structures catégoriques de vérité juridique objective.

Le déterminisme des causes historiques appliqué à la spécificité identitaire du droit administratif français concerne chronologiquement, d'une part, l'acquisition par le juge administratif en tant qu'interprète d'un pouvoir normatif propre, et d'autre part, la manière dont ce pouvoir entend fixer la suprématie normative des catégories et des présuppositions juridiques contentieuses en matière d'interprétation juridique. Autrement dit:

- tout d'abord, comment le juge administratif, à partir d'une délégation législative, d'une validation constitutionnelle et d'une habilitation implicite fondée sur l'obligation de juger, passe-t-il historiquement de l'accomplissement d'une mission juridictionnelle entendue strictement à l'exercice d'une compétence jurisprudentielle conçue comme normatrice; et comment cette compétence prétorienne à vocation axiomatique entend-elle gouverner l'idéologie et le régime juridiques de l'interprétation en droit administratif.

- Ensuite, comment l'acquisition par le juge administratif en tant qu'interprète d'un pouvoir normatif propre et la manière dont ce pouvoir entend fixer la suprématie normative des catégories et des présuppositions contentieuses en matière d'interprétation juridique cherchent-elles à se conformer à l'orthodoxie de la théorie officielle de l'interprétation comme fonction de la connaissance, laquelle trouve son fondement et sa justification dans les principes de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, de la souveraineté du parlement, de la rationalité du législateur et, conformément à la doctrine du sens clair des textes<sup>26</sup> - à la théorie de l'acte clair<sup>27</sup> -, de la subordination de

---

26 - M. van de KERCHOVE, «*La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique*», Sous la direction de M. van de KERCHOVE, *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13; M. van de KERCHOVE, «*Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ?*», Sous la direction de G. HAARSCHER, L. INGBER, R. van der ELST, *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Editions Nemesis, 1988, p. 291.

Ces articles n'entendent pas, en réalité, traiter spécifiquement du droit belge, mais ont plutôt vocation à expliciter la portée exacte de l'argument de la clarté - ou de l'obscurité - d'un texte juridique, ses présupposés et ses principaux effets sur le droit. L'analyse critique de la doctrine du sens clair des textes, proposée par Michel van de KERCHOVE, peut ainsi s'appliquer pleinement au cas Français. Rappelons, en quelques mots, que la théorie de l'acte clair s'est développée dans le cadre de l'interprétation des actes juridiques par le juge. Elle postule la nécessité d'une interprétation uniquement dans le cas où le texte est obscur; un texte clair - c'est-à-dire un texte dont le sens est manifeste ou évident - ne nécessite pas, par définition, d'être interprété. Cette théorie présuppose ainsi l'évidence du sens du texte, ou tout au moins,

l'interprète à la loi, entendue précisément comme la subordination du juge, interprète ultime des lois, à la volonté unique et souveraine du législateur rationnel.

- Enfin, comment l'idéologie selon laquelle l'administration active produit une interprétation juridique interne non créatrice est une idéologie commune au juge administratif et à l'administration active. L'impératif prescriptif déontologique intrinsèque au droit positif de l'interprétation administrative interne transpose au sein de l'administration intérieure le principe dichotomique des présupposés contentieux: à la supériorité normative de la création jurisprudentielle sur l'interprétation juridictionnelle, il fait correspondre l'exclusivité du caractère créateur de l'interprétation réglementaire relativement à la neutralité normative présumée de l'interprétation administrative interne comme fonction de la connaissance.<sup>28</sup> En conséquence, hors l'établissement par

---

l'antécédence du sens sur toute activité d'interprétation: en bref, dans toutes les hypothèses, la préexistence d'un sens identifiable. Cette théorie est aujourd'hui, contestée par les tenants du réalisme juridique interprétatif. La principale objection qui lui est faite est que la clarté ou l'obscurité d'un texte ne sont pas des propriétés inhérentes au texte lui-même, mais les résultats mêmes de l'interprétation. Autrement dit, le sens d'un texte ne peut être tenu pour clair, uniquement après qu'il ait été interprété comme tel.

27 - Sur l'application de la théorie de l'acte clair par le juge Français: M. TROPER, *«La liberté d'interprétation du juge constitutionnel»*, Sous la direction de P. AMSELEK, *Interprétation et Droit*, Bruylant, Bruxelles / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 238 : *«L'idée que la signification peut être connue sans recours à l'interprétation est à la base de la théorie de l'acte clair, qui imprègne non seulement le Code Civil, mais aussi la jurisprudence du Conseil d'Etat et qui permet seule de justifier par exemple que le juge administratif ne renvoie pas à l'autorité compétente pour l'interprétation d'un traité. Dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel lui-même, c'est l'idée que l'acte est clair, qui justifie l'absence d'arguments interprétatifs.»*

28 - Sur la prégnance de l'assimilation des présupposés contentieux par la doctrine administrative scientifique en matière d'interprétation juridique: Y. GAUDEMET, *«Fonction interprétative et fonction législative: aménagements juridiques de leurs rapports»*, Sous la direction de P. AMSELEK, *Interprétation et Droit*, Bruylant, Bruxelles/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 201: Se portant garant du système hiérarchique normatif de droit positif, Yves GAUDEMET applique tout d'abord la distinction normative de principe entre interprétation juridique et création du droit à son examen de l'interprétation de la loi par le juge: en ce sens, il distingue - quant au contenu normatif - entre la fonction jurisprudentielle, fonction politique au même rang que la fonction législative, et la fonction interprétative, fonction rigoureusement technique sans incidence normative; autrement dit, entre la création prétorienne du droit entendue comme une création libre et autonome, et l'interprétation juridictionnelle du droit entendue comme une interprétation assujettie et tributaire de la norme à interpréter préexistante à toute opération d'interprétation. Il applique ensuite cette distinction à son examen de l'interprétation de la loi par l'administration active: il distingue - quant au contenu normatif -, sur la base des critères définis par le juge administratif, entre le pouvoir de réglementation dont dispose en propre l'administration active, et sa fonction interprétative considérée uniquement comme une technique juridique et une condition de l'efficacité pratique de la loi. Il applique donc à l'interprétation administrative les principes qu'il applique à l'interprétation juridictionnelle pour séparer l'interprétation réglementaire de l'interprétation. Autrement dit, il assigne à l'interprétation de la loi par l'administration active, de façon symétrique, les présuppositions du droit positif relatives à l'interprétation de la loi par la juridiction administrative; c'est-à-dire à l'action de l'administration active, les présupposés de la justice

l'ordre juridique du caractère créateur de l'interprétation administrative exercée dans le cadre du pouvoir réglementaire d'exécution des lois agencé par la Constitution, la loi ou le Conseil d'Etat, l'action administrative intérieure au moyen de mesures interprétatives procède d'une conformation ininterrompue de l'administration interne du droit dont la neutralité normative, déclarée par le juge administratif, est revendiquée par l'administration active elle-même.

Participant à un schéma idéologique général du rôle de la pratique juridique dans la formation du droit administratif, la déontologie interne du service public relative à l'interprétation de la règle de droit s'inscrit dans le plus pur respect de l'orthodoxie théorique historique officielle. L'administration active entend subordonner son interprétation juridique intérieure à la stricte observation de la légalité générale et n'accorde aucune dimension créatrice au '*commentaire*' qu'elle a la faculté d'effectuer. La conception de l'interprétation retenue par l'administration active fait dériver la clarté du sens vrai de la loi, de l'unité rationnelle de l'intention du législateur: la clarté du sens, de l'unité de l'intention; la vérité du texte, de la rationalité de son auteur. La plénitude juridique du droit écrit présumée par l'administration active renvoie distinctement à la théorie juridictionnelle de l'acte clair et l'hypothèse fortuite de l'obscurité du texte de loi au principe régulateur suprême de la dogmatique juridique : le principe de la rationalité du législateur, principe dont la fonction intégratrice est essentielle pour la théorie officielle de l'interprétation - la théorie de l'interprétation-connaissance -. Ainsi, l'acte interprétatif administratif interne n'est-il pour la hiérarchie administrative qu'une reformulation du droit sans effet juridique, sa version administrative bureaucratique pédagogique, un texte juridique non décisoire dont la nature est tout à la fois supplétive, explicative, non contraignante hors du cadre institutionnel de l'ordre intérieur, et non normative.<sup>29</sup>

---

administrative. A l'interprétation comprise comme fonction administrative d'exécution de la loi répond ainsi l'interprétation entendue comme fonction contentieuse d'actualisation de la loi; et ce, afin de signifier que si le juge administratif n'a pas le monopole de l'interprétation, il reste assuré de la prééminence de la création jurisprudentielle sur l'interprétation administrative.

29 - Circulaire du Premier Ministre du 15/06/1987 «*relative aux circulaires ministérielles*», JO, 17/06/1987, p. 6460. Le contenu de cette circulaire a été repris par la circulaire du 30/01/1997, JO, 1/02/1997, p. 1720, concernant l'élaboration, la signature et la publication des textes au Journal Officiel: Dans la circulaire du 15 Juin 1987, les conditions d'intervention de la circulaire administrative sont réduites à trois cas: outre, «l'exposé d'une politique gouvernementale», «la détermination des règles de fonctionnement des services», la circulaire administrative intervient afin d'établir «le commentaire des lois et règlements ayant pour objet de préciser par une exacte interprétation de leurs dispositions, les droits et obligations des personnes concernées, en vue d'assurer, sur l'ensemble du territoire de la République, une application aussi uniforme que possible du droit positif». Si «l'intervention d'une

Or, le fondement théorique prescriptif commun aux interprétations administratives - juridictionnelle et institutionnelle -, limité par son assignation méthodique, est intrinsèquement logique et contradictoire: logique, car validant l'efficacité du système juridique administratif de droit positif; contradictoire, en raison du contresens formulé par les catégories du contentieux administratif sur la réalité normative de l'interprétation en droit administratif intérieur.

- Sur le plan du droit administratif positif, pour l'administration contentieuse comme pour l'administration active, l'idéologie de l'interprétation se confond pour des raisons fonctionnelles avec l'idéologie et la symbolique de la suprématie de la loi.<sup>30</sup> D'une part, en légitimant la résolution contentieuse des espèces au nom du principe de légalité, le Conseil d'Etat signifie que les règles jurisprudentielles induites des solutions juridictionnelles sont délibérées au regard d'une volonté législative préconçue. D'autre part, le principe de légalité est, par définition même, présumé interne à la compétence interprétative de l'administration active: limitée à une fonction exécutive d'application des lois, l'interprétation administrative interne a pour unique objectif de connaître ou de reconnaître, sans incidence normative, une volonté législative historique. Aux termes des critères idéologiques du droit positif, le propre du contrôle administratif juridictionnel de l'interprétation juridique administrative intérieure est de vérifier l'exactitude de cette connaissance législative et éventuellement d'assurer sa restitution dans l'hypothèse d'un manquement. Corrélativement, le moyen pour le juge administratif comme pour l'administration active de conserver dans la pratique juridique l'autonomie de leurs pouvoirs normatifs respectifs est distinctement de présenter leurs interprétations comme l'exposition de volontés historiques supérieures antérieurement notifiées.

- Le contresens interne au droit positif de l'interprétation administrative intérieure tel qu'il est repris par l'administration active, intègre un objectif qui, bien que similaire à celui du juge administratif - une autonomie normative préservée -, est un objectif dont la similarité est symétriquement inverse: si le juge administratif entend conserver son autonomie normative jurisprudentielle relativement aux modalités du contrôle de l'action interprétative

---

circulaire ne doit jamais être regardée comme une condition nécessaire à l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un règlement» et si «la circulaire ne peut créer pour les usagers, d'obligations qui ne résulteraient ni de la loi, ni du règlement», la circulaire du 15 Juin 1987 donne une parfaite illustration de l'orthodoxie traditionnelle en matière de circulaires administratives, conception classique de principe, selon laquelle l'objectif premier des circulaires est l'explicitation des décisions et des préceptes directeurs relatifs à la conception et à l'exécution des lois, explicitation dont la nature est purement intellectuelle et pédagogique, c'est-à-dire sans conséquences juridiques ni effets contraignants sur le droit positif.  
30 - J. CHEVALLIER, «La dimension symbolique du principe de légalité», RDP, 1990, p. 1651.

des instances administratives, l'administration active recherche le maintien de son autonomie normative intérieure *de fait* indépendamment du contrôle potentiel du juge administratif; en d'autres termes, la fortification de son pouvoir politique implicite par l'interprétation tant il est vrai que dans la pratique juridique administrative, l'application du droit nécessite toujours une interprétation administrative interne créatrice qui transcende la fonction juridique institutionnelle de l'administration active comme l'activité interprétative réglementaire des instances exécutives.

