
2

L'ELASTICITE DU DROIT "SOUPLE" ET SES EFFETS SUR LE DROIT "NORMATIF"¹

*Edwin Matutano*²

SUMÁRIO: 1 Le Droit Souple, Ensemble D'une "Para-Legalite" Heterogene. 1.a Les Actes de la "Para-Légalité". 1.b Les Autres Modalites de la "Para-Legalite". 2 Les Rapports Entretenus Entre "Para-Legalite" Et Droit "Normatif". 2.a L'Imprécision du Rang de la "Para-Légalité" Dans la Hiérarchie des Normes: une Moindre Gêne? 2.b Le Risque de Prévalence de la Para-Légalité sur le Droit "dur": Fantasma ou Réalité? Bibliographie.

La liaison qui peut être établie entre l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, la "décision" non publiée du ministre des finances en date du 23 septembre 1889 selon laquelle l'Etat est son propre assureur (FRANC-VALLUET, 1978, p. 596; BAHOUAGNE, 2014, p. 1.167), un Accord National Interprofessionnel, la "nomenclature Dintilhac" issue du rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels et publié par La

¹ **Como citar este artigo científico.** MATUTANO, Edwin. L'Elasticite du droit "souple" et ses effets sur le droit "normatif". In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 71-105, jan.-abr. 2022.

² Docteur en Droit. Avocat à la cour. Enseignant à l'Université de Lille. Adresse électronique: matutano.edwin@orange.fr

Documentation française en juillet 2005³, la rédaction d'un exposé des motifs accompagnant le dépôt des projets de loi, une circulaire, un rapport de la Cour des comptes, un avis du Haut conseil des biotechnologies émis en application du I de l'article L. 532-3 du code de l'environnement, apparaît, à première approche, indiscernable.

Toutefois, ce lien est celui qui unit quelques exemples du droit dit "souple" (THIBIERGE 2003, p. 599; LAVERGNE, 2013), notion dont la complexité d'appréhension, en ce qu'elle suppose d'articulation nécessaire avec les sources du droit et la notion de norme, n'a pas fini de susciter des commentaires doctrinaux.

Le rapport du Conseil d'Etat pour 2013, qui lui fut consacré, a constitué, sur ce point, comme un révélateur, surtout en droit public interne. A bien des égards, cette étude du Conseil d'Etat a formé une étape essentielle, dans la reconnaissance du droit souple et au travers des premières conclusions que la nomologie peut en tirer.

Le Conseil d'Etat a ainsi dégagé une définition de ce droit, aux aspects multiples et aux dénominations variées, selon les domaines auxquels il se rapporte.

Par delà cette définition, le juriste éprouve le besoin de répondre à la lancinante question de sa justiciabilité (MELLERAY, 2016, p. 679; DUTHEILLET DE LAMOTHE; ODINET, 2016, p. 717) et partant, de sa situation, de son rang dans la hiérarchie des normes, les deux qualités ayant partie liée, en dépit, en droit administratif, de la catégorie, résiduelle, mais persistante, des "mesures d'ordre intérieur" et de celle, également présentée comme subsistante, des "actes de gouvernement", à l'égard desquelles le juge administratif ne se reconnaît pas compétent pour en apprécier la légalité; de tels actes participent assurément du droit "dur".

³ A laquelle le Conseil d'Etat a finalement accepté de se référer, après l'avoir refusé: CE 7 octobre 2013, n.° 337851, *ministre de la défense c/Hamblin*.

En effet, qu'il s'agisse du Conseil d'Etat, par son rapport précité, ou bien ultérieurement, au contentieux⁴, mais également, du Conseil constitutionnel, à travers certaines de ses décisions, ou qu'il s'agisse encore d'autres sources du droit, à commencer par la loi, tous ont parfois inclus le droit souple au nombre des "normes"⁵. Ce terme symbolise le passage d'un état, sinon neutre, du moins inorganique aux yeux des juristes qui se contentent d'une définition du droit découlant de l'application d'une règle ou d'un principe obligatoire, liant le contentieux et opposable devant le juge, à celui de référence vouée à régir des comportements au sein de la société en son ensemble ou de groupes spécifiques en son sein en vue de faire respecter un ordre donné.

C'est à un tel stade que le droit souple paraît revêtu d'une certaine ambiguïté.

Tant qu'il ne concurrence pas les règles et principes, ayant leur place dans la hiérarchie des normes ou identifiées comme sources du droit, ce qui n'est pas lourd de même sens, mais qui y est parfois assimilé (LASSERRE-KIESOW, 2006, p. 2.279), les esprits enclins aux classifications sont satisfaits.

Dès lors, en revanche, que le droit souple peut être teinté de similitudes troublantes d'avec le droit pourvu d'une plus grande rigueur, les taxinomies paraissent devoir être refondues et les catégories découpées autrement.

Et l'on recherche alors les lignes de partage, à l'intérieur du droit souple et de ses nombreuses composantes, qui permettent d'isoler celles parmi ces dernières qui seraient moins flexibles que les autres, afin de faire de ces lignes de partage des critères opérants.

⁴ CE 21 mars 2016, n.° 368082, n.° 368083, n.° 368084 et n.° 390023 (deux affaires).

⁵ "Il y a identité de fonction entre le droit dur et le droit souple. Tous deux ont pour objet d'influencer le comportement de leur destinataire" (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2014).

Dans cette quête, l'analyste peut être tenté de s'attacher aux relations qu'entretiennent le droit souple et le droit "normatif", afin de dégager un ou plusieurs critères décisifs aptes à distinguer ceux des actes du droit souple les plus empreints de certaine roideur de ceux demeurant parfaitement élastiques.

Et de ce point de vue, interrogeant la nature de ces relations et en particulier, le rapport chronologique qui lie les actes relevant du droit souple des normes authentifiées comme telles, il est loisible de s'intéresser à la notion de "para-légalité" (DUBREUIL, 2013, p. 737), entendue comme regroupant les actes nés en marge de la légalité, du droit positif, afin de tenter de percevoir si elle pourrait, en droit, servir d'explication globale aux circonstances tenant à l'apparition et à la diffusion du droit dit souple.

Partant, une telle recherche conduit à se demander si le droit souple est subséquent aux règles pleinement identifiées ou bien s'il en constitue, à l'inverse, la préface.

Dans les deux cas, sa normativité potentielle peut brouiller ce que l'on sait de la hiérarchie des normes. A travers cette étude, c'est l'actualité de la loi, au sens le plus large du terme, de la norme, qui se trouve placée à la croisée de chemins dont certains paraissent escarpés, voire vertigineux.

En effet, à l'heure de l'émersion du droit souple, de la reconnaissance et de l'identification de ses diverses catégories, la loi connaît simultanément comme un déclin, dans sa solennité, mais aussi à travers son effectivité.

Cet état des choses conduit à se demander si des actes et instruments issus du droit souple pourraient ne pas engendrer, dans certains cas, une application plus stricte que celle provoquée par l'adoption de la loi, ce qui paraît paradoxal, à première approche. L'inversion des effets qu'une telle observation induit déconcerte les adeptes de la hiérarchie des normes et donne également une nouvelle

vigueur aux réflexions sur les sources du droit (BARRAUD, 2016; MELLERAY; COSTA; COMBEAU, 2019, p. 916-940).