Ainsi, du point de vue de la science du droit, il convient de se rendre compte qu'en raison de l'indifférence de la doctrine scientifique *aux «éléments subjectifs des techniques»*<sup>31</sup>, la légitimation académique de la solution contentieuse sur l'interprétation juridique en tant que telle l'emporte sur la question heuristique même de la signification particulière des mesures interprétatives en droit administratif intérieur. Relativement à l'ordre intérieur, l'approche doctrinale savante oscille entre l'interprétation administrative interne comme problème contentieux et l'exclusion de l'interprétation administrative interne comme problème hors de sa résolution contentieuse. Aussi, la recherche théorique réaliste d'une définition de l'interprétation administrative intérieure relève-t-elle moins, en tant que telle, de la doctrine organique du droit administratif et de la théorie institutionnelle du droit<sup>32</sup> que de la science juridique des présupposés de la jurisprudence administrative.

---

31 - J.-J. BIENVENU, «Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif», *Droits*, No 1, Destins du droit de propriété, 1985, p. 160 : L'approche du juge administratif et celle de la doctrine scientifique sont significativement complémentaires et se soutiennent l'une l'autre. La doctrine administrative - qu'elle soit organique ou universitaire - relaye la position axiomatique du juge administratif selon laquelle la fonction interprétative interne à l'administration active ne peut être reconnue une fonction normative créatrice hors des hypothèses réglementaires et contentieuses qui l'établissent comme telle. Si la position doctrinale dominante est d'admettre «que la volonté des agents n'a pas à être prise en considération pour elle-même mais doit être envisagée dans la perspective purement objective de l'intérêt public», postuler l'interprétation administrative comme fonction de la volonté et non comme fonction de la connaissance - c'est-à-dire comme une fonction structurante du droit administratif -, est une proposition qu'il apparaît donc impossible de formaliser, au stade actuel du développement du droit administratif Français, sans intégrer les présupposés contentieux.

32 - O. WEINBERGER, «Théorie institutionnelle du droit», Sous la direction de A.-J. ARNAUD et autres, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème édition, LGDJ, 1993, p. 307.

### **III - LA CRITIQUE THEORIQUE REALISTE DES MODALITES JURIDIQUES DE L'INTERPRETATION ADMINISTRATIVE**

S'il est admis qu'il est de la nature et de l'utilité mêmes des services administratifs de disposer des moyens juridiques de détermination du sens conduisant à l'édition administrative de la règle juridique, la communauté juridique demeure toujours réticente à décrire la qualité normative de cette édition hors de la référence à la mise en oeuvre par l'administration active de sa compétence réglementaire. Aussi, afin de convertir la réalité de la pratique juridique de l'administration active en une théorie réaliste de la pratique administrative, convient-il d'abord de définir l'interprétation produite par l'administration active dans l'exercice de son pouvoir explicitement compris comme normateur - c'est-à-dire le pouvoir d'interpréter au moyen des décrets et des circulaires réglementaires - pour ensuite s'attacher au fond du débat sur la création du droit par l'interprétation appliquée à l'administration active - en réalité, un débat uniquement représenté par la fonction interprétative *interne* à l'administration active -. S'il n'est pas l'objet de cet article en tant que tel d'examiner la qualité réglementaire telle qu'elle est consacrée par la Constitution, la loi et la jurisprudence administrative, s'attacher aux présupposés de l'interprétation réglementaire au moyen des décrets dérivés et des circulaires réglementaires est principalement une première étape au regard d'une analyse théorique qui entend établir la contrainte normative résultant pour l'administration active de son pouvoir d'interpréter. Autrement dit, s'agit-il de spécifier, au regard de la théorie réaliste de l'interprétation, les conditions de l'interprétation réglementaire afin de pouvoir ensuite examiner les propriétés de l'interprétation administrative intérieure - non-réglementaire - au moyen des circulaires administratives réexplorées par la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* et des directives d'orientation confirmées par la jurisprudence *CREDIT FONCIER DE FRANCE*.

#### **1. L'INTERPRETATION ADMINISTRATIVE REGLEMENTAIRE ET SES PRESUPPOSES : LE DECRET DERIVE ET LA CIRCULAIRE REGLEMENTAIRE**

##### **A - Le décret dérivé : une compétence exécutive normatrice**

La Constitution du 4 Octobre 1958 établit une répartition des champs de compétence normative entre les pouvoirs législatif et exécutif<sup>33</sup> et, au sein du pouvoir exécutif, organise l'exercice du pouvoir réglementaire selon deux modalités: une création juridique réglementaire autonome au moyen des décrets autonomes de l'article 37 et l'exécution de la loi au sein d'une compétence normatrice réglementaire à caractère interprétatif au moyen des décrets dérivés de l'article 21. Une lecture extensive et complémentaire de l'article 34 a permis au juge constitutionnel, avec la décision du 30 Juillet 1982 *Blocage des prix et des revenus*<sup>34</sup>, de récuser une définition matérielle de la loi<sup>35</sup>, lui restituant ainsi - avec l'accord du gouvernement - son domaine classique, et réduisant - à terme - en quelque sorte à néant, le décret autonome.<sup>36</sup> En conséquence de l'articulation souple des articles 34 et 37, l'unité retrouvée du pouvoir réglementaire dans la pratique juridique s'exprime sous l'aspect traditionnel de l'exécution réglementaire des lois prévue par l'article 21. L'exécution de la loi au moyen du décret consistant en la précision de principes et la fixation de modalités d'application<sup>37</sup>, le pouvoir d'interprétation réglementaire dérivé, conçu comme créateur, ne pose pas en lui-même de difficultés. Avec l'article 21, le principe même de l'interprétation de la loi effectuée au moyen des décrets d'application ou des règlements complémentaires est de faire partie intégrante des attributions

---

33 - La répartition des domaines respectifs des pouvoirs législatif et exécutif et des champs de compétence de la loi et du règlement a été amplement traitée par de nombreux auteurs. Nous nous limitons à citer ici quelques études de synthèse sur cette question : J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Bibliothèque de droit public, Tome 81, LGDJ, 1965; Sous la direction de L. FAVOREU, *Le domaine de la loi et du règlement*, Colloque d'Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1981; P. LE MIRE, «*Acte administratif. Domaines respectifs de la loi et du règlement*», JCA, 1993, Fascicule 106.

34 - Décision 143 DC, Rec, 57, RJC, I-130; RDP, 1983, p. 333, Chronique FAVOREU.

35 - Alors que le Conseil d'Etat a rapidement admis que le législateur puisse habiliter le pouvoir réglementaire à prendre des mesures relevant du domaine de l'article 34 (CE 27/01/1961, DAUNIZEAU, Rec, p. 57; AJDA, 1961, p. 75, Chronique GALABERT et GENTOT; Jurisprudence confirmée par CE 2/02/1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec, p. 33 ; RDP, 1984, p. 212, Note J.-M. AUBY), c'est avec la décision du 30 Juillet 1982 *Blocage des prix et des revenus*, régulièrement confirmée par la suite, que le Conseil Constitutionnel a su tirer définitivement les conclusions d'une démarche juridique constante en refusant une séparation stricte des domaines de la loi et du règlement; ainsi, une loi statuant dans le domaine réglementaire n'est-elle pas inconstitutionnelle (CC 19/07/1983, Démocratisation du secteur public, Décision 162 DC, JORF, p. 2267; CC 19/01/1984, Contrôle des établissements de crédit, Décision 167 DC, JORF, p. 351; CC 23/01/1987, Conseil de la concurrence, Décision 224 DC, RDP, 1987, p. 1353, Note Y. GAUDEMET; AJDA, 1987, p. 345, Note J. CHEVALLIER).

36 - L. FAVOREU, «*Les règlements autonomes existent-ils ?*», Mélanges BURDEAU, LGDJ, 1977, p. 405 ; L. FAVOREU, «*Les règlements autonomes n'existent pas*», RFDA, 1987, p. 871; G. SACCONI, «*De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37, al. 1 dans le cadre des saisines parlementaires*», AIJC, 1985, p. 169.

37 - J.-M. AUBY, «*L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois*», JCP, 1953, I, p. 1080.

des institutions administratives de nature à modifier le droit positif et fondées sur des règles de compétence. Le principe de l'interprétation réglementaire de la loi relayé par la doctrine des droits constitutionnel et administratif relève exclusivement d'un ordre de contrainte juridique touchant l'exercice d'une compétence normatrice, et ce, indépendamment du fait que cette compétence puisse elle-même permettre ou non une activité interprétative. Le décret d'application de la loi n'est ainsi que l'expression administrative d'une contrainte juridique réglementaire, non l'expression juridique d'une contrainte normative directement liée à l'interprétation. Autrement dit, le caractère créateur de l'interprétation de la loi au sens de l'article 21 relève du fait que celle-ci s'exerce par décret et non de l'exercice interprétatif en tant que tel, l'interprétation de la loi par l'administration active s'intégrant dans une compétence normatrice du pouvoir exécutif, de nature réglementaire, qui lui est supérieure. Relativement aux décrets dérivés, le principe interprétatif cède devant la compétence réglementaire. En conséquence, l'interrogation sur l'existence d'une contrainte normative liée à l'interprétation n'est pas de mise ici puisque cette contrainte est déclarée par le droit positif indépendamment de la résolution interprétative opérée.

### **B - La circulaire réglementaire : une incompétence administrative?**

Le schéma intellectuel lié à l'exercice d'une compétence réglementaire pour justifier d'un pouvoir administratif normateur par l'interprétation est repris pour l'examen des circulaires administratives au sein même de la reconstruction jurisprudentielle actuelle manifestant le renouvellement démocratique du contentieux des circulaires administratives. La spécificité juridique de l'interprétation administrative interne est à présent considérée à partir de la dichotomie circulaire non impérative / circulaire impérative au sens de la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* comme sous-catégorie de la distinction circulaire interprétative / circulaire réglementaire au sens de la jurisprudence *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER*. Le nouveau principe contentieux relatif aux circulaires administratives contenu dans l'arrêt *Madame DUVIGNERES* est le suivant: «*Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief.*» En abandonnant partiellement la distinction entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire formalisée par la précédente jurisprudence de principe *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER*, ce

considérant a pour objet l'établissement d'un nouveau critère quant à la recevabilité du recours juridictionnel dirigé contre les circulaires administratives: ce critère consiste à examiner le caractère impératif de la circulaire administrative indépendamment de son caractère réglementaire ou interprétatif. Le revirement jurisprudentiel opéré par l'arrêt *Madame DUVIGNERES* revient ainsi à ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre toute circulaire administrative modifiant ou interprétant impérativement le droit positif, l'impérativité de l'interprétation exprimée par l'administration active entraînant la qualification de la circulaire administrative comme acte faisant grief.

Ainsi, en substituant à la distinction circulaire interprétative / circulaire réglementaire, la distinction circulaire non impérative / circulaire impérative, le Conseil d'Etat admet-il, à côté de l'interprétation administrative modifiant l'ordonnancement juridique, que la simple réitération d'une norme existante au sein d'une circulaire administrative impérative puisse être de nature à être déférée au juge de l'excès de pouvoir. Si l'on ne peut supposer que le Conseil d'Etat fait sienne la théorie réaliste de l'interprétation, on doit cependant constater que le revirement de jurisprudence exprimé par l'arrêt *Madame DUVIGNERES* a pour ambition de prendre en compte le fait interprétatif de l'administration active au sein de l'ordre intérieur. Pour autant, l'élargissement du recours juridictionnel contre les circulaires administratives possible par la modification des critères contentieux opérée par la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* n'a pas amené le juge administratif à modifier substantiellement les données de son raisonnement jurisprudentiel. Loin de contredire la jurisprudence *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER*, la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* en innovant avec la distinction circulaire indicative / circulaire impérative, limite fortement la portée de cette innovation, d'une part, en appliquant la distinction circulaire interprétative / circulaire réglementaire à l'examen des circulaires administratives impératives, et d'autre part, en admettant que l'on puisse reconnaître à une circulaire interprétative un caractère impératif faisant grief sans pour autant lui accorder la nature d'une norme. Le pré-supposé de l'arrêt *Madame DUVIGNERES* est ainsi de valider implicitement le principe normatif relatif à l'interprétation administrative intérieure présidant à la jurisprudence *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER* afin de pouvoir l'appliquer à l'examen du caractère prescriptif de l'impératif interprétatif.<sup>38</sup>

---

38 - C. GROULIER, «L'impératif dans la jurisprudence *DUVIGNERES*: réflexion sur un 'sésame contentieux'», RFDA, 2008, p. 941.