Dans cette optique, nous nous proposons, dans un premier mouvement, d'inventorier la notion de "para-légalité", avant que, par un second volet, de mesurer les conséquences que les rapports mutuels entre les actes relevant de cette dernière et la loi ont sur les notions de "légalité" ou de "normativité".

1 LE DROIT SOUPLE, ENSEMBLE D'UNE "PARA-LEGALITE" HETEROGENE

La notion de "para-légalité" ne présente pas, par elle-même, davantage de précision que celle de "droit souple", laquelle est, on le sait, empruntée au droit international public (DUPUY, 1975, p. 132). Aussi n'est-il pas surprenant de constater que des actes, autant que des notions et standards juridiques plus flous en relèvent-ils également et dans les lignes qui suivent, les deux expressions seront employées indifféremment, nonobstant des approches différentes pouvant les sous-tendre.

1.A LES ACTES DE LA "PARA-LÉGALITÉ"

En droit administratif interne, quantité d'actes administratifs pourraient y ressortir: circulaires et instructions, lignes directrices, avis, recommandations, vœux, propositions, préconisations... Car même dépourvus, par principe, de portée décisive, ce qui les rend inopposables en soi et *a fortiori* devant le juge administratif, il suffit qu'ils contiennent des dispositions exécutoires pour qu'ils soient considérés comme liant le contentieux et comme ayant le caractère de décision administrative.

Et d'ailleurs, l'absence de formalisme du droit administratif se manifeste à travers le régime juridique de deux types d'actes:

les mises en demeure et les actes-type, à propos desquels une jurisprudence tout en nuances dessine un tableau en dégradés de leur nature juridique. Ainsi, le Conseil d'Etat assimile les mises en demeure à des actes préparatoires et par conséquent, ne leur reconnaît pas une portée décisive (CE 30 janvier 1987, *Département de la Moselle*, p. 23; CE 15 novembre 1995, *Commune de Franconville la Garenne*, Tables, p. 611); néanmoins, le refus d'une chambre régionale des comptes de mettre en demeure une commune afin qu'elle inscrive à son budget une dépense obligatoire est un acte décisive liant le contentieux (CE 23 mars 1984, *Organisme gestion écoles catholiques de Couëron*, p. 126).

Il s'agit là d'un rappel de leur régime juridique. Ce dernier est connu du spécialiste du droit administratif, l'état du droit devant le plus souvent ses évolutions aux inflexions que lui donne la jurisprudence. Cependant, si l'on s'intéresse au fonctionnement des services administratifs, l'on constate que des circulaires –dont les lointains ancêtres sont, en droit romain, les *mandates*, constitutions impériales adressées par l'empereur aux fonctionnaires et aux gouverneurs des provinces et dans l'Ancien droit, les lettres de sceau plaqué– ou des instructions peuvent tenir lieu de décisions, voire, d'actes "pseudo-légaux" en ce que les agents qui prennent des décisions dans un domaine déterminé ont la conviction de les prendre sur le fondement desdites circulaires et instructions et non en application et en vertu de lois ou de décrets.

Cette réalité de la vie administrative est assez bien connue. Elle s'accorde, au demeurant, avec le régime juridique de ces actes, auxquels, à l'instar des mises en demeure et des actes type précités, le juge administratif peut conférer le caractère de mesures "impératives"⁶, illégales, certes, mais eu égard à l'examen d'un contenu qui peut être normatif, même s'il ne devrait l'être. Et la consécration d'un régime général d'invocabilité (COMBEAU, 2019,

⁶ CE 18 décembre 2002, n.° 233618, *Duvignères*.

p. 927) des circulaires par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 accentue l'imprégnation de leur régime juridique par des raisonnements et des procédures de droit "dur".

Dans le même ordre d'idées, les lignes directrices précitées obéissent à un régime juridique hybride qui démontre leur situation à mi-chemin entre la décision pure et simple et l'acte dépourvu de portée normative⁷.

Et l'on comprend ainsi les hésitations du Conseil d'Etat à leur sujet, emblématiques des remises en cause auxquelles oblige le droit souple (COSTA, 2019, p. 922).

Prolongeant l'analyse, nous nous devons d'indiquer qu'en matière de contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, les vœux émis par les assemblées délibérantes de ces dernières peuvent être déférés au tribunal administratif par le représentant de l'Etat (CE 30 décembre 2009, n.° 308514, *Département du Gers*, mentionné aux Tables du Recueil Lebon), ce qui paraît, à première approche, antinomique avec leur caractère d'acte ne liant pas le contentieux.

Et nous soulignons qu'il est des avis ou des rapports, qui tout en ne cessant pas de présenter ce caractère et cette nature et de n'être considérés autrement par la juridiction administrative, inspirent amplement le texte de décisions prises après qu'ils ont été, respectivement émis et remis⁸. En droit, le schéma processuel d'élaboration de la décision administrative est respecté: traduisant la consultation d'une autorité, ils précèdent l'intervention de la décision, n'ont, par eux-mêmes, pas de portée contraignante et ne sont pas susceptibles de lier le contentieux. Pourtant, leur contenu peut être repris à la virgule près, par des décisions, qui, pour leur part, font grief et s'imposent aux administrés.

⁷ CE 19 septembre 2014, *M.A. et Association pour l'enseignement français à l'étranger*, n.° 364385.

⁸ Ainsi des rapports des installations classées remis par les directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement aux préfetures de département aux fins de l'édition d'un arrêté.

A propos de ces avis, il y a lieu de mentionner que lorsqu'ils les retranscrivent dans la rédaction des décisions qu'ils prennent, les fonctionnaires n'ont pas la conviction et la connaissance de ce qu'ils sont dépourvus de portée décisive; à l'inverse, ils sont fréquemment convaincus de ce que l'avis émis constitue la décision dont ils se contentent de s'inspirer.

A cet égard, les solutions dégagées par le Conseil d'Etat à propos de l'avis émis par une instance consultative qui doit en réalité être regardé comme la décision prise par l'autorité consultante, car cette dernière a repris à son compte les conclusions de l'avis sans toutefois adopter de décision formelle (CE 3 avril 1996, *Syndicat national des personnels administratifs ONF*, Tables, p. 1123, s'agissant du choix du Premier ministre de transférer un établissement public dans une autre ville après l'avis du comité interministériel d'aménagement du territoire, sans subordonner la réalisation effective de ce transfert à l'intervention effective d'une autre décision; CE 29 octobre 2013, n° 346569, *A*, au sujet de l'avis non conforme émis par le Conseil supérieur de la magistrature sur la nomination d'un magistrat du siège proposée par le ministre de la Justice, qui fait obstacle à ce que le président de la République prononce cette nomination et n'implique pas nécessairement qu'il prenne un décret pour en tirer les conséquences (cf. PAULIAT, 2017, p. 59) ou bien au sujet de recommandations (CE 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, n.° 334936), sont intéressantes.

S'agissant du rescrit fiscal, le pas a été franchi et d'acte du droit "souple", il est devenu une décision munie des effets juridiques qui s'y attachent (GIRARD, 2017, étude 8).

Assurément et dans un autre domaine, les accords conclus entre partenaires sociaux sur le plan national ont également leur place dans ces développements.

Et l'on songe ici, d'abord, aux "accords de Grenelle", qui, en réalité, se résumèrent à un protocole d'accord non signé par les parties (STARCK, 1970, Doctrine, I, p. 2.263), mais qui, pour autant, sont considérés comme présentant une force obligatoire. Ils furent appliqués, lors même qu'ils n'étaient pas signés par ceux les ayant négociés. Et cette application, cette exécution ne trouve pas son origine dans leur nature contractuelle; ce sont les sources du droit qu'il convient d'interroger afin d'en mieux saisir la raison (STARCK, 1970, Doctrine, I, p. 2.263). Avec leur étude, l'on se trouve confronté à des documents qui paraissent engager au moins autant les protagonistes, les acteurs intervenant dans leur champ que si leur contenu était extrait de textes de loi ou réglementaires.

Les inspirant et guidant leurs actions, ils apparaissent comme des sources aussi sûres que le droit écrit ayant une portée obligatoire.

Dans le même ordre d'idées, l'on peut interroger le statut des Accords Nationaux Interprofessionnels (A.N.I.)⁹. Et l'on peut se demander à leur sujet si, du fait de leur conclusion, ils doivent, non seulement, aiguillonner le Parlement, mais l'encadrer au point que celui-ci ne puisse franchir les limites qu'ils ont pu tracer. Fondés par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel: "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", ils ne doivent pas moins respecter la compétence de la loi prévue par l'article 34 de la Constitution, selon lequel: "La loi détermine les principes fondamentaux: [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale". Assurément, la compétence du Parlement est entière et ne saurait, en droit, être limitée par la conclusion de tels accords. Leur importance politique, syndicale, n'est pas en cause. Et eux-aussi peuvent venir inspirer

⁹ Voir, sur l'A.N.I. du 11 janvier 1973, le numéro 3 de la Revue du Droit du Travail qui lui est consacré et notamment, dans ce numéro: FREYSSINET, 2013, p. 156.

la rédaction de lois les transposant¹⁰. Pour autant, il paraît délicat et audacieux de soutenir qu'en droit, leur conclusion obligerait les parlementaires à écrire la loi rigoureusement selon leurs stipulations. Et cependant, telle était la position défendue par le Gouvernement de l'époque lors de l'adoption de la loi n.º 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi qui transposait, fidèlement et sans concession laissée aux parlementaires à cette fin, l'A.N.I. du 11 janvier 2013 cité en note n.º 19.

Et encore, en droit constitutionnel, l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 est un bon exemple de ces actes dont le statut interroge les juristes. Car si, depuis que le Conseil constitutionnel lui a conféré valeur constitutionnelle (CC décision n.º 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec., p. 116), le doute est levé, la question de savoir s'il était incorporé au "bloc de constitutionnalité" ou s'il n'était qu'un acte mentionné par la Constitution pour la cohérence et l'intelligibilité des dispositions de ses articles 76 et 77, insérés par la loi constitutionnelle n.º 98-610 du 20 juillet 1998, était entière depuis sa conclusion.

Dans cet intervalle, il ne faisait aucun doute qu'à tout le moins, il avait, non seulement inspiré les dispositions de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 précitée, mais avait imprégné et guidé la rédaction de la loi organique n.º 99-209 du 19 mars 1999 et de la loi n.º 99-210 du même jour. L'auteur de ces lignes peut attester de ce que l'accord de Nouméa était omniprésent lors de leur élaboration et que c'est bien, dans l'esprit de leurs rédacteurs, un rapport de conformité qui liait les dispositions futures de ces deux textes majeurs pour les vingt années suivantes audit accord. Et n'est-ce pas là, la manifestation de l'*opinio juris*, élément déterminant de l'existence de la coutume?

¹⁰ Cf. KELLER; LYON-CAEN (1992), qui expliquent qu'il en existe plusieurs sortes: les accords fondateurs, les accords pré-législatifs et les accords d'orientation.

Ce sentiment d'obligation de se conformer à l'accord de Nouméa ne pouvait être assimilé à celui découlant de la portée revêtue par les actes mentionnés par le préambule de la Constitution (Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 16 août 1789, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et Charte de l'environnement de 2004), car l'Accord de Nouméa est cité dans le dispositif même de la Constitution du 4 octobre 1958, ce qui rend malaisée l'analogie avec ces éléments du "bloc de constitutionnalité", tels que le Conseil constitutionnel les a dégagés. De surcroît, la circonstance tenant à ce que l'Accord de Nouméa de 1998 était récent, circonstance qui paraît s'opposer, à première approche, à la formation d'une coutume dans un laps de temps si rapproché, doit être examinée à la lueur des réflexions précitées d'un éminent auteur à propos des "Accords de Grenelle".

Mais il ne s'agit pas exclusivement d'actes. La "para-légalité" ne s'y limite pas.

1.B LES AUTRES MODALITES DE LA "PARA-LEGALITE"

Moins facilement appréhendables, l'on songe ici à la tradition républicaine, mais aussi aux adages, aux maximes, standards juridiques, toutes sources dont la normativité n'est pas avérée, mais que le juriste ne peut ignorer, puisqu'elles peuvent aboutir à la création d'une norme ou d'un principe ayant une portée obligatoire.

La tradition républicaine (VIMBERT, 1992; VIMBERT, 2014; SAINT-JAMES, 2015, p. 1.307) intéresse ici notre propos et l'illustre, tout comme les standards juridiques, ces "notions-cadres", parfois constitutifs d'objectifs de valeur constitutionnelle, au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, telle la "bonne administration de la justice" (ROBERT, 1995, p. 117; GABARDA, 2006, p. 153; APCHAIN, 2012, p. 587), "l'ordre public", les "diligences", "l'intérêt de l'enfant", "l'intérêt général", dessinent

des formules devenues si familières aux professionnels du droit qu'elles leur semblent contemporaines de son éclosion.

S'agissant de la tradition républicaine, pendant longtemps, il eût été difficile de la faire accéder à quelque degré de normativité, considérant l'obscurité dans laquelle elle demeurait aux yeux des juridictions et de la communauté des juristes.

Ainsi, la tradition consistant à afficher dans les mairies les portraits des présidents de la République ne repose sur aucun texte, pas plus que celle consistant à afficher, généralement dans le bureau du maire, le portrait du président en exercice (MARKUS, 2010, p. 2.347).

Il s'agit sans doute là de comportements conformes à une tradition républicaine qui n'est pas justiciable devant les juridictions administratives en cas d'attitude contraire de la part d'un maire. Dans une réponse à une question écrite d'un parlementaire, le Gouvernement y a vu une "coutume inspirée de la tradition républicaine"¹¹.

De même, une réponse du ministre du budget à la question écrite d'un parlementaire – question écrite n.º 2117 posée par M. Henri Caillavet, sénateur (J. O. Déb. Sénat, 21 mai 1981, p. 701) –, mentionne l'usage des services fiscaux de ne pas engager de contrôle fiscal pendant les campagnes électorales comme constitutif d'une tradition républicaine.

Pourtant, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à la hisser au rang de norme de référence à plusieurs reprises. Ce fut le cas par une décision du 13 mai 2005, n.º 279259, une autre rendue le 20 mai 2005, sous le n.º 277837, puis par un avis n.º 315499 du 16 février 2009, par lequel il se réfère aux "valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et par la tradition républicaine",

¹¹ Rép. min. n.º 20415: JO Sénat 16 févr. 2006, p. 436.

suivis d'une décision rendue en référé (CE ord. réf., n.º 374508, *ministre de l'intérieur c/ société les productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*). Et l'on se souvient que par un avis du 6 février 1953, il l'avait déjà prise en considération.