Le propre du raisonnement contentieux de la jurisprudence *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER* interne à la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* est de faire coïncider la qualité normative d'une circulaire administrative avec une qualification réglementaire et son absence de valeur normative avec sa nature interprétative, établissant ainsi une frontière entre réglementation et interprétation; autrement dit, entre l'établissement de règles nouvelles modifiant le droit positif et une pure exégèse sans incidence normative. Selon cette combinaison jurisprudentielle, la position du juge administratif est, en effet, d'affirmer nettement qu'il reconnaît exclusivement la circulaire interprétative en fonction de son contenu juridique. Pour déterminer la portée juridique - ou plus exactement l'absence de portée juridique - de la circulaire interprétative, le juge administratif fait ainsi référence à un contenu juridique qui serait spécifiquement interprétatif et donc non normatif pour l'opposer à un autre contenu juridique qui serait de nature réglementaire et par définition créateur. Le critère jurisprudentiel réglementaire en entendant établir d'une part, l'exclusion de l'interprétation administrative interne du pouvoir normateur de l'administration active et, d'autre part, la subordination du pouvoir normateur de l'administration active au pouvoir réglementaire est intrinsèquement contradictoire. Il présume pour toutes les circulaires administratives la possibilité d'une dimension juridique réglementaire, une potentialité normative de nature réglementaire. Il est ainsi le critère employé pour définir, non plus l'exercice d'une compétence, mais l'expression d'un acte administratif interne matériellement créateur. L'ambiguïté vérifiée au niveau de la pratique juridictionnelle provient précisément de ce que le terme '*réglementaire*' est entendu au sens matériel. Si le juge administratif entend par là que toutes les circulaires administratives sont susceptibles d'être matériellement réglementaires<sup>39</sup>, il entend signifier qu'elles sont synonymes d'actes juridiques administratifs unilatéraux affectant l'ordre juridique; ce faisant, il ne fait rien d'autre qu'établir que l'interprétation du droit par l'administration active est créatrice. En rattachant le caractère créateur de la circulaire réglementaire à l'exercice d'une compétence réglementaire liée ou non au pouvoir hiérarchique<sup>40</sup>,

---

39 - Y. GAUDEMET, «*Remarques à propos des circulaires administratives*», *Mélanges STASSINOPOULOS*, LGDJ, 1974, p. 562 : «*Toutes les circulaires ont un caractère réglementaire (par référence au contenu de l'acte et non à son autorité juridique)*.»

40 - Le Conseil d'Etat a établi la règle selon laquelle, alors qu'aucun texte n'accorde de pouvoir réglementaire aux ministres, ceux-ci ont le devoir «*comme tout chef de service de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité*» (CE 7/02/1936, *JAMART*, *GAJA*, 17ème édition, Arrêt N° 49, p. 299), «*dans la mesure où les nécessités du service l'exigent et envers les seules personnes qui se trouvent en relations avec le service, soit qu'elles y collaborent, soit qu'elles l'utilisent.*» (CE 6/10/1961, *U.N.A.P.E.L.*, RDP, 1961, p. 1279, Conclusions

il masque en fait l'exercice d'une compétence administrative d'interprétation normatrice. On en arrive ainsi à ce paradoxe que le juge administratif en reconnaissant créatrice la circulaire réglementaire potentiellement illégale et non créatrice la circulaire interprétative légale, fonde la création juridique de l'administration active sur une incompétence administrative et refuse à une compétence administrative le caractère d'une création juridique.

Du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation, le critère de l'acte interprétatif matériellement réglementaire comme le critère de l'exercice d'une compétence réglementaire pour justifier du caractère normatif de l'acte interprétatif sont également contestables. Il apparaît en effet contradictoire de vouloir concilier la présomption interprétative des circulaires administratives et la présomption réglementaire des mesures interprétatives internes si l'on entend démontrer le caractère non créateur de l'interprétation administrative intérieure en liant uniquement la création par l'interprétation à la compétence réglementaire. La jurisprudence *Madame DUVIGNERES* est intervenue principalement pour dénoncer l'illogisme procédural inhérent à la jurisprudence *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER* qui consistait pour le juge administratif à faire dériver le caractère interprétatif de la circulaire administrative de sa conformité à la légalité. Le fait que le juge administratif s'assure à présent avec l'arrêt *Madame DUVIGNERES* le contrôle au fond de la circulaire interprétative par le rétablissement chronologique de l'examen contentieux, montre certes une volonté démocratique d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, mais n'apporte pas une solution substantiellement satisfaisante dès lors qu'avec cet arrêt le juge administratif admet que la contrainte interprétative réglementaire puisse être concurrencée par une interprétation juridique administrative interne susceptible de faire grief hors de toute création normative. En conséquence, la jurisprudence en matière de circulaires administratives, réinventée sur le fondement de l'impérativité par l'arrêt *Madame DUVIGNERES*, continue d'attribuer aujourd'hui à toute contrainte interprétative constitutive d'une prescription modifiant l'ordonnancement juridique, une présomption implicite de normativité irrémédiablement liée au critère réglementaire. Inscrite dans une discipline fonctionnelle de l'action

---

BERNARD). Cette jurisprudence demeure constante et a été rappelée par un arrêt du Conseil d'Etat du 30/06/2000, *Association «Choisir la vie» et autres* (Rec, p. 249; AJ, 2000, p. 729, Conclusions BOISSARD; JCP, 2000, II, p. 10423, Note PEIGNE; RFDA, 2000, p. 1282, Note CANEDO; RFDA, 2000, p. 1305, Note DUBOUIS; D, 2001, p. 2224, Note LEGRAND). Est ainsi clairement exposé le caractère normateur du pouvoir hiérarchique: l'existence d'une compétence réglementaire spéciale limitée au sein du pouvoir administratif ministériel.

juridictionnelle, la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* ne libère pas le juge administratif de l'obligation de justifier d'une théorie de l'interprétation non créatrice et donc de la nécessité de disposer d'un instrument pour distinguer une interprétation qui serait créatrice d'une interprétation qui ne le serait pas; conséquemment, au sein même de la jurisprudence *Madame DUVIGNERES*, le juge administratif choisit-il de maintenir comme critère récuratif de distinction entre une interprétation créatrice et une interprétation non créatrice, le critère réglementaire.

Or, le critère réglementaire ne peut être le critère matériel de distinction entre une interprétation créatrice et une interprétation non créatrice, un tel critère ne pouvant par définition exister. Outre le fait qu'il est mal assuré par la jurisprudence administrative elle-même, ce critère est invérifiable du point de vue de la science du droit, la matière juridique réglementaire procédant de la théorie des compétences administratives et ne relevant pas du même ordre de connaissance que la théorie de l'interprétation juridique. La distinction exprimée par le droit positif - en termes de contenu normatif - entre création juridique et interprétation juridique ne constitue qu'un principe d'explication du droit positif par lui-même. Cette distinction est impuissante à déterminer un type normatif réglementaire d'interprétation juridique objectif comme à spécifier objectivement la non-crédation juridique manifestée par l'interprétation administrative intérieure dès lors qu'il est impossible d'opposer *par nature* un contenu interprétatif particulier de type réglementaire à un type particulier de contenu interprétatif non créateur. Au regard de la théorie réaliste de l'interprétation, une interprétation est réglementaire dans une seule hypothèse: quand un interprète habilité interprète un règlement et créatrice du seul fait que cet interprète est un interprète authentique. Autrement dit, une interprétation réglementaire est créatrice, non pas au motif que l'interprétation est effectuée au sein d'une compétence réglementaire qui est elle-même créatrice, mais uniquement suivant l'hypothèse que l'interprète authentique exerce un pouvoir équivalent à celui de l'autorité dont il interprète le texte. Dans le même ordre d'idées, l'interprète authentique d'une loi exerce un pouvoir législatif, l'interprète authentique de la Constitution un pouvoir constitutionnel, l'interprète authentique de la législation européenne un pouvoir communautaire.

Pour le réalisme juridique, le caractère réglementaire d'une interprétation détermine son caractère créateur uniquement sur le présupposé du caractère créateur de l'interprétation juridique retenu par cette théorie, l'acte

interprétatif étant réglementaire du seul fait qu'il se confond avec l'acte interprété qui est déclaré réglementaire au sein de la hiérarchie des normes façonnée par le droit positif; en d'autres termes, sous l'angle de vue réaliste, le caractère réglementaire de l'interprétation relève uniquement de la qualité réglementaire du texte interprété en droit positif, indifférent à la compétence réglementaire de l'interprète. En revanche, sur le plan du contentieux administratif, c'est précisément de la façon inverse que le Conseil d'Etat continue de comprendre aujourd'hui cette question: une fois les dispositions générales à caractère impératif contenues dans une circulaire administrative qualifiées de réglementaires par le juge administratif au motif qu'elles ajoutent impérativement une règle nouvelle au droit en vigueur, la circulaire administrative ne devient rien d'autre qu'une modalité particulière de règlement obligatoirement validé ou invalidé sur le fondement des règles de compétence administrative. Aussi, la circulaire administrative, en devenant réglementaire, cesse-t-elle par là-même d'être interprétative et devient-elle créatrice. Autrement dit, relativement à la théorie des actes administratifs forgée par le droit positif, le propre d'une circulaire réglementaire est précisément de ne plus être une circulaire administrative. L'hypothèse de l'exercice interprétatif au sein d'une compétence réglementaire et l'hypothèse de la normativité réglementaire présumée de l'interprétation créatrice sont donc dans l'impossibilité de fournir une réponse au problème théorique du caractère créateur de l'interprétation administrative intérieure puisque c'est un problème que - par définition - ces hypothèses sont dans l'impossibilité de formuler.

## ***2. L'INTERPRETATION ADMINISTRATIVE NON-REGLEMENTAIRE ET SES PRESUPPOSES : LA CIRCULAIRE INTERPRETATIVE***

### **A - La circulaire interprétative indicative et la circulaire interprétative impérative : l'ordre juridique interprétatif intérieur**

Si le propos de la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* est de s'inscrire dans une tendance qui vise à reconnaître plus largement à l'interprétation administrative interne un caractère potentiellement créateur, force est de constater que ce propos lui-même devient intrinsèquement contradictoire quand, en premier lieu, il fonde le caractère impératif d'une circulaire administrative sur l'intention de son auteur et quand, en deuxième lieu, il disjoint au sein des circulaires administratives impératives elles-mêmes leur impérativité de leur normativité.

- Le principe contentieux à l'œuvre dans l'arrêt *Madame DUVIGNERES* consiste à différencier une interprétation créatrice car faisant grief, d'une interprétation non créatrice, en application du critère de l'impérativité fondé sur la volonté de l'autorité administrative auteur de la circulaire considérée. Du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation, la proposition selon laquelle le caractère impératif d'une interprétation administrative interne puisse être établi en référence à l'intention réelle ou supposée de son auteur doit être invalidée car cette volonté, par définition hypothétique, est conséquemment invérifiable. En outre, il convient de remarquer que le critère intrinsèquement polysémique de l'impérativité se heurte en droit administratif institutionnel à un obstacle sémantique insurmontable lorsque l'on sait que les ordres de l'administration active se cachent très souvent sous les raffinements de la politesse administrative. La pratique administrative se doublant du «*sens hiérarchique*», la mise en œuvre de la hiérarchie des normes au sein de l'institution administrative se conjugue avec l'intégration psychologique de la part des fonctionnaires de la hiérarchie administrative; aussi, le respect de l'interprétation administrative intérieure - impérative ou non selon le juge administratif - est-il, dans les faits, étroitement lié à l'obéissance hiérarchique.<sup>41</sup> Dès le départ, les applications jurisprudentielles de l'arrêt *Madame DUVIGNERES* sont allées logiquement dans ce sens en comprenant de manière extensive le caractère impératif d'une disposition administrative contenue dans une circulaire interprétative.<sup>42</sup>

- La thèse impérativiste arborée par la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* est également antithétique quand son propos est de dissocier au sein des circulaires administratives impératives elles-mêmes leur caractère impératif de leur caractère normatif. Si la distinction circulaire indicative / circulaire impérative permet incontestablement un élargissement du contentieux des circulaires interprétatives, elle module, mais ne remet pas en cause, l'inversion fondamentale opérée par les catégories du contentieux administratif selon laquelle la pure interprétation administrative intérieure - impérative ou non - est par définition séparée de la contrainte normative sur le droit. Si l'on se réfère aux conclusions du Commissaire du Gouvernement relatives à l'arrêt *Madame DUVIGNERES*<sup>43</sup>, il est admis que le juge administratif puisse accorder à

---

41 - D. LOCHAK, «*Le sens hiérarchique*», C.U.R.A.P.P., Psychologie et science administrative, PUF, 1985, p. 148 : «*S'il est difficile de limiter l'emprise du principe hiérarchique [...] c'est aussi parce qu'il s'enracine profondément dans la psychologie individuelle des agents.*»

42 - Par exemple : CE 3/10/2003, M. BOONEN, Req. n° 2402270; CE 3/07/2003, Association avenir de la langue Française, Req. No 245076.