Des auteurs ont, par ailleurs, montré que la tradition républicaine n'était pas étrangère au processus de formation des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", dégagés par le Conseil constitutionnel. Monsieur Jean-Marie Woehrling voit de la sorte dans le respect du droit local de cultes, en Alsace et en Moselle, un "élément de la tradition républicaine" (WOERHLING, 2013, p. 532). Certain auteur ne voit en elle autre chose que la coutume constitutionnelle (MOUZET, 2009, p. 1.381).

Et si le Conseil constitutionnel, pour sa part, s'est toujours montré réticent à dégager de la tradition républicaine une norme de référence aux fins de son contrôle, il est symptomatique qu'il ait qualifié l'usage de légistique consistant à faire précéder les projets de loi d'un exposé des motifs de "tradition républicaine", consacrée par la loi organique (CC 9 avril 2009, n.º 2009-579 DC), rejoignant ainsi la position exprimée par le Conseil d'Etat (CE 20 mai 2005, n.º 277837 *Op. Cit.*).

Il y a lieu de relever que si la tradition républicaine devait être confondue avec la coutume constitutionnelle, elle serait alors revêtue d'une portée obligatoire, lors même qu'elle ne serait pas écrite, ce qui lui ferait quitter les sphères du "droit mou". Car, la coutume, bien que non explicitement reconnue par le Conseil constitutionnel sous la cinquième République, n'en n'est pas moins une source du droit et que ce soit sous ce vocable ou sous celui de "conventions de la Constitution" (AVRIL, 1997), elle ne saurait être méconnue de tout analyste des institutions françaises actuelles.

Dans un domaine autre, bien que contigu, celui du droit des collectivités territoriales, doit-on signaler que c'est à une coutume

qu'il revient d'avoir imposé le droit d'amendement des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales (MATUTANO, 2020, p. 47).

Ce droit, analogue à celui dont disposent les parlementaires en vertu de l'article 44 de la Constitution du 4 octobre 1958, n'est encore, de nos jours, prévu par aucune disposition du code général des collectivités territoriales ou aucun texte de portée générale non codifié et ses limites résultent des règlements intérieurs des assemblées des collectivités territoriales sous le contrôle du juge administratif. Pourtant, il n'en n'est pas moins certain. Et de son exercice, qui découle du pouvoir de délibérer (CAA Paris 12 févr. 1998, *Tavernier*, AJDA 1998, p.724, concl. Lambert; CAA Nancy 4 juin 1998, *Ville de Metz c/ Jean-Louis Masson*, AJDA 1998, p. 941), la jurisprudence a dégagé le pouvoir de déposer des sous-amendements, à l'image de ce que prévoit le droit parlementaire, lorsque des amendements sont examinés (CAA Paris, 12 février 1998, *Tavernier*, *Op. Cit.*).

Le droit des collectivités territoriales offre également l'exemple du procès-verbal des séances des conseils municipaux, dont l'existence et dont le contenu sont le fruit d'usages apparus en marge du code des communes, puis du code général des collectivités territoriales (JANICOT, 2003, p. 1.724).

Et encore, en droit de la fonction publique, les singularités des statuts des fonctionnaires parlementaires trouvent-elles leurs sources dans une tradition paraissant remonter aux débuts de la Révolution et qui serait inhérente à la séparation des pouvoirs, ainsi qu'aux implications, en gestion, de l'autonomie de la ou des chambres représentant la population (JEANNARD, 2011, p. 995).

Les adages juridiques ont aussi leur part dans ce champ si vaste. S'ils ne sont sources du droit (DEUMIER; MAGNON, 2014, p. 3), ils inspirent principes, coutumes et même règles écrites

(HOEPFFNER; KLEIN, 2014, p. 201), de sorte qu'ils ne puissent être ignorés des spécialistes de la norme¹².

Même si le droit public y est moins réceptif (cf. DEUMIER; MAGNON, 2014, p. 3; PLESSIX, 2014, p. 14), il n'en n'est pas exempt, non seulement dans l'appréciation du fond du droit, mais également à travers les méthodes de raisonnement suivies par le juge (BONNET; ROBLOT-TROIZIER, 2014, p. 29).

L'on songe ainsi à un adage, commun au droit privé et au droit public, en vigueur devant les juridictions de l'ordre judiciaire comme auprès de celles de l'ordre administratif et selon lequel "l'avocat doit être cru sur sa robe". Cet adage a été pris en compte par la jurisprudence et à ce titre, mérite attention (CE Sect., avis, 29 novembre 1991, *Syndicat des commerçants non sédentaires de la Savoie*, n° 129441, p. 414).

Et un autre adage, dont l'invocation ne faiblit pas, peut être mentionné, celui selon lequel "l'Etat est son propre assureur".

Qualifié d'adage (BELRHALI-BERNARD, 2014, p. 1.806), de maxime (PERREAU, 1932, p. 981), de principe (BAHOUGNE, 2014, note n.º 1) ou de règle (FRANC-VALLUET, 1978, note n.º 1), à laquelle même aucune portée juridique n'est consentie (POLI, 1993, p. 271), si l'on le fait remonter à une "décision" du ministre des finances en date du 23 septembre 1889 (cf. *supra*), toutefois, certain auteur trouve son origine dans une circulaire du ministre de l'intérieur aux préfets du 14 juillet 1820 (BAHOUGNE, 2014). Et si nous avons placé le terme "décision" entre guillemets, à propos de l'acte du ministre des finances du 23 septembre 1889, c'est en raison de ce que le même auteur mentionne une "instruction" et non une "décision".

¹² Ils ont été illustrés avec talent dans un ouvrage aussi beau que remarquable: LAINGUI, 2005.

Or, en droit administratif, le régime juridique de l'instruction s'apparente de près à celui d'une circulaire et circulaires et instructions appartiennent bien, ensemble, à la "soft law".

Aussi, cette formule, énoncée, aujourd'hui par les fonctionnaires, comme une véritable "règle", trouve, en toute hypothèse, sa source dans le droit "mou" et la doctrine s'interroge toujours sur sa valeur exacte en droit (CLAMENS, 2000, p. 767). Sa force est telle que la loi seule est de nature à y déroger.

Sans prétendre aucunement à l'exhaustivité, l'on se contente d'évoquer également l'adage "*Pacta sunt servanda*", coutume de droit international général, s'agissant de la force obligatoire revêtue par les traités internationaux, codifiée à l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 portant codification du droit des traités et devenue une norme constitutionnelle française par le biais du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Avec "*Pacta sunt servanda*", toutes les branches du droit sont intéressées, mais sa qualification comme sa valeur juridiques dépendent du contexte dans lequel il est invoqué. Adage (THIBIERGE-GUELFUCCI, 1997, p. 357; CHAZAL¹³, 2001, p. 265; ANTIPPAS, 2017, p. 43) principe (PUIG, 2001, p. 749), maxime (ROWAN, 2004, p. 209) ou règle (FORRAY, 2007, p. 661; BERG, 2006, p. 53), pour se limiter à sa réception en droit civil interne, il imprègne les traités et les contrats et soumet ceux-ci, comme les autorités ou les personnes ayant la charge de les exécuter à sa rigueur.

2 LES RAPPORTS ENTRETENUS ENTRE "PARA-LEGALITE" ET DROIT "NORMATIF"

La question n'est pas tant de savoir si des fragments de la "para-légalité" deviennent applicables, exécutoires, obligatoires et opposables, parce qu'ils sont justiciables du juge administratif, par

¹³ qui en rappelle l'origine canonique.

exemple et viennent grossir les rangs des actes susceptibles de lier le contentieux devant ce juge.

Et au demeurant, l'examen non exhaustif, auquel nous nous sommes livré *supra*, démontre bien que les éléments de la "para-légalité" ne se résument pas, il s'en faut, à la sphère du droit administratif.

Et tant que des éléments issus et produits par cette "para-légalité" ne sont pas énoncés par un texte législatif ou réglementaire, il faut bien s'accommoder de leur présence et les situer dans l'ordonnancement juridique.

Cela ne doit pas, nous semble-t-il, se résumer à leur assigner, une fois pour toutes et à eux ensemble, appréhendés globalement, un rang précis dans la hiérarchie des normes. Car ce qui dérange les juristes est double: d'une part, ne pas pouvoir les situer dans une catégorie ayant une valeur, un rang donnés et d'autre part, ne pas même être certains de leur influence, de leur puissance, autrement dit, de leur portée juridique précise sur les actes normatifs.

2.A L'IMPRÉCISION DU RANG DE LA "PARA-LÉGALITÉ" DANS LA HIÉRARCHIE DES NORMES: UNE MOINDRE GÊNE?

Il convient de se demander si l'impossibilité qu'il y a à assigner un rang précis dans la hiérarchie des normes à cette "para-légalité" constitutive du droit souple serait à ce point déconcertante.

Et assurément, il ne faut pas tirer de ce constat d'ensemble une règle d'interprétation inversée constitutive d'un syllogisme selon laquelle, par exemple, les circulaires prévaudraient sur les décrets et les lois.

Toute la construction de notre édifice juridique repose sur la légalité et c'est bien en raison de ce qu'elles ne créent pas de règles de droit que les circulaires ne sont pas des actes de droit "dur".

De ce point de vue, il n'y a pas lieu d'insister davantage. Ce qui est plus troublant et partant, qui intéresse l'objet de cette étude, réside, pour demeurer dans l'exemple des circulaires interprétatives, dans la manière dont les agents publics en font usage afin de rédiger et d'édicter des décisions administratives individuelles, c'est-à-dire, des actes ayant, en droit une portée décisive, qualité qui n'est pas reconnue aux dites circulaires.

Les agents publics, fréquemment, dans un tel cas de figure, tiennent la circulaire pour la "norme" et la décision en train d'être ébauchée n'est esquissée que selon le modèle issu des termes de la circulaire. La portée obligatoire de la décision, paraît découler directement de la circulaire, même s'il s'agirait d'une erreur de droit que de le considérer ainsi.

Si l'équivoque est possible, c'est en raison de ce que la circulaire est utilisée comme une règle à suivre: c'est à l'aune de ce qu'elle préconise, paraît proscrire ou de ses silences qu'une décision sera instruite de telle ou telle manière et dotée d'un contenu, son dispositif, particulier.

C'est cette caractéristique que nous avons précédemment soulignée à propos d'un acte tout différent, l'Accord de Nouméa, qui, avant même d'avoir été constitutionnalisé, était appréhendé, lu, compris comme commandant, contraignant l'élaboration d'actes aussi éminents dans la hiérarchie des normes qu'une loi organique et une loi ordinaire.

La para-légalité est toute entière soumise au droit "dur". Elle ne saurait lui être contraire et devrait, en ce cas, céder devant lui.

Toutefois, ce raisonnement logique, doit trouver des accommodements en tenant compte de l'influence morale que peuvent avoir les particules de la para-légalité, auxquelles la légalité n'a pas, dans tous les cas, assigné une valeur et une portée juridiques particulières.

Il est de surcroît des cas où le temps aidant, la croyance dans une valeur juridique certaine d'un échantillon de la "para-légalité" induit des réactions en chaîne: de cette maxime, tirée d'une simple lettre circulaire d'un ministre à ses agents et selon laquelle "l'Etat est son propre assureur", le Gouvernement conclut dans la nécessité de recourir à la loi pour y "déroger" et lorsqu'elle est affirmée, elle n'autorise l'émission d'aucun argument qui lui soit contraire. C'est bien elle et non une disposition du code de justice administrative ou quelque autre texte, qui est invoquée aux fins de justifier pourquoi l'Etat n'a pas recours au ministère d'un avocat au contentieux.

Ce qui est impressionnant dans ce type d'exemple réside dans le fait que le droit "souple" ne se contente pas d'influencer, il s'applique directement, sans la médiation d'un acte de droit "dur". Il n'est pas "repris", "incorporé" dans un instrument de droit contraignant; il agit, par lui-même.

Les incertitudes qui ne manquent pas de naître de ces questionnements ne paraissent pas, à l'examen, trop inquiétantes.

Lorsque la question de l'opposabilité des éléments constitutifs, si divers, de la "para-légalité", se pose, l'autorité qui doit se prononcer à ce sujet, qu'il s'agisse d'un juge ou du Conseil constitutionnel, voire du Gouvernement, en réponse à des questions de parlementaires, statue. Les mystères se dissipent; les éléments en cause participent, soit du droit "mou", soit du droit "dur". Ils sont revêtus de caractéristiques intelligibles pour les juristes.

Il semble qu'il n'y ait, souvent, d'autre moyen, de vérifier ou de découvrir la nature juridique profonde d'un composant de la "para-légalité".

Car, fréquemment, la source de ce composant est devenue incertaine, les dénominations diverses à propos d'un seul et même en témoignent: "règle", "principe", "adage", "maxime", etc. Et cela peut-être dû, d'ailleurs, dans certains cas, à ce que son contenu

matériel ait été incorporé par plusieurs types de sources. Il en est alors résulté un élément dont la croyance dans la force obligatoire est élevée, sinon indubitable, sans que soit identifiée précisément sa nature.

“*Pacta sunt servanda*” est un parfait exemple de cela. Sa reconnaissance dans plusieurs branches du droit (droit international, droit de l’Union européenne, droit civil, droit administratif), l’usage qui en est fait par juridictions et autorités intervenant dans leur champ de compétence respectif, contribuent à lui conférer plusieurs dénominations, voire qualifications juridiques, lui assignant conséquemment une place et un rang distincts selon le contexte de son utilisation.

Un autre adage, bien connu en droit public: “L’ouvrage public mal planté ne se détruit pas” a ainsi cessé d’inspirer la jurisprudence des juridictions administratives (CE Sect., 19 avril 1991, *Ep. Denard*, *Ep. Martin*).

Et l’on sait qu’il existe des engagements de volonté qui ne sont pas destinés à produire des effets de droit (GHESTIN, 1990, p. 147).

En outre, à rebours, peut-être de la tendance générale observée ces dernières années et dont a rendu compte la jurisprudence administrative, la Cour de cassation a rendu un arrêt par lequel, sans se prononcer sur la valeur juridique d’une recommandation de bonne pratique émise par la Haute autorité de santé et l’Agence nationale de l’évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux, a été jugé qu’un tel acte ne saurait fonder le refus d’attribution de prestations sociales en s’appuyant sur des considérations étrangères aux conditions d’octroi prévues par la loi, ni ajouter de telles conditions à celles limitativement fixées par la loi (Cass. Civ. 2^{ème}, 8 novembre 2018, n.º 17-19.556) (TIBERGHIE, 2019, p. 702).

L'existence du droit "mou", para-légal, ne constituerait donc pas un obstacle au bon fonctionnement du système juridique dans son ensemble, dont l'élément nucléaire serait constitué par le "droit dur", "normatif".