43 - Conclusions P. FOMBEUR, RFDA, 2003, p. 286.

une interprétation administrative interne un caractère impératif sans lui reconnaître la nature d'une norme. Il semble donc que le propre de cette jurisprudence est de pouvoir attribuer simultanément à une circulaire interprétative impérative le caractère d'un acte faisant grief et un caractère non normatif. En conséquence, dès lors que le juge administratif admet que la circulaire interprétative faisant grief puisse être non normative, cette admission, conforme à l'orthodoxie doctrinale<sup>44</sup>, a pour objectif de séparer catégoriquement le critère de l'impérativité du concept de normativité. Ainsi, la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* différencie-t-elle, au sein même de l'interprétation présumée créatrice sur la base du critère de l'impérativité, entre une interprétation créatrice non normative et une interprétation créatrice normative. L'arrêt *Madame DUVIGNERES* substitue alors à la distinction binaire interprétation non créatrice / interprétation créatrice selon la jurisprudence *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER*, une distinction ternaire entre interprétation indicative non créatrice / interprétation impérative créatrice non normative / interprétation impérative normative de présomption réglementaire. Si cette triple distinction a le mérite d'étendre la recevabilité des circulaires administratives, elle pose un problème théorique périlleux quand il s'agit de l'appliquer à l'analyse de leur légalité. Pour légitime qu'elle soit sur le plan d'une nouvelle politique juridictionnelle de l'interprétation administrative intérieure axée sur l'ouverture des recours, la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* entretient une fiction juridique doublement antinomique dont la fonction intrinsèquement contentieuse est injustifiable du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation.

La distinction effectuée par la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* entre impérativité et normativité ne peut qu'apparaître incorrecte sur le plan théorique réaliste dès lors qu'elle entend servir de fondement à une sous-distinction entre interprétation créatrice non normative et interprétation normative par définition créatrice. Il semble en effet difficile de présumer simultanément le caractère créateur des circulaires impératives et le caractère non créateur de circulaires interprétatives impératives. On ne peut sans contradiction séparer le caractère interprétatif d'un acte administratif - *a fortiori* doté d'un caractère impératif - d'une part, de la création d'une norme, d'autre part, de la contrainte normative sur le droit, car cela aurait pour conséquence - invalide du point de vue du réalisme interprétatif hors de la distinction interprétation non

---

44 - P. DELVOLLE, L'acte administratif, Sirey, 1982; B. SEILLER, «Circulaires et légalité», RFDA, 1997, p. 1218.

authentique / interprétation authentique - de distinguer entre une interprétation créatrice contraignante et une interprétation créatrice non contraignante. La jurisprudence *Madame DUVIGNERES* distingue ainsi sur un mode ternaire prescriptif ce que la théorie réaliste de l'interprétation assimile sur le mode univoque du fait: c'est-à-dire l'interprétation, la création de la norme, la contrainte normative. Selon la conception réaliste de l'interprétation, il ne peut y avoir interprétation administrative intérieure sans création normative et création interprétative sans contrainte sur le droit. Alors que la prémisse de la théorie réaliste de l'interprétation est de signifier que la création et la contrainte normatives sont indissociables, le principe normatif présidant à l'arrêt *Madame DUVIGNERES* est de distinguer entre interprétation et obligation afin de justifier qu'il puisse exister un impératif interprétatif non créateur. A cette fin, cet arrêt procède par l'invention intrinsèquement contradictoire de deux ensembles de non création normative au sein de la légalité administrative: les circulaires indicatives ou non impératives - les circulaires interprétatives selon la jurisprudence *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER* - et les circulaires interprétatives impératives non normatives - les circulaires administratives faisant grief distinctes des circulaires réglementaires -.

Le raisonnement juridictionnel élaboré par l'arrêt *Madame DUVIGNERES* apporte à la question de l'interprétation administrative intérieure une réponse principalement contentieuse. Parfaitement justifiable des points de vue conjugués de l'action du juge administratif, de la fonction de l'administration active et plus généralement de l'efficacité du droit positif, marquant un progrès démocratique incontestable par l'élargissement du contentieux des circulaires administratives, cette réponse laisse cependant subsister nombre d'ambiguïtés et ne peut, en tant que telle, servir de réponse à l'enjeu normatif représenté par l'interprétation administrative interne comme phénomène constitutif d'un infléchissement de la rationalité juridique administrative traditionnelle; et ce, particulièrement quand on constate aujourd'hui une interdépendance de plus en plus accrue des interprétations administratives et jurisprudentielles marquée par l'imposition de contraintes juridiques réciproques.

### **B - La question de l'authenticité de l'interprétation administrative intérieure : interprétation authentique et fait administratif d'interprétation de la jurisprudence**

Les contraintes juridiques qui pèsent sur l'interprétation administrative intérieure résultent du caractère collectif des interprétations authentiques qui s'exercent sur le droit. Si le propre de la théorie réaliste de l'interprétation est d'être une théorie descriptive, elle doit précisément s'attacher à décrire cette évolution récente de l'interprétation administrative interne selon laquelle l'administration active comme interprète des interprétations authentiques échappe souvent - en fait - au contrôle du juge administratif. Puisque le juge administratif et l'administration active en tant qu'interprètes sont placés dans des situations foncièrement concurrentes<sup>45</sup>, puisque la théorie réaliste de l'interprétation postule l'interprétation authentique comme une question de pur fait, le phénomène représenté par l'interprétation administrative interne de l'interprétation authentique pose un problème relatif aux propriétés mêmes de l'interprétation authentique, quand on remarque que la contribution décisive de l'interprète administratif déborde le cadre établi par l'ordre juridique quant à la différenciation des rôles impartis au juge administratif et à l'administration active dans la formation du droit.

En effet, les conditions de l'interprétation administrative intérieure ne limitent pas uniquement leurs effets à l'administration active et à l'administré mais concernent directement l'intégrité du statut du juge administratif comme interprète ultime - c'est-à-dire authentique - du droit administratif. Si l'on ne peut considérer l'interprétation administrative interne comme une interprétation authentique à proprement parler dans la mesure où cette interprétation peut être contrôlée ou réformée - à terme - par une cour suprême, il convient cependant de reconnaître les limites inhérentes à la conception de l'interprétation authentique en droit administratif contemporain réduite à la seule institution d'un contrôle juridictionnel en dernier ressort du Conseil d'Etat; et ce, car il est indéniable que les autorités administratives demeurent toujours à même d'interpréter, au sein d'actes administratifs internes, la jurisprudence du Conseil d'Etat et des juridictions - constitutionnelle et européennes - indépendamment de l'existence ou non d'un contrôle contentieux. L'évolution contemporaine du fonctionnement

---

45 - J. GHESTIN, «*Rapport de synthèse*», Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Tome XXXIV, Le rôle de la pratique dans la formation du droit, Economica, 1983, p. 15 : «*Les tribunaux et l'Administration sont nécessairement en concurrence pour l'interprétation de la loi.*»

interne de l'administration active montre que si l'efficacité normative de l'acte interprétatif de l'administration active s'apprécie dans la liaison qu'elle implique avec l'interprétation juridique exprimée par le juge administratif, l'inverse est aussi vrai : l'efficacité normative des jurisprudences - administrative, constitutionnelle et européennes - passe également par leurs reconstructions juridiques par l'administration active. Or, c'est le propre même de cette autonomie normative de l'administration active comme interprète légitime de la jurisprudence que de poser la question de la supervision administrative interne des interprétations authentiques comme interprétation authentique. Les développements de la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* se prêtent particulièrement à une interrogation de cet ordre quand les circulaires interprétatives de la jurisprudence sont réputées appartenir à la catégorie des circulaires indicatives.<sup>46</sup>

La multiplication actuelle des circulaires administratives interprétatives de la jurisprudence en faisant état d'une déviation du droit opérée par l'administration active à son profit, fait état d'une dialectique juridique nouvelle d'une particulière complexité. Dès lors que l'interprète administratif se saisit d'une interprétation dont le sort a déjà été réglé par le juge, ce n'est pas l'autorité de la chose jugée qui est concurrencée par la chose décidée par l'administration active ; c'est essentiellement le caractère authentique de la chose jugée qui est infléchi par la liberté juridique utilisée par l'administration active pour décider de l'interprétation du droit exercée au travers de cette chose jugée. La conception de l'interprétation administrative intérieure comme fonction de la volonté est indubitablement illustrée par ce processus de recomposition interprétative de la jurisprudence. Recherchant l'adéquation entre la signification juridique de l'arrêt et la «*perception administrative de la norme*»<sup>47</sup>, la circulaire interprétative de la jurisprudence, manifestant ainsi «*une volonté administrative de récupération du pouvoir de dire le droit*»<sup>48</sup>, assure, par là-même, la suprématie - de fait - de l'administration active dans l'édition des normes

---

46 - Conclusions P. FOMBEUR, RFDA, 2003, p. 287 / 288.

47 - G. KOUBI, Les circulaires administratives – contribution à l'étude du droit administratif, Economica, Collection 'Corpus/Essais', 2003, p. 263.

48 - G. KOUBI, «*Circulaires interprétatives et jurisprudence administrative*», LPA, No 11, 1996, p. 18. L'auteur poursuit : «*Le mécanisme de la circulaire interprétative de la jurisprudence et des enseignements de la jurisprudence apparaît comme l'une des expressions du besoin de légitimation des interventions de l'autorité administrative. En effet, par cet appel à des dires émanant des juridictions, incontestés dans un Etat de droit, les autorités administratives ministérielles déjà pourvues de la fonction "d'édition" des règles de droit, s'emparent peu à peu de la fonction "de diction" des interprétations de ces règles.*» p. 22.

jurisprudentielles. Aussi, la prolifération des mesures administratives interprétatives de l'interprétation du juge a-t-elle pour conséquence de consolider, non l'interprétation jurisprudentielle en tant que telle, mais l'interprétation administrative de la jurisprudence.<sup>49</sup> Parce que «*la circulaire interprétative correspond, dans ce cadre, à une opération stratégique de capture du sens*»<sup>50</sup>, elle ne rompt pas avec la hiérarchie des normes mais fonde l'étendue du champ de l'interprétation juridique administrative interne à côté de l'interprétation du droit par le juge administratif, le juge constitutionnel ou les juges européens - et à un même niveau -. La chose décidée par l'administration active relativement à la chose jugée apparaît ainsi comme un phénomène de signification sur la base duquel la mesure administrative interprétative interne qui l'exprime développe, non seulement une fonction de concrétisation de la norme à appliquer, mais également une fonction de régulation des interprétations administratives et jurisprudentielles dans le système de droit administratif.

Il ne s'agit pas de nier le caractère authentique du contrôle exercé par le juge administratif sur l'interprétation administrative intérieure, ni l'autorité de la chose jugée, mais plutôt de montrer que l'interprétation administrative interne comme processus d'actualisation de l'interprétation jurisprudentielle modifie la rationalité juridique traditionnelle au sein de laquelle s'exerce précisément le contrôle final du juge administratif. Autrement dit, si le contrôle de l'interprétation administrative intérieure résulte de l'autorité de la chose jugée, le pouvoir d'interprétation administratif interne n'est pas intrinsèquement suspendu à ce contrôle: en tous les cas, il ne lui est pas limité. Non seulement, en s'appropriant le sens des dispositions administratives juridictionnelles, l'administration active comme interprète atténue sensiblement les conséquences de l'interprétation jurisprudentielle sur l'action administrative; mais fondamentalement, en fixant la définition administrative de la signification des

---

49 - G. KOUBI, «*Circulaires interprétatives et jurisprudence administrative*», LPA, N° 11, 1996, p. 18 : «*Comme "le praticien du droit ou le fonctionnaire de base se réfère plus volontiers à la circulaire qu'à la loi", pour que les indications d'une circulaire répondent à la lettre ou l'esprit du texte juridique de référence, ou plus justement, à la lecture particulière qui en serait faite par le juge, les administrateurs se saisissent de l'acte juridictionnel, de l'arrêt ou du discours jurisprudentiel ainsi établi et ... confectionnent d'autres circulaires. Ces circulaires peuvent suivre les dédales de l'argumentation juridictionnelle afin d'en extraire la majeure administrative pratique, révélant un souci pragmatique dans un type d'interprétation applicative; elles sont des circulaires interprétatives de la jurisprudence. Ou bien dans leurs mises en relation avec les activités juridictionnelles, comme elles n'ont pas à faire obstacle à la règle jurisprudentielle, leur objectif est de maintenir la cohésion de l'activité juridique et d'assurer aux décisions de justice une insertion dans le droit positif ; elles sont alors des circulaires interprétatives des enseignements de la jurisprudence.*»

50 - G. KOUBI, «*Circulaires interprétatives et jurisprudence administrative*», LPA, No 11, 1996, p. 18.