Et apparaît-il également comme un écho lointain, non seulement, à Rome, aux différences marquées entre *ius* et *lex*, mais aux différents types de *lex* (MAGDELAIN, 2009; CORIAT, 1997, cf. Première Partie, chapitre I, Section 2, p. 71-113).

Plus dérangeante pourrait être l'idée selon laquelle ce droit influencerait et conséquemment, prévaudrait sur les éléments de ce dernier.

2.B LE RISQUE DE PRÉVALENCE DE LA PARA-LÉGALITÉ SUR LE DROIT "DUR": FANTASME OU RÉALITÉ?

Si la question mérite d'être soulevée, c'est en premier lieu, en raison de ce que la "para-légalité" ne s'inscrivant pas dans la hiérarchie des normes et ses éléments n'étant pas, au demeurant, toujours, par eux-mêmes, justiciables, leur portée oscillerait entre pure influence et quasi-norme.

Dans les deux cas de figure, l'auteur de la norme, d'un acte de droit écrit ou le contributeur d'une règle coutumière, serviraient cette "para-légalité" et le produit de leur propre intervention pourrait de la sorte en être considéré comme dérivé.

Et il y aurait assurément quelque élément source de perturbation à reconnaître dans des éléments, de surcroît disparates et hétérogènes, qui ne s'inscrivent pas dans la hiérarchie des normes, un pouvoir d'influence, une force produisant des effets jusqu'à dicter le sens d'une règle ou d'une pratique.

De ce point de vue, le régime juridique des circulaires et instructions administratives, précédemment évoqué, présente au

moins des garanties. Si les fonctionnaires sont nombreux à appliquer ces textes non normatifs à l'image des normes elles-mêmes, le juge administratif, saisi d'un litige où elles sont invoquées devant lui, précise qu'elles ne sauraient modifier l'ordonnancement juridique et qu'elles ne peuvent, sauf à être illégales, être revêtus d'un caractère "impératif".

Le garde-fou réside dans la position des juridictions, lesquelles rétablissent l'ordre lorsque celui-ci est malmené. Et par l'action de la jurisprudence, les pratiques des fonctionnaires, même constantes, tendant à considérer circulaires et instructions comme des "lois" véritables et n'hésitant pas, le cas échéant, à en faire prévaloir la lettre sur celle de dispositions législatives ou réglementaires, sont qualifiées d'illégalités et par là-même, renvoyées dans ce champ. L'inférence existe, mais elle est fautive, constitutive d'une illégalité de la part de l'administration et il revient aux juridictions de rétablir les données subséquentes aux liens entre actes normatifs et circulaires en faisant prévaloir actes et principes relevant de la légalité.

Mais, au sein du vaste domaine balayé *supra*, il est des cas plus difficiles, caractérisés par une forme d'*autorictas* concédée à des éléments "para-légaux" qui inspirent fortement la légalité jusqu'à leur imprimer un contenu précis et ce, sans que le pouvoir juridictionnel puisse en circonscrire la portée.

Ainsi peut-on se demander quelle est la source d'inspiration d'une "règle" en vertu de laquelle les décisions relatives à l'administration du personnel – du Conseil économique, social et environnemental -sont prises au nom du bureau et sur proposition du secrétaire général par le président de l'institution, ainsi que le prévoit l'article 23 *bis* alinéa 2 de l'ordonnance n.º 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social.

En l'occurrence, il ne paraît guère possible d'invoquer l'autonomie parlementaire, principe dont les sources remonteraient à

l'Assemblée constituante de 1789, puisque ledit Conseil économique, social et environnemental, assemblée consultative instituée par le titre XI de la Constitution du 4 octobre 1958, n'est pas une chambre parlementaire.

Non seulement, il ne s'agit pas d'un "quatrième pouvoir", ce qui permettrait une analogie avec les assemblées parlementaires ou avec les juridictions de l'ordre judiciaire, mais la nécessaire indépendance dont est revêtue cette assemblée ne suffit pas à expliquer cette situation. Tout comme n'y suffit la circonstance tenant à ce que l'assemblée en question soit mentionnée par la Constitution.

De surcroît, faut-il ajouter que d'autres autorités dont l'indépendance est requise et qui sont mentionnées par la Constitution (le Conseil d'Etat, la Cour des comptes, le Défenseur des droits, le Conseil supérieur de la magistrature) n'en sont pas moins servies par des agents soumis au statut général des fonctionnaires de l'Etat et il est loisible de relever que dans les juridictions –y compris les juridictions judiciaires s'agissant de ceux de leurs agents n'ayant pas la qualité de magistrat– des fonctionnaires de l'Etat relevant du statut général exercent également leurs fonctions.

Et l'on ne poursuivra que quelque peu plus avant la comparaison en soulignant que les agents titulaires qui peuvent exercer leurs fonctions dans les services des autorités administratives indépendantes –autres que le Défenseur des droits précité– sont des fonctionnaires soumis au droit commun.

La raison d'être de ce particularisme dans le droit de la fonction publique paraît difficilement décelable et ses fondements sont incertains, sinon à invoquer le mimétisme vis-à-vis des assemblées du Parlement, nonobstant la différence de nature entre ces dernières et le Conseil économique, social et environnemental.

Dans une matière fort différente, il est loisible de s'interroger sur le "statut" et le rang de ce principe de législation bien connu des

spécialistes du droit des Outre-mer, qu'est la spécialité législative.

Avant qu'il ne soit consacré par l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958, il pouvait bien être mentionné dans les statuts de certaines collectivités territoriales ultra-marines, pour autant, sa raison d'être se confondait avec une tradition issue de l'Ancien régime. Ainsi, dans la deuxième moitié du XVII^e siècle, de nombreuses ordonnances royales avaient été prises concernant les colonies, qui venaient déroger aux édits royaux, notamment ceux de mai et d'août 1664 lesquels prescrivait aux juges, particulièrement des Indes occidentales et orientales, de se conformer à la coutume de la prévôté et vicomté de Paris. Au siècle suivant, le roi, par lettres royales des 26 octobre 1744 et 9 octobre 1746, fit défense aux Conseils souverains d'enregistrer ses décisions générales ou individuelles sans un ordre spécial de sa part ou de la part du secrétaire d'État à la Marine, qui était chargé des colonies; puis, l'ordonnance du 18 mars 1766 formula clairement le principe de la spécialité législative en disposant que "Sa Majesté défend aux Gouverneurs, Intendants et Conseils supérieurs d'exécuter et faire ou souffrir exécuter aucune expédition du Sceau ou du Conseil", principe dont les juridictions suprêmes de chaque ordre de juridiction, ainsi que le juge des conflits, ont, toujours, assuré le maintien.

Peu importe, d'ailleurs, que son champ d'application *ratione loci* ait changé et soit amené à évoluer, en fonction des novations des statuts des collectivités territoriales ultramarines. Ce "principe", antérieur à la République et qui a été expressément énoncé par des textes constitutionnels adoptés par des régimes monarchiques (MICLO, 1982): article 8 du titre VII de la Constitution du 3 septembre 1791; article 73 de la Charte du 4 juin 1814; article 64 de la Charte du 14 août 1830; article 27 de la Constitution du 14 janvier 1852, paraît avoir été contredit par l'article 6 de la Constitution du 22 août 1795, cependant que l'article 109 de la Constitution du 4 novembre 1848 le maintenait à titre provisoire et que l'article 74 de

la Constitution de la quatrième République du 27 octobre 1946 ne le reprenait pas¹⁴, n'en pénètre pas moins le droit "dur", la Constitution comprise, de sorte qu'il paraisse consubstantiel à l'organisation de l'Etat elle-même, en tout cas, tant que l'Etat comportera des possessions ultra-marines.

Et dans ce même ordre d'idées, mentionnera-t-on le principe dit de "continuité territoriale", consacré par la loi n.º 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer et aujourd'hui codifié à l'article L.1803-1 du code des transports, principe dont le statut et les origines étaient assez peu connus avant cette consécration et qui n'en imprégnait pas moins les politiques publiques et dans une certaine mesure, l'application des textes dans les Outre-mer (GRARD, 2018, p. 97). Dans la pratique, ce principe, qui n'était pas revêtu de la qualité de "principe général du droit" par les juridictions administratives et dont la valeur constitutionnelle avait été déniée par le Conseil constitutionnel (GRARD, 2018, p. 97; RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2003, p. 389), guidait l'action du ministère chargé de l'outre-mer et avait une valeur de repère, de ligne de conduite.

A travers ces trois exemples, ce qui est édifiant réside, non dans le caractère incertain de l'origine du principe ou de la règle, mais dans l'autorité dont ils semblent revêtus, de sorte qu'ils en viennent à guider le législateur, voire le constituant et à leur assigner de suivre leurs préceptes.

La "para-légalité" produit ses effets les plus impressionnants en droit lorsque ses manifestations ont une incidence directe, commandent même, la teneur d'une règle, l'énoncé d'un principe.

Cela outrepassa le simple magistère d'influence, dont certains actes de droit "souple" peuvent être revêtus.

¹⁴ L'article 73 de la Constitution du 27 octobre 1946 consacrait pourtant son pendant, le principe de l'identité législative.

Ainsi de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, résolution de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, qui a la nature d'une recommandation en droit international et à ce titre, ne présente pas de caractère obligatoire et contraignant pour les Etats¹⁵, mais qui a influencé des conventions internationales (telle la convention américaine relative aux droits de l'homme adoptée le 2 novembre 1969 ou les Pactes internationaux de New-York du 16 décembre 1966, respectivement relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits civils et politiques), voire des actes de droit interne, comme la Constitution du Costa Rica du 7 novembre 1949.

Si l'influence de la Déclaration sur des traités internationaux et des actes de droit interne de certains Etats est sûre, en droit positif, les règles issues de ces instruments sont celles expressément prévues par les traités et les actes de droit interne en question.

Ce n'est pas la même configuration que celle en vertu de laquelle, c'est la "règle", le "précepte", qui s'applique en tant que tel, guide une interprétation du droit sans médiatisation d'un texte ou d'un principe général faisant écran.

Et partant, la "para-légalité" s'écarte du schéma décrit par le Conseil d'Etat dans son rapport pour 2013 sur le droit "souple". S'essayant à en donner une définition, le rapport du Conseil d'Etat a dégagé trois critères. Il a ainsi relevé, premier critère, que les instruments du droit "souple" ont pour fin d'orienter ou de modifier les comportements, sans pour autant, deuxième critère, créer de droits et d'obligations et troisième critère, tout en présentant un certain degré de structuration et de formalisation (cf. Rapport, *Op. Cit.* note n.º 6, p. 63).

¹⁵ Cf. Cass.crim., 6 octobre 1983, JCP.1983.II.20107, arrêt rendu dans l'affaire *Barbie* et par lequel la Cour de cassation se réfèra à ce texte, mais en ce que son contenu se fût enraciné dans la pratique internationale et fût, alors, constitutif de normes coutumières, position qui corrobore celle de la Cour internationale de Justice (CIJ, 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Rec., p. 3).

Si l'on confronte cette définition à la présentation matérielle et formelle des éléments de la para-légalité, lesquels ne sont pas tous, nous l'avons examiné, écrits, nombre d'instruments, que le Conseil d'Etat inclut pourtant lui-même dans le droit "souple" (la "tradition républicaine", par exemple, en page 59 du rapport précité) lui paraissent étrangers.

Aussi semble-t-il préférable d'adopter cette définition du droit "souple", livrée par un éminent président de section du Conseil d'Etat, M. Guy Braibant, lequel faisait observer, à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, dont il fut un des principaux concepteurs, acte de droit "souple" jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du traité de Lisbonne du 7 décembre 2007: "que l'essentiel [...] ce n'est pas [...] qu'il entre dans les textes, mais dans les têtes" (BRAIBANT, 2001, cité par le rapport du Conseil d'Etat pour 2013, p. 98).

Et tel est le sens de ce que l'on veut démontrer. La "para-légalité" peut, dans certains cas, tirer son autorité, non de la valeur et de l'opposabilité de l'instrument qui la véhicule, mais de la force de son contenu.

Les précédents constitués par les "Accords de Grenelle", non conclus et qui en droit, peuvent être analysés comme de simples documents préparatoires, paraissent à ce titre illustratifs.

L'Accord de Nouméa, également, tout comme les A.N.I., dont la conclusion aboutit, nous l'avons précédemment relevé, à faire d'eux des concurrents de la loi, plaçant même le législateur dans une position subordonnée sans qu'aucune disposition constitutionnelle ne l'ait prévue.

En conclusion, la "para-légalité", dont les formes sont très diverses et qui ne se limitent, ni à la sphère du droit international

public, non plus qu'à celle des domaines professionnels régis par des instances dotées d'un pouvoir de "régulation", mais qui englobe des instruments et des notions plus anciens en droit interne, paraît entourer le champ du droit "dur" de toutes parts.

Au regard du droit "normatif", elle ne se contente pas de présenter un caractère subsidiaire ou accessoire. Elle n'est pas que supplétive, ce qui serait déjà lui reconnaître un rôle certain, familier des publicistes, à travers les "principes généraux du droit" (JEANNEAU, 1954).

Ce qui est plus complexe réside dans la multiplicité de ses effets, lesquels sont eux-mêmes la résultante de la diversité de ses raisons d'être.

Créée parfois de par la loi, elle peut apparaître en marge de celle-ci et peut même lui préexister, plaçant ainsi la loi dans une position quasi-subordonnée, non pas au regard de l'évaluation qu'implique le strict respect de la hiérarchie des normes, mais de par le sentiment d'obligation à l'appliquer qu'elle paraît entraîner.

Sans doute est-elle, quels que soient les domaines de son intervention, la nécessaire émanation de la pratique et également des courants de pensée qui traversent la société à un moment donné.

La pratique entretient un mouvement dialectique avec le droit "dur", jusqu'à, parfois, venir le tutoyer et s'y agréger, cependant que les courants de pensée, d'opinion, nourrissent les normes et dans certaines hypothèses ultimes, se confondent avec ces dernières.

Les avatars de la "Constitution Grévy"¹⁶ paraissent ainsi avoir de beaux jours devant eux.

¹⁶ Expression servant à décrire le fonctionnement du régime français de la troisième République tel qu'il résulta du discours adressé au Sénat par le Président de la République français nouvellement élu, Jules Grévy, le 6 février 1879 et selon lequel il ne s'opposerait pas à la volonté nationale, renonçant ainsi au droit de dissolution des Chambres et à quelque intervention dans la formation des gouvernements.

BIBLIOGRAPHIE

ANTIPPAS, Jeremy. Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2017.