énoncés jurisprudentiels, l'administration active poursuit une stratégie de légitimation de son intervention comme interprète. Aussi, souligner la réduction de l'écart normatif séparant l'interprétation juridictionnelle d'un règlement, d'une loi ou d'une jurisprudence dans un arrêt du Conseil d'Etat, du Conseil Constitutionnel ou des Cours Européennes, de la réécriture administrative interne de cet arrêt, revient-il à dénoncer que la systématisation du droit par le juge n'épuise pas la création normative propre à l'interprétation du droit par l'administration active au sein de l'ordre intérieur.

La création du droit par le juge et l'intensité du pouvoir normatif de l'administration active dans l'évaluation interne de la création jurisprudentielle touchent l'idée d'une chaîne des interprétations administratives juridictionnelles et institutionnelles.<sup>51</sup> Il est incontestable qu'une interprétation administrative interne de l'interprétation jurisprudentielle peut être annulée par une décision juridictionnelle qui substitue ainsi une nouvelle interprétation jurisprudentielle de l'interprétation administrative interne de la jurisprudence à l'interprétation administrative interne de la précédente interprétation jurisprudentielle. Mais rien n'empêche, à son tour, l'administration active d'interpréter cette nouvelle interprétation jurisprudentielle, le juge de substituer à la nouvelle interprétation administrative interne ainsi produite sa propre interprétation, l'administration active d'interpréter de nouveau l'interprétation du juge. Et ainsi de suite. S'il est clair que le procès efface le cas particulier de l'espèce, il apparaît clairement également qu'il n'entame pas l'appropriation administrative de l'interprétation telle qu'elle résulte de cette succession à l'infini des interprétations administratives intérieures, et ce, en dépit même des contraintes juridiques formelles, matérielles, opérationnelles, institutionnelles et juridictionnelles qui pèsent sur elle.

En effet, au nom du réalisme juridique interprétatif, il convient de souligner que l'interprétation administrative interne est une interprétation qui demeure soumise à des contraintes juridiques argumentatives propres. L'interprétation juridique administrative intérieure est contrainte en premier lieu

---

51 - R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Traduction E. SOUBRENIE, PUF, 1994, p. 250 / 254: Cette idée est inspirée par l'analogie formulée par R. DWORKIN entre interprétation du droit et écriture d'un «roman à la chaîne»; G. KOUBI, *Les circulaires administratives – contribution à l'étude du droit administratif*, Economica, Collection 'Corpus/Essais', 2003: au sein de la section consacrée à «l'analyse administrative de la jurisprudence», le développement consacré à «l'enchaînement des interprétations», p. 266.

parce qu'elle est administrativement diversifiée: cette diversité s'exerce au niveau de la détermination des autorités administratives compétentes pour interpréter, au niveau des choix estimatifs qui ont présidé à la décision des services compétents de confectionner une mesure interprétative, au niveau des circuits administratifs internes que les actes interprétatifs doivent parcourir et des formes de publicité auxquelles ils doivent être soumis. L'administration active doit ainsi prendre en considération ses interprétations antécédentes en la matière; le poids de la hiérarchie administrative elle-même; les conséquences résultant de l'éventuelle publicité de la mesure interprétative interne dont elle détermine la norme. Ensuite, l'interprète administratif doit tenir compte de toutes les interprétations authentiques existantes ou potentielles pouvant s'exercer sur le texte qu'il interprète; de l'éventualité d'un contrôle juridictionnel de son interprétation et des procédés d'interprétation constants employés par le juge administratif dans le domaine considéré; de la réception conditionnelle de son interprétation institutionnelle ou de la jurisprudence administrative dont elle est la cause, aux échelons juridiques supérieurs - législatif, constitutionnel et supra-nationaux -.

La liberté juridique de l'administration active comme interprète, selon la thèse réaliste, ne signifie donc pas l'absence de tout déterminisme juridique, la liberté créatrice de l'interprète s'inscrivant par définition dans un système organisé d'astreintes juridiques. Mais corrélativement, l'existence de contraintes argumentatives à vocation fonctionnelle, aussi forte soit-elle, ne s'oppose pas à la liberté juridique de l'interprète dans le choix de la prescription normative. Aussi, la suprématie factuelle de l'administration active dans l'édiction interne de la norme jurisprudentielle est-elle modulée par le fait que le pouvoir interprétatif de l'administration active au sein de l'ordre intérieur, soumis à des contraintes juridiques internes et externes multiples émanant d'organes divers, ne peut perdurer qu'au prix d'une absolue modération. C'est le principe tactique de la modération même de cette «*capture*» administrative du sens par l'interprétation au sein d'un ensemble structuré de contraintes juridiques qui permet à l'interprétation administrative interne de la jurisprudence d'échapper au contrôle juridictionnel<sup>52</sup> ; et ce, précisément parce que la ductilité des contraintes

---

52 - Notre perception de cette notion de «*capture*» administrative du sens et du phénomène normatif qu'elle représente diffère substantiellement de l'acception retenue par Geneviève KOUBI selon laquelle le juge administratif substitue inmanquablement son interprétation à l'interprétation de l'administration active, alors que «la circulaire interprétative ne suppose nullement une substitution d'interprétation.» (G. KOUBI, «Circulaires interprétatives et jurisprudence administrative», LPA, N° 11, 1996, p. 18.) En distinguant normativité et juridicité (A.-J. ARNAUD, M. ATIENZA, «Juridicité», Sous la direction de

juridiques s'exerçant sur l'interprète administratif entraîne une difficulté de perception de l'interprétation administrative intérieure en tant que telle; incommodité de perception affectant moins l'entendement subjectif de l'efficacité pratique de l'intercalation normative produite par l'interprétation administrative intérieure que la réalité politique objective de la singularité et de la puissance de cette intercession normative de fait.

Ainsi, au regard des précautions précédemment mentionnées, s'il est vrai qu'avec l'autorité de la chose jugée, le juge impose à l'ordre juridique une décision contentieuse d'interprétation, il ne peut cependant empêcher que l'administration active dispose - en pratique -, non de cette décision, mais de l'interprétation contenue dans cette décision, en l'interprétant à son tour. L'authentification du droit par le juge ne peut empêcher l'interprétation interne de cette authentification par l'administration active. Que l'interprète administratif doive intégrer l'interprétation juridictionnelle dans les circuits administratifs ne constitue en rien une proposition de nature à justifier de la supériorité de l'interprétation juridictionnelle sur l'interprétation administrative intérieure, mais, à l'inverse, confirme le fait que pour être effective dans l'ordre juridique administratif, cette intégration procède inévitablement d'une nouvelle décision interne d'interprétation de la part de l'administration active. La supériorité des décisions d'interprétation des juridictions - administrative, constitutionnelle et européennes - est donc uniquement contentieuse; comme telle, il est vrai, incontestablement suffisante pour qualifier ces interprétations d'authentiques. Pour autant, force est de constater, sur le plan théorique réaliste, que les décisions d'interprétation des cours suprêmes ne contiennent pas fondamentalement la liberté juridique de l'administration active dans l'interprétation de l'interprétation que la décision administrative interprétative interne exprime même si l'on ne

---

A.-J. ARNAUD et autres, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2ème édition, LGDJ, 1993, p. 322; G. KOUBI, «Vers une définition jurisprudentielle de la circulaire administrative interprétative», Note sur CE 9/10/2002, Société G.I.A.T. industries, LPA, N° 45, 2003, p. 21.), Geneviève KOUBI peut ainsi se rallier à la thèse de Jacques CHEVALLIER selon laquelle l'interprétation administrative reste, dans tous les cas de figure, subordonnée au contrôle du juge administratif (J. CHEVALLIER, «Les interprètes du droit», Sous la direction de P. AMSELEK, Interprétation et droit, Bruylant, Bruxelles / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 115.); proposition contentieuse selon les termes croisés des jurisprudences Institution NOTRE-DAME DU KREISKER et Madame DUVIGNERES, valide du point de vue du fonctionnement du droit positif mais non valide du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation pour laquelle la circulaire interprétative de la jurisprudence administrative est une décision administrative d'interprétation qui, en opérant un infléchissement du sens des dispositions élaborées par le juge administratif au bénéfice de l'administration active, se substitue à l'interprétation jurisprudentielle en modifiant la rationalité juridique traditionnelle.

peut douter des nombreuses contraintes juridiques d'ordre argumentatif qui s'exercent sur elle.

Le juge administratif comme interprète authentique ne peut donc - en pratique - mettre fin au processus continu des interprétations administratives juridictionnelles et institutionnelles, l'interprétation jurisprudentielle étant elle-même toujours susceptible d'une interprétation juridique interne par l'administration active. Pour autant, une telle position n'a pas pour objet d'écarter le principe du caractère authentique de l'interprétation du juge - car cela aboutirait au regard même de la théorie réaliste de l'interprétation à la conséquence absurde de ne pouvoir reconnaître cette interprétation comme valide - mais de transposer en théorie juridique ce qui est révélé par la pratique administrative du droit. Aussi, l'apport de la théorie réaliste de l'interprétation à l'examen de cette *problématique jurisprudentielle administrative interne* est-il uniquement de permettre la description, au travers de cette confiscation administrative du sens - au travers de cette interception normative de fait -, de la potentielle primauté normative de l'administration active dans la pratique juridique comme interprète des interprétations authentiques s'exerçant sur le droit; et ce, dès lors que l'on se trouve dans la situation fréquente où l'interprétation administrative intérieure n'est pas contrôlée directement par le juge dont elle interprète la jurisprudence ou n'a pas été contrôlée par le juge administratif lui-même; ou, dès lors que l'on se trouve dans la situation où, l'interprétation administrative intérieure ayant été contrôlée directement par le juge administratif, l'administration active interprète le principe jurisprudentiel de la motivation juridique du contrôle administratif contentieux de son interprétation.

### **3. L'INTERPRETATION ADMINISTRATIVE INFRA-REGLEMENTAIRE ET SES PRESUPPOSES : LA DIRECTIVE D'ORIENTATION**

#### **A - Les limites de la définition fonctionnelle de la directive d'orientation**

Considérées par le Conseil d'Etat comme des mesures d'ordre intérieur spécifiques répondant à des fonctions administratives différenciées et à des régimes contentieux particularisés en application de la jurisprudence *CREDIT FONCIER DE FRANCE*, la circulaire et la directive administratives sont réputées gouverner, selon des modalités opérationnelles et normatives

distinctes, le champ discrétionnaire intérieur de l'administration active. Relativement à l'évolution de la mission administrative et du droit positif qu'elle génère, la directive d'orientation comme catégorie juridique rebelle à sa propre définition<sup>53</sup> est historiquement saillante dans la mesure où elle inaugure le premier cycle de la transformation des modalités traditionnelles d'administration<sup>54</sup> entraînant à sa suite une crise des fondements du droit administratif traditionnel.<sup>55</sup> Dès son apparition, le concept d'orientation se présente pour la communauté des juristes, au regard de la théorie officielle de l'interprétation juridique non créatrice<sup>56</sup> et de la hiérarchie des normes

---

53 - A. HAURIOU, «*Le droit administratif de l'aléatoire*», *Mélanges TROTABAS*, LGDJ, 1970, p. 197. La directive administrative marque en effet le passage d'un droit administratif du «déterminé» à ce qu'André HAURIOU appelle un droit administratif du «conditionné» ou de «l'aléatoire». Parce que la norme d'orientation constitue ce qu'il dénomme une «norme-objectif», le droit produit par la directive administrative appartient à la catégorie du «conditionné». Ce faisant, la théorie des directives administratives ne peut pas s'intégrer totalement à la théorie officielle des actes administratifs, les notions d'«aléatoire», d'«indéterminé», dérogeant aux catégories juridiques administratives et entraînant une contradiction interne au sein même des classifications contentieuses régissant les circulaires et directives administratives. Ces concepts figurant l'indétermination juridique contrarient le principe constitutif du droit administratif classique en ce sens qu'ils participent à l'idée d'un système juridique informel, système dont la flexibilité supposée se heurte à la nature, par définition formelle, du droit administratif positif. Mesure administrative dont la nature juridique indicative, programmatoire et prospective, est réputée assurer une création indirecte ou différée du droit, la directive d'orientation contrarie la logique normative et l'organisation hiérarchique du droit administratif.

54 - L. SFEZ, *L'administration prospective*, Armand Colin, Collection 'U', Série Science Administrative, 1970. «[...] *L'administration prospective stricto sensu ou lato sensu a manifestement le pas sur l'autre administration. [...] C'est l'innovation et les stratégies de développement de celle-ci qui entraînent le bouleversement des structures classiques. Mais plus précisément, c'est l'administration de conception, puis d'impulsion et de coordination, qui entraîne les modifications de l'administration de gestion.*» p. 212 [...] L'auteur élargit par la suite son analyse: «*La société administrative se transforme progressivement d'elle-même par ses pôles les plus modernes et va jusqu'à transformer le pouvoir politique. Cette transformation autonome de l'administration pour répondre aux besoins de la société moderne est incompatible avec le schéma de l'administration subordonnée*» p. 220.

55 - Sur ce sujet, un numéro spécial de l'AJDA: Le droit administratif. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle: bilan et perspectives d'un droit en mutation. AJDA, 1995.

56 - P.-A. COTE, «L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes», Sous la direction de D. BOURCIER et P. MACKAY, *Lire le droit - Langue, Texte, Cognition*, LGDJ, Collection 'Droit et Société', 1992, p. 139 / p. 140: «La théorie officielle de l'interprétation doit être vue d'abord comme une théorie normative, comme une doctrine, c'est-à-dire comme une construction intellectuelle qui prescrit la manière de concevoir le phénomène de l'interprétation de la loi, fixe les objectifs que l'interprète doit poursuivre et prévoit les moyens qu'il peut ou doit utiliser de même que ceux qu'il ne doit pas ou ne peut pas mettre en œuvre. Cette théorie sert ainsi de modèle à l'action du juriste, soit dans la recherche du sens d'un texte [...], soit dans la justification du sens retenu dans un cas donné [...]. La théorie officielle ne tend donc pas tant à décrire ou à expliquer le phénomène de l'interprétation qu'à imposer à la communauté des juristes un modèle théorique affirmé comme vrai, une doctrine, une orthodoxie.»; P.-A. COTE, «Fonction législative et fonction interprétative: conceptions théoriques de leurs rapports», Sous la direction de P. AMSELEK, *Interprétation et Droit*, Bruylant, Bruxelles / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 193 / p. 194: «Selon la théorie classique, l'activité d'interprétation est dépourvue de toute dimension créatrice: le sens gît dans le texte et le travail de l'interprète consiste simplement à élucider ce sens déjà

administratives, hiérarchie organique et formelle au principe même du droit public français<sup>57</sup>, comme un concept juridique particulièrement ambigu; car, entre prospection et codification, interprétation et réglementation, impulsion et aujourd'hui impérativité, il génère une contrainte future sur le droit présumée fonctionnellement distincte de l'interprétation juridique par voie de circulaires administratives.

Ainsi, l'originalité même de la directive d'orientation est-elle réputée fondamentalement résider dans sa définition administrative fonctionnelle prescriptive, sa caractérisation normative et son régime contentieux tels qu'ils sont établis par le droit positif issu de la jurisprudence *CREDIT FONCIER DE FRANCE* et qui entendent la distinguer de la circulaire interprétative: acte administratif interne élaboré par des autorités administratives auxquelles a été remis ou délégué le pouvoir de décision appartenant originairement au ministre en application de la jurisprudence *JAMART*<sup>58</sup>, et procédé juridique tendant à discipliner l'usage administratif du pouvoir discrétionnaire interne hors de toute compétence réglementaire, la directive administrative, instrument et vecteur du pouvoir d'orientation concédé aux différentes autorités administratives habilitées à l'exercer, a pour visée de construire une doctrine administrative qui permet à la fois la fixation de critères objectifs d'appréciation de l'action administrative et la constante adaptation de l'administration active à une mission en constante

---

déterminé par l'auteur. Dans cette perspective, lorsque deux juristes sont en désaccord sur le sens d'un texte législatif, leur différend porte sur le sens que le texte possède déjà et non sur celui qu'il conviendrait de lui attribuer. Cette conception, déniait à l'interprète toute contribution à la production du sens et réduisant son rôle à n'être que "la bouche qui prononce les paroles de la loi", ne résiste pas à une analyse sérieuse.[...] On ne peut [...] expliquer entièrement le phénomène de l'interprétation juridique en faisant abstraction des choix auxquels la teneur indécise du droit condamne l'interprète. Et pourtant, dans la théorie officielle, la part de l'interprète dans l'élaboration du sens est totalement occultée. La 'fiction déclarative' conduit ainsi au 'refoulement de l'interprétation', c'est-à-dire à la négation de l'élément personnel et subjectif dans l'interprétation».

57 - J.-M. AUBY, «Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, éléments de problématique», Mélanges PELLOUX, L'Hermès, 1980, p. 21; D. de BECHILLON, «La conception Française de la hiérarchie des normes, anatomie d'une représentation», RIEJ, 1994-32, p. 81; D. de BECHILLON, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Collection 'Droit Public Positif', Economica, 1996; D. de BECHILLON, Qu'est-ce qu'une règle de droit?, Editions Odile JACOB, 1997.

58 - Il est clairement admis par le juge et la doctrine administratifs sur la base de la jurisprudence *JAMART* (CE 7/02/1936, *GAJA*, 17ème édition, 2009, Arrêt N° 49, p. 299), pour les directives d'orientation comme pour les circulaires administratives, qu'en dehors de toute attribution d'un pouvoir réglementaire général aux ministres, ceux-ci doivent être à même de pouvoir définir et énoncer dans des documents administratifs internes, les orientations générales régissant leurs actions en tant qu'administrateurs publics.

évolution.<sup>59</sup> Parce qu'en ayant vocation à orienter le pouvoir discrétionnaire interne de l'administration active afin d'en faciliter l'exercice sur la base des textes en vigueur, elle ne met pas simplement en place des règles de gestion du droit administratif mais aussi des règles de prévision de cette gestion, la directive administrative opère ainsi une prospection interprétative du droit qui nécessite des choix estimatifs et des évaluations préalables. Présupposé comme fonctionnellement et normativement distinctif par l'ordre juridique, le propre de l'activité prévisionnelle de l'administration active est alors de correspondre à un mode administratif particulier d'interprétation juridique intérieure, à un certain type administratif infra-normatif interprétatif interne<sup>60</sup>; c'est-à-dire à une interprétation des textes en vigueur par l'orientation de l'action administrative d'une nature normative supérieure à l'interprétation de ces textes contenue dans une circulaire administrative.

Les droits positifs de l'interprétation et de l'orientation administratives formulent ainsi la proposition selon laquelle la directive d'orientation est placée dans une situation normative intercalaire, supérieure à la circulaire interprétative et inférieure au règlement; en d'autres termes, la thèse jurisprudentielle, la doctrine organique et la pensée doctrinale dominante notifient le paradoxe selon lequel l'interprétation juridique interne inhérente à la directive d'orientation est constitutive d'une création juridique intermédiaire semi, para ou infra-réglementaire supérieure à l'interprétation elle-même.<sup>61</sup> Ni interprétative en tant que telle en référence à la définition fonctionnelle de l'orientation administrative, ni réglementaire en application de la théorie officielle des actes et des compétences administratifs, le propre de la directive administrative, procédé volontariste d'auto-limitation juridique au point d'intersection de la circulaire

---

59 - J. BOULOUIS, «Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les "directives"», *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Cujas, 1977, p. 193: «Cette définition constitue une première base de réflexion sur la directive en tant qu'acte spécifique. Par la distribution qu'elle effectue entre ce qui est impératif - le résultat à atteindre - et ce qui reste à l'appréciation du destinataire - la forme et les moyens -, elle décrit un processus de décision reposant non pas sur une déconcentration au sens juridique du mot mais sur l'exercice d'un pouvoir d'une nature particulière, le pouvoir "directif" qui, par opposition au pouvoir coactif n'a pas la qualité de contraindre mais simplement la propriété d'orienter. L'existence d'un tel pouvoir ne se justifie pas seulement par un aménagement institutionnel dont la cohérence peut ne pas reposer sur la subordination hiérarchique. Elle s'explique aussi par les caractères propres du milieu où il s'agit d'intervenir et par la spécificité des mesures qui, dans ce milieu, traduisent cette intervention».

60 - A.-J. ARNAUD, «Infra-droit», Sous la direction de A.-J. ARNAUD et autres, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème édition, LGDJ, 1993, p. 300.

61 - Daniel MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Bibliothèque de droit public, Tome 147, LGDJ, 1984.

administrative et du règlement<sup>62</sup>, est-il de constituer une mesure d'ordre intérieur supra-interprétative et infra-réglementaire impérieuse mais non impérative. Et ce, pour des raisons précises : si le pouvoir d'orientation est présenté par le juge et la doctrine administratifs comme un pouvoir infra-réglementaire, c'est parce qu'il est, implicitement, le moyen qui permet d'empêcher un élargissement officiel du pouvoir réglementaire du ministre - limité au cadre spécial de la jurisprudence *JAMART* - ou des autorités administratives auxquelles celui-ci l'a délégué. Le pouvoir d'orientation autorise ainsi l'administration active, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire interne et donc en dehors de toute extension du pouvoir et du domaine réglementaires, à élaborer les préceptes objectifs et généraux mais sans caractère obligatoire dont elle entend s'inspirer pour la conduite de son action juridique. Le principe que l'administration active puisse déterminer les conditions juridiques futures de sa mission et, par là-même, les principes juridiques de son interprétation du droit, en dehors de toute extension du pouvoir réglementaire, permet la conciliation administrative d'exigences contradictoires;<sup>63</sup> mais ce faisant, le droit positif consolide l'ambiguïté première de cette matière interprétative d'orientation réputée infra-réglementaire à la jonction des pouvoirs administratifs - discrétionnaire, hiérarchique, et réglementaire -.<sup>64</sup>

Tel qu'il est exprimé par le juge et la doctrine administratifs, le paradoxe de la définition juridique prescriptive de la directive administrative comme acte juridique d'orientation infra-normatif fonctionnellement distinct

---

62 - J.-M. AUBY, «Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif Français», *Mélanges STASSINOPOULOS*, LGDJ, 1974, p. 15: «[Les] directives ne sont pas exactement assimilables à des règlements puisque l'autorité chargée de prendre la décision individuelle peut s'en écarter si des circonstances particulières l'exigent. Il ne s'agit pas cependant d'actes identiques à des circulaires car le juge peut, à propos du contentieux de l'acte individuel, exercer un contrôle sur la légalité de la directive».

63 - Il s'agit, en effet, de concilier la cohérence et l'efficacité de l'action administrative, l'égalité des citoyens devant la loi et devant le service public, le principe selon lequel l'administration active doit examiner individuellement les cas qui lui sont soumis, la sauvegarde de l'intérêt général, et de rendre compatible l'utilisation des pouvoirs réglementaire, hiérarchique, et discrétionnaire avec l'exercice du pouvoir d'orientation.

64 - J. BOULOUIS, «Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les "directives"», *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Cujas, 1977, p. 201: La question du pouvoir réglementaire des ministres est particulièrement débattue lorsqu'il s'agit d'envisager la nature juridique des directives administratives : «Quant au pouvoir réglementaire, la discussion autour du principe suivant lequel les ministres n'en disposent pas ne laisse pas d'être instructive. On ne peut en effet s'empêcher de s'interroger sur le point de savoir si, envisagé dans sa perspective organique traditionnelle le problème est bien posé à l'égard d'actes qui, pour être matériellement généraux, ont moins pour objet de régir que de diriger l'action administrative».

d'une décision d'interprétation créatrice ou non créatrice, permet de rendre compte de la prégnance des présupposés contentieux relatifs à l'administration active comme interprète autorisé du droit. En effet, présupposant une intensité normative de l'orientation du droit supérieure à son interprétation, la définition opérationnelle de la directive administrative réside - en raison même de sa nature et de son objet - moins dans la qualité infra-normative présumée de l'orientation administrative que dans les limites normatives apportées à l'interprétation administrative intérieure par les présupposés contentieux. Présentée comme une donnée acquise du droit administratif justifiée sur le plan des activités administratives et juridictionnelles, comprise comme une distinction prescriptive entre orientation juridique et interprétation juridique, la distinction circulaire administrative / directive administrative instituée par la jurisprudence *CREDIT FONCIER DE FRANCE* doit être aujourd'hui appréhendée conformément à la substitution des critères contentieux opérée par la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* pour l'examen des circulaires administratives. Or, la nouvelle distinction proposée par la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* - circulaire non impérative / circulaire impérative -, en se substituant à la distinction circulaire interprétative / circulaire réglementaire formalisée par la jurisprudence *Institution NOTRE-DAME DU KREISKER*, a pour effet, non de remédier à la contradiction intrinsèque aux fondements spécifiques de la distinction première entre circulaire et directive administratives, mais uniquement de déplacer les termes de cette contradiction. Caractérisée par son origine interne et sa qualité impérieuse pour les services administratifs sous réserve d'un examen de la situation individuelle de l'administré ou d'un motif d'intérêt général - ce qui marque son caractère intrinsèquement non impératif -, la directive d'orientation selon la jurisprudence *CREDIT FONCIER DE FRANCE* se trouve-t-elle concurrencée depuis l'apparition de la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* par la circulaire interprétative non impérative.