APCHAIN, Hélène. Retour sur la notion de bonne administration de la justice. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2012.

AVRIL, Pierre. **Les conventions de la constitution**. Paris: P.U.F., 1997 (*Collection Léviathan*)

BAHOUGNE, Louis. Le principe selon lequel "L'Etat est son propre assureur". In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 6, p. 1.167-1.177, 2014.

BARRAUD, Boris. Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit. In: **Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif**, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, v. 4, n.º 164, p. 1.499-1.535, 2017.

BELRHALI-BERNARD, Hafida. Pour une étude des réalités de la responsabilité administrative. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2014.

BERG, Oliver. L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2006.

BONNET, Julien; ROBLLOT-TROIZIER, Agnès. Les adages et le temps. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 2014.

BRAIBANT, Guy. **La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**. Paris: Seuil, 2001. (*Collection Points*).

CHAZAL, Jean-Pascal. De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2001.

CLAMENS, Stéphanie. Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, p. 767-772, octobre 2000.

COMBEAU, Pascal. Le statut de la circulaire administrative fait peau neuve. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n.º 16, p. 927, 6 mai 2019.

CORIAT, Jean-Pierre. **Le prince législateur, la technique législative des sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat**. Rome: Ecole française de Rome, 1997.

COSTA, Delphine. Les ombres portées des lignes directrices. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n.º 16, p. 922, 6 mai 2019.

DEUMIER, Pascale; MAGNON, Xavier. Les adages en droit public. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2014.

DUBREUIL, Charles-André. La para-légalité administrative. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 4, p. 737-740, juillet-août 2013.

DUPUY, René-Jean. Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la soft law: l'élaboration du droit international. In: SFDI (Société Française pour le Droit International), "L'élaboration du droit international public". Colloque de Toulouse, Paris, Pedone, 1975.

- DUTHEILLET DE LAMOTHE, Louis; ODINET, Guillaume. Un recours souple pour le droit souple. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2016.
- FORRAY, Vincent. Le consensualisme dans la théorie générale du contrat. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2007.
- FRANC-VALLUET, François-Pierre. De la règle "L'Etat est son propre assureur". In: **Revue Générale des Assurances Terrestres**, Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 4, 1978.
- FREYSSINET, Jacques. Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle? In: **Revue du Droit du Travail**, Paris, Ed. Dalloz, numéro 3, 3 mars 2013.
- GABARDA, Olivier. L'intérêt d'une bonne administration de la justice. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Wentworth, tome cent vingt deux, n.º 1, janvier-février 2006.
- GHESTIN, Jacques. La notion de contrat. In: **Recueil Dalloz**, Paris, Ed. Dalloz, v. 0, ed. 12, jan. 1990.
- GIRARD, Anne-Laure. Le rescrit fiscal et la théorie de l'acte administratif unilatéral. In: **Droit Administratif**, Paris, Ed. LexisNexis, n.º 5, p. 17-22, mai 2017.
- GRARD, Loïc. La continuité territoriale entre l'Hexagone et les Outre-mer. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2018.
- HOEPFFNER, Hélène; KLEIN, Julie. Les adages communs au droit public et au droit privé. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 5, 2014.

JANICOT, Laetitia. Le droit des élus municipaux à voir leurs interventions mentionnées au procès-verbal. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 32, p. 1.724 e seq., 2003.

JEANNARD, Sébastien. Les mutations du droit de la fonction publique parlementaire. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 5, septembre-octobre 2011.

JEANNEAU, Benoît. **Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative**. Paris: Sirey, 1954.

KELLER, Marianne; LYON-CAEN, Gérard. Sources du droit du travail. In: **Répertoire de Droit du Travail**, Paris, Ed. Dalloz, Dalloz, janvier 1992.

LAINGUI, André. **Adages et maximes du droit**. Paris: LexisNexis, 2005.

LASSERRE-KIESOW, Valérie. L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit. In: **Recueil Dalloz**, Paris, Ed. Dalloz, n. 33/7.262, p. 2.279-2.287, 28 septembre 2006.

LAVERGNE, Benjamin. **Recherche sur la soft law en droit public français**. Toulouse: Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2013.

MAGDELAIN, André. La loi à Rome, histoire d'un concept. In: **Les Belles Lettres**, Paris, 2009. (*Collection Etudes Anciennes*).

MARKUS, J-P. Affaire du portrait de Pétain affiché en mairie: entre tradition républicaine et neutralité des services publics. In: **La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales**, Paris, Ed. LexisNexis , n.º 47, 22 novembre 2010.

MATUTANO, Edwin. La nature juridique du droit d'amendement

des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales. In: **Revue Juridique, Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie**, v. 2, n.º 36, 2020.

MELLERAY, Fabrice. Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n. 4, juillet-août 2016.

MELLERAY, Fabrice; COSTA, Delphine; COMBEAU, Pascal. Les petites sources du droit administratif. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, n.º 16, p. 916-940, 6 mai 2019.

MICLO, François. **Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'Unité de la République**. Paris: Economica 1982.

MOUZET, Pierre. La désuétude en droit constitutionnel. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 5, p. 1.381-1.399, 2009.

PAULIAT, Hélène. La contribution du droit souple au désordre normatif. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Wentworth, tome cent trent trois, n.º 1, janvier 2017.

PERREAU, E-H. De la maxime "L'Etat est son propre assureur". In: **Revue Générale des Assurances Terrestres**, Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932.

PLESSIX, Benoît. Les adages propres au droit public. In: **Revue Française de Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2014.

POLI, Jean-François. Garantie de l'Etat et expositions temporaires. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 1993.

PUIG, Pascal. Hiérarchie des normes: du système au principe. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2001.

RÉPUBLIQUE FRAÇAISE. Conceil Constitutionnel. Décision 2003-474, **DC JORF 167** du 17 juillet 2003.

RÉPUBLIQUE FRAÇAISE. Conseil d'Etat. **Etude annuelle 2013: le droit souple**. Paris: Conseil d'Etat / La Documentation Française, 2014.

ROBERT, Jacques. La bonne administration de la justice. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 20 juin 1995.

ROWAN, Solène. Remedies for breach of contract: a comparative analysis of the protection of performance. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2004.

SAINT-JAMES, Virginie. La "tradition républicaine" dans la jurisprudence de droit public. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Wentworth, tome cent trent un, n.º 5, 2015.

STARCK, Boris. A propos des "accords de Grenelle": réflexions sur une source informelle du droit. In: **La Semaine Juridique: edition générale**, 1970.

TIBERGHIEEN, Frédéric. Une recommandation d'une autorité administrative indépendante n'est pas la loi. In: **AJDA - L'Actualité Juridique Droit Administratif**, Paris, Ed. Dalloz, 2019.

THIBIERGE, Catherine. Le droit souple: réflexions sur les textures du droit. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 2003.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. Libres propos sur la transformation du droit des contrats. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Ed. Dalloz, 1997.

VIMBERT, Christophe. **La jurisprudence française et la "tradition républicaine"**. Paris: L'Harmattan, 2014.

VIMBERT, Christophe. **La tradition républicaine en droit public français**. Havre: Presses universitaires de Rouen et du Havre / Paris: LGDJ, 1992.

WOERHLING, Jean-Marie. Le droit local alsacien-mosellan des cultes après les récentes décisions du Conseil constitutionnel. In: **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**, Paris, Ed. Wentworth, n. 3, p. 533-565, mai-juin 2013.

Recebido em: 22-6-2021
Aprovado em: 26-3-2022