En effet, si la directive d'orientation s'applique sans dérogations, elle est impérieuse pour l'administration active, c'est-à-dire qu'elle lie les autorités administratives pour l'examen de tous les cas semblables, sans faire grief, ni caractère réglementaire, ce qui la distingue, d'une part, de la circulaire impérative non réglementaire, de nature potentielle à faire grief depuis l'arrêt *Madame DUVIGNERES*, d'autre part, de la circulaire réglementaire, par définition de nature à modifier l'ordonnement juridique; en revanche, si la directive d'orientation organise des dérogations aux dispositions qu'elle contient, son contenu s'apparente à une interprétation non impérative, ce qui la confond avec

la circulaire interprétative non impérative. Ainsi, le Conseil d'Etat soutenu par les doctrines administratives - organique et scientifique - situe-t-il, à l'heure actuelle, la valeur normative de la directive d'orientation entre celle du règlement et celle de la circulaire interprétative indicative. L'apport par l'arrêt *Madame DUVIGNERES* du critère de l'impérativité appliqué à l'examen contentieux des circulaires administratives ne comble donc pas davantage, s'agissant des directives administratives, l'écart séparant la conception théorique officielle de l'interprétation juridique, des principes et des présupposés du droit positif de l'orientation administrative, précisément quand ceux-ci définissent l'orientation de l'action administrative comme étant non impérative. Très mal assurée par le droit positif lui-même en tant qu'elle renvoie inmanquablement à la compétence interprétative de l'administration active et au critère contentieux de la matérialité interprétative réglementaire, la distinction normative de droit positif entre circulaire interprétative et directive d'orientation ne peut donc faire disparaître, sur la base du critère prescriptif infra-réglementaire, la parité créatrice des circulaires et des directives administratives par l'interprétation qui se vérifie dans la pratique juridique de l'administration active.

### **B - La critique théorique réaliste du critère infra-réglementaire**

Examinée sous les angles de vue conjugués des jurisprudences *CREDIT FONCIER DE FRANCE* et *Madame DUVIGNERES*, la position du juge et de la doctrine administratifs au sujet de la directive d'orientation demeure problématique et contradictoire lorsqu'elle entend, sur la base d'un critère normatif hiérarchique, distinguer sur le plan de la création juridique la directive d'orientation par définition non impérative, de la circulaire interprétative non impérative. En effet, les seuls critères d'identification de la directive d'orientation que le juge administratif retient pour en spécifier la nature et le régime juridiques s'apparentent, par leur similarité, à ceux retenus pour la circulaire interprétative indicative: l'absence de dispositions à caractère réglementaire c'est-à-dire l'absence de conditions nouvelles par rapport à la loi ou au règlement, et l'absence de caractère impératif, lequel serait contraire au pouvoir d'appréciation dont doit disposer l'administration active dans la mise en œuvre de son action. Le juge administratif ne peut dès lors sortir de l'impasse selon laquelle la directive d'orientation n'est rien de plus qu'une modalité particulière de circulaire interprétative non impérative. En d'autres termes, les critères d'identification étant semblables - le juge administratif se trouvant dans l'impossibilité objective d'établir sans se contredire un critère normatif distinctif

entre circulaire d'interprétation et directive d'orientation -, le Conseil d'Etat ne spécifie la directive administrative que pour la faire irrémédiablement tomber dans une catégorie juridique non créatrice préexistante: au sens large, les mesures d'ordre intérieur, au sens strict, les circulaires administratives, interprétatives hier, indicatives aujourd'hui. Cette volonté du juge administratif de distinguer hiérarchiquement au sein des actes interprétatifs internes de l'administration active se heurte au fait que sa propre jurisprudence doit les appréhender juridiquement comme des actes normatifs de nature similaire et de valeur égale, précisément parce que ces actes sont interprétatifs et que leur caractère normatif est implicitement présumé par le juge administratif lui-même. Et pour cause: le maintien par le juge administratif de la directive d'orientation, mesure interprétative non impérative, dans la catégorie des mesures d'ordre intérieur, actes juridiques non créateurs dont la circulaire interprétative indicative est le symbole le plus achevé, ne peut permettre ensuite au juge administratif de valider sans controverse, l'attribution d'une valeur normative *intermédiaire* à l'orientation de l'action administrative, c'est-à-dire une valeur infra-normative - inférieure à la réglementation mais supérieure à l'interprétation -.

La position du problème de la valeur juridique de la directive d'orientation est antithétique: d'une part, le juge administratif stipule que l'interprétation supplétive du droit par l'administration active n'est pas créatrice, c'est-à-dire que l'interprétation administrative interne des textes juridiques ne modifie pas le droit positif; d'autre part, il établit que la directive administrative, n'ayant pas pour fonction première l'interprétation du droit mais l'orientation de l'action administrative, possède une valeur créatrice de teneur infra-réglementaire alors même qu'elle est censée s'intégrer à la catégorie des actes interprétatifs internes non créateurs. Aussi, le juge administratif suit-il un raisonnement illogique en faisant entrer l'acte interprétatif qu'il détermine comme le plus créateur dans la catégorie établie par lui non créatrice des actes interprétatifs internes. En effet, attribuer à la directive administrative, acte interprétatif d'orientation, une valeur normative infra-réglementaire pose problème dès lors qu'il n'est concédé à la circulaire interprétative aucune valeur normative opposable hors son caractère impératif ou réglementaire. L'antinomie jurisprudentielle est vérifiée dès lors que l'attribution d'une valeur infra-réglementaire à la directive d'orientation est effectuée par le juge administratif à l'aide d'un critère fonctionnel dont le présumé est *normatif* et qui doit permettre de distinguer l'orientation juridique de l'interprétation juridique et d'attribuer une valeur créatrice supérieure à la première par rapport à la seconde.

La reconnaissance au bénéfice de la directive administrative d'une valeur normative supérieure à la circulaire administrative, aussi indéterminée soit-elle, est pour le juge administratif directement liée à la fonction de l'orientation administrative: éclairer juridiquement l'administration active dans ses choix en faisant appel à des directives méthodologiques d'interprétation précises. A cette fin, la méthode interprétative fondée sur le sens utile ou la finalité sociale du droit, utilisée par la directive administrative en tant qu'acte interprétatif prospectif, est censée dépasser le cadre strict de l'interprétation juridique, pour accéder à celui, plus large, de l'orientation du droit de l'action administrative; en un mot, passer d'un stade interprétatif sans incidence juridique normative à un stade interprétatif prévisionnel infra-réglementaire. Or, choisir comme critère distinctif de la valeur normative de la directive administrative le critère infra-réglementaire - c'est-à-dire supra-interprétatif - est parfaitement inopérant, lorsque qualifier la directive d'orientation d'acte administratif infra-réglementaire résulte précisément de l'exigence inverse: neutraliser la directive administrative sur le plan de la création juridique.

Aussi, du point de vue du réalisme juridique interprétatif, présenter la directive d'orientation comme un acte interprétatif administratif infra-réglementaire est-il irrecevable, tant au niveau de l'analyse des compétences administratives - il n'existe pas de compétence juridique infra-réglementaire *distincte* de la compétence interprétative à la disposition de l'administration active - qu'au niveau de l'examen théorique de l'interprétation administrative interne du droit. Pas plus qu'elle n'ajoute quelque chose d'essentiel à la perception d'une quelconque dimension normative particulière et propre à la directive d'orientation, une telle présentation ne peut permettre de justifier son absence supposée de caractère créateur. Le critère infra-réglementaire pour définir la qualité infra-normative de la directive d'orientation est une antonymie au regard de la théorie réaliste de l'interprétation: il ne peut résoudre une exigence par définition antinomique, c'est-à-dire justifier au sujet du même acte juridique interprétatif, à la fois une création juridique et une absence de caractère créateur. Aucun critère de nature à assurer une telle justification ne pourrait, d'ailleurs, être trouvé. Evaluer juridiquement ce qui fait la spécificité infra-réglementaire de l'orientation du droit ne peut renvoyer qu'à la doctrine administrative de la directive administrative, c'est-à-dire à la définition normative de sa fonction administrative fondée sur une conception de l'interprétation comme fonction de la connaissance - connaissance de la finalité administrative et sociale du droit -; non à un critère - par définition introuvable -

qui permettrait de différencier sur le plan de la puissance normative la création interprétative du droit par la directive d'orientation de la création interprétative du droit par la circulaire indicative. Dans l'optique réaliste, la justification - *expressive* - de la distinction entre circulaire et directive administratives se trouve uniquement dans l'analyse des finalités administratives interprétatives génériques que l'on prête séparément à ces deux actes - c'est-à-dire à des différences quant au choix des méthodes interprétatives utilisées - ; non dans la référence à des différences de contrainte normative liées méthodiquement à l'interprétation - c'est-à-dire en référence à une hiérarchie normative des directives méthodologiques d'interprétation -. Le critère permettant de distinguer la circulaire interprétative de la directive d'orientation ne peut être qu'un critère *descriptif* - un gage interprétatif *méthodologique* permettant de décrire les attributions administratives qui sous-tendent et justifient l'utilisation séparée de la circulaire et de la directive administratives - ; non un critère *prescriptif* - un critère *normatif* tendant à différencier en termes de création juridique l'interprétation du droit de son orientation -.

Selon la thèse réaliste, l'interprétation et l'orientation juridiques ne peuvent être approchées comme deux notions distinctes et hiérarchisées au niveau des contraintes normatives qu'elles imposent: l'idée qu'elles peuvent correspondre à deux niveaux interprétatifs infra-normatifs, en tant que tels *hiérarchiquement* différents sur l'échelle de la création juridique interne par l'administration active, est une idée théoriquement non valide car juridiquement et scientifiquement invérifiable. Au regard de la théorie réaliste de l'interprétation, opposer le caractère infra-réglementaire de la directive administrative au caractère para-réglementaire de la circulaire administrative ne peut être d'aucune signification: distinguer une norme supra-interprétative d'une norme interprétative est sans fondements et sans justifications possibles. Opposer un acte interprétatif infra-réglementaire à un acte administratif interprétatif est tout aussi irrecevable sur le plan théorique réaliste qu'il ne l'est d'opposer une circulaire interprétative réglementaire à une circulaire administrative interprétative impérative ou non. Ainsi, le critère infra-réglementaire est-il tout aussi inopérant que le critère réglementaire pour rendre compte du caractère créateur de l'interprétation en droit administratif intérieur. A l'évidence, les oppositions juridiques précitées résultent d'une présomption *normative* des mesures administratives interprétatives internes. Avancer l'idée comme le font le juge administratif et la théorie organique de la directive d'orientation et de la circulaire d'interprétation qu'une telle présomption est matériellement de nature

réglementaire ne consiste qu'en un artifice rhétorique du droit positif permettant de contrôler, pour des raisons d'efficacité juridique, le caractère par définition créateur des actes interprétatifs internes de l'administration active.

Selon le réalisme interprétatif, c'est au *fait* que toute règle juridique représente un cas particulier d'intervention administrative que l'on peut attribuer l'origine d'une interprétation différenciée du droit par l'administration active au moyen des circulaires et des directives administratives. Cette attribution ne peut résulter du *postulat* jurisprudentiel et doctrinal selon lequel l'administration active dispose de deux actes interprétatifs internes qui, sur le plan normatif, sont hiérarchiquement différenciés relativement à la méthode interprétative employée respectivement par chacun d'eux. La circulaire interprétative impérative, la circulaire interprétative indicative et la directive d'orientation impérieuse - c'est-à-dire non impérative -, doivent être appréhendées comme des modes particuliers d'application du droit par l'interprétation également créateurs; non comme des actes interprétatifs inégaux sur le plan de la création des normes administratives relativement à une hiérarchie normative des directives méthodologiques d'interprétation inhérentes à l'interprétation elle-même. En conséquence, la directive d'orientation de l'action administrative, modalité spécifique interne de l'interprétation du droit par l'administration active, est aujourd'hui, sous réserve des particularismes de son régime contentieux, une modalité particulière de circulaire interprétative non impérative. Aussi, est-il clair que la distinction entre circulaire administrative et directive d'orientation explicable sur le plan de l'efficacité des actions administratives et juridictionnelles dérive uniquement de la nécessité administrative: l'usage circonstancié par l'administration active de son pouvoir d'interprétation; elle ne relève pas du principe d'une hiérarchie *normative* des textes interprétatifs internes et des méthodes interprétatives de l'administration active, hiérarchie par définition impossible à établir hors de l'exposition des justifications contentieuses liées à la cohérence du droit positif.

#### **IV - LA COMPARAISON DES MODALITES JURIDIQUES DE L'INTERPRETATION ADMINISTRATIVE COMME PROBLEMATIQUE THEORIQUE ET POLITIQUE**

L'analyse du statut prescriptif de l'interprétation exécutive en France permet de prendre conscience que les termes juridiques utilisés par le juge administratif pour appréhender la délibération juridique interne à l'administration active sont porteurs des présupposés et des représentations quant au processus de formation du droit qui, depuis toujours, orientent la réflexion scientifique en

matière d'interprétation juridique administrative. Le constat que l'interprétation juridique est analysée différemment selon qu'elle est effectuée par l'administration active ou par l'administration contentieuse constitue le fondement de toute la dogmatique juridique sur l'interprétation du droit par l'administration active. A ce titre, l'interprétation administrative intérieure reste appréhendée du point de vue de la seule administration contentieuse, pour laquelle contrôler l'interprétation supplémentaire et complémentaire des textes par l'administration active consiste à encadrer la liberté d'action de cette administration et à contenir l'ordre juridique interne qu'elle produit. L'observation du droit positif de l'interprétation et de l'orientation administratives montre que la prescription de l'interprétation juridique administrative interne dépend fondamentalement des modalités juridiques de son contrôle juridictionnel. L'interprétation intérieure du droit par l'administration active est intrinsèquement soumise au didactisme juridique du juge administratif. Or, s'il n'est pas vrai que le juge au sommet de sa hiérarchie juridictionnelle crée seulement un droit d'espèce, il ne l'est pas davantage que l'administration active, organe exécutif d'application productive du droit, crée un droit interne qui se limite uniquement à une réglementation intérieure sans incidence normative; et ce, même si le pouvoir normatif de l'administration active au travers de ses actes interprétatifs internes pose problème aux juristes dès lors que l'on n'entend plus considérer l'interprétation administrative intérieure comme une simple faculté subordonnée à une autorisation - par défaut - des juridictions administratives. Le pouvoir créateur du juge en général, et la qualité de la jurisprudence du Conseil d'Etat en particulier ne sont pas en cause dans cette étude; est principalement en cause la capacité du juge administratif à couvrir l'étendue complète de la mutation actuelle du droit administratif et la réalité normative de la production interprétative du droit par l'administration active au sein de l'ordre intérieur, sur la base de présupposés contentieux à vocation fonctionnelle.

A ce titre, soumettre les présupposés constitutifs de l'interprétation et de l'orientation administratives en droit positif à une argumentation critique réaliste n'a pas pour objet la contestation de leur utilité pratique en ce qui concerne l'efficacité de l'activité de l'administration active ou le pragmatisme de l'action du juge administratif. Ces présupposés trouvent leur justification au regard même de cette utilité pratique relativement à l'interdépendance des interprétations administratives et jurisprudentielles. Leur réfutation n'a pas non plus pour effet de substituer à des présupposés faux des présupposés vrais. Elle entend simplement montrer que les présupposés contentieux de l'interprétation

administrative intérieure ne renvoient qu'à leur destination fonctionnelle; car si les principes jurisprudentiels de l'interprétation et de l'orientation administratives forment, pour le réalisme interprétatif, un contresens sur l'interprétation administrative intérieure, c'est précisément parce que leur objet même n'est pas de renvoyer à l'expression réelle de l'interprétation interne du droit par l'administration active mais à sa maîtrise juridictionnelle. Dès lors, la conception jurisprudentielle de l'interprétation et de l'orientation administratives ne peut trouver sa justification qu'au regard de son efficacité juridictionnelle immanquablement légitimée par la théorie de l'interprétation comme fonction de la connaissance. La jurisprudence *Madame DUVIGNERES* fonde, en effet, le critère de l'impérativité sur un acte de connaissance lié à l'identification de l'intention. Comme telle, cette conception procède, selon la thèse réaliste, d'une théorie fautive; mais, relativement aux exigences liées à l'efficacité juridique même des actions administratives et juridictionnelles, on peut aussi parfaitement *«souscrire à la théorie du Doyen VEDEL, selon laquelle, une théorie, même fautive, peut néanmoins fonder une pratique sociale»*.<sup>65</sup> En d'autres termes, rien n'empêche de justifier la vocation fonctionnelle des catégories interprétatives du contentieux administratif, du principe de légalité et de l'ordre de la hiérarchie des normes par le bien fondé pratique de théories fautes de l'interprétation juridique administrative interne. C'est en réalité à ce prix qu'est établi et que se développe le droit positif de l'interprétation administrative intérieure.

Le fait que la conception jurisprudentielle de l'interprétation administrative intérieure ne puisse fonctionner que sur le fondement de la théorie de l'interprétation comme fonction de la connaissance relève de l'irréductibilité inhérente à l'interprétation administrative interne comme interprétation concurrente de l'interprétation jurisprudentielle. Le statut irrémédiablement jurisprudentiel des circulaires et des directives administratives ne se comprend que par sa relation à la théorie officielle de l'interprétation du droit intrinsèque au travail juridictionnel. Ce statut remplit une fonction proprement normative dont l'objectif est d'assurer la cohésion du système de droit administratif et l'alternative définitive à l'interprétation administrative intérieure comme fonction

---

65 - M. TROPER, «La liberté d'interprétation du juge constitutionnel», Sous la direction de P. AMSELEK, *Interprétation et Droit*, Bruylant, Bruxelles / Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 238: Cette thèse sur la valeur de vérité des théories dans le système juridique, appliquée au domaine de l'interprétation, est exprimée par le Doyen Georges VEDEL dans l'article suivant: G. VEDEL, «Le Conseil Constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», Sous la direction de T. MARSHALL, *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, La Garenne-Colombes, Editions de l'Espace Européen, 1992, p. 311.

de la volonté, précisément parce que cette volonté échappe en partie au droit. La cohésion du droit positif de l'interprétation et de l'orientation administratives ne porte donc pas sur une cohérence liée à l'interprétation comme ontologie du droit mais sur une cohérence interne au droit positif lui-même, compatible avec le fonctionnement juridique interprétatif intérieur de l'administration active. Le propre du contentieux administratif est dès lors de nier une interprétation administrative interne qui ne serait pas la sienne en même temps qu'il organise les conditions de la continuité interne de l'action administrative par l'interprétation.<sup>66</sup> Le déplacement des critères contentieux effectué par la jurisprudence *Madame DUVIGNERES* - associé au maintien de la jurisprudence *CREDIT FONCIER DE FRANCE* - est ainsi le dernier aménagement juridictionnel visant à encadrer l'empirisme interprétatif administratif intérieur au regard d'une conception jurisprudentielle renouvelée de l'interprétation non créatrice. Si la non reconnaissance du caractère créateur de l'interprétation administrative intérieure obéit à des considérations qui sont justifiées sur les plans de l'action de l'administration active, de l'activité du juge administratif, et d'une façon générale, sur celui de l'efficacité du droit administratif, si, pour cela, le droit positif de l'interprétation administrative interne peut justifier du bien-fondé pratique d'une théorie de l'interprétation inexacte, il ne résulte pas de l'incompatibilité entre le fonctionnement pratique du droit positif de l'interprétation administrative intérieure et la description du fonctionnement réel de l'interprétation juridique interne des textes par l'administration active selon la théorie réaliste, une quelconque disqualification de la théorie réaliste. La théorie réaliste de l'interprétation n'a pas - en soi - vocation à agir directement sur le droit positif: elle a pour mérite ici de décrire l'incompatibilité radicale des perceptions et, de ce fait, de rendre compte de façon aigüe de l'interprétation administrative intérieure comme phénomène de signification d'un pouvoir de nature politique.

Encadrant la mutation contemporaine des services administratifs étatiques, l'évolution politique du droit administratif en France montre qu'il convient moins de nier la prééminence jurisprudentielle en droit administratif, que d'affirmer la prééminence effective de l'administration active dans l'interprétation - et donc la production finale - de la norme juridique, dès lors que l'interprétation textuelle par l'administration active au sein de l'ordre intérieur,

---

66 - G. KOUBI, Les circulaires administratives – contribution à l'étude du droit administratif, Economica, Collection 'Corpus/Essais', 2003, Chapitre 3, «Nécessité de la circulaire et continuité de l'action administrative», p. 115.

signe le moment précis où l'*effectivité de la norme* est objective dans le système juridique.<sup>67</sup> Cette prépotence interprétative administrative interne dépassant la dimension instrumentale institutionnelle du droit administratif, l'analyse du phénomène administratif demande aujourd'hui que l'on passe donc de l'idée de la suprématie normative du droit administratif jurisprudentiel à l'idée de la suprématie administrative dans l'*édiction* interne des normes juridiques. La construction contentieuse française en vigueur, en visant la cohérence des normes du droit administratif positif au sein d'une conception renouvelée de l'interprétation juridique administrative intérieure, marque une prise en considération accrue du rôle et de la mission du droit dans l'activité administrative.<sup>68</sup> Ainsi, la précellence normative de l'administration active par l'interprétation juridique interne des textes associée à l'élaboration de politiques administratives manifeste-t-elle aujourd'hui l'existence d'un véritable *pouvoir administratif* de nature politique potentiellement indépendant du pouvoir exécutif. Cette indépendance est d'autant plus remarquable qu'elle est peu apparente et peu mentionnée puisqu'elle s'inscrit dans une stratégie d'appropriation du discours politique sous la conformation de la hiérarchie des normes et de l'obligation hiérarchique intrinsèque à la stratification institutionnelle des organes administratifs. Or, si l'ordre juridique fait dépendre la validité du pouvoir administratif d'un critère hiérarchique, la création politique administrative ne procède pas du principe hiérarchique lui-même. En d'autres termes, d'un processus idéologique de validation des normes juridiques sur des paramètres organiques et formels - la hiérarchie des normes -, on ne peut déduire - hors des justifications liées au fonctionnement du droit positif lui-même - le caractère politiquement neutre de l'interprétation juridique. A l'inverse même, la structure hiérarchique - «*structure du discours par lequel s'exprime le pouvoir*»<sup>69</sup> - est précisément la forme juridique utilisée par l'ordre juridique pour nier que les autorités d'application disposent d'un pouvoir normatif par l'interprétation.<sup>70</sup>

---

67 - P. LASCOUMES, «Effectivité», Sous la direction de A.-J. ARNAUD et autres, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2ème édition, LGDJ, 1993, p. 217.

68 J. BELL, «*De la nécessité d'un droit administratif*», AJDA, 1995, Numéro spécial, Le droit administratif. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation, p. 99.

69 - M. TROPER, «*L'idéologie juridique*», Sous la direction de G. DUPRANT, Analyse de l'idéologie, Paris, Galilée, 1980, p. 228.

70 - M. TROPER, «*Système juridique et Etat*», APD, Tome 31, Le système juridique, 1986, p. 43 : «*Si l'on admet la thèse de l'identité de l'Etat et du Droit, on peut alors décrire l'Etat comme un système spécifique de relations entre décisions, c'est-à-dire comme un mode particulier de justification et d'exercice du pouvoir. Pour les autorités subalternes, il permet d'abord de justifier s'il y a lieu, du point de vue dynamique, l'usage du pouvoir discrétionnaire. Plus souvent, il conduit à dissimuler l'existence de ce pouvoir, puisque chacune de leurs décisions peut apparaître, du point de vue statique, déjà contenue*

A ce titre, la thèse réaliste du rôle des fonctionnaires dans la prise de décision politique par l'interprétation juridique administrative interne apparaît aujourd'hui d'une actualité cruciale quand on constate que le Commissaire du Gouvernement dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Madame DUVIGNERES*, recommande au Conseil d'Etat d'écarter de la catégorie des dispositions impératives à caractère général, non seulement les circulaires «*qui exposent une politique ou assignent des objectifs et qui, si elles figuraient dans une loi ou un décret, seraient également dépourvues de portée normative*», mais également les «*commentaires des textes ou de la jurisprudence qui sont par eux-mêmes dépourvus d'incidence sur le sens des décisions que l'administration devra prendre*». <sup>71</sup> Or, selon la conception réaliste, c'est précisément parce que l'administration active, instrument exécutif du pouvoir politique, organe de production du droit - entre préparation, instruction, orientation, création, application et soumission <sup>72</sup>-, en intégrant les politiques dans les circuits administratifs internes d'une part, en interprétant les interprétations formulées par les cours suprêmes d'autre part, assure par une interprétation juridique intérieure dont l'impact est politique, la perpétuité, la mutabilité et la mobilité concrètes des règles de droit administratif.

Exeter, Juin 2010

---

*dans l'énoncé émanant d'une autorité supérieure et que la signification de norme de cet énoncé, si elle est bien déterminée par l'autorité subalterne, est présentée comme une simple 'interprétation'.*»

71 - Conclusions P. FOMBEUR, RFDA, 2003, p. 287.

72 - G. KOUBI, «*De la circularité des circulaires. Méthodes de rédaction et de lecture des textes*», Sous la direction de D. BOURCIER et C. THOMASSET, L'écriture du droit ... face aux technologies de l'information, Diderot Editeur, Arts et Sciences, Collection 'Acta', 1996, p. 205.