




Les circulaires impératives sont des actes faisant grief


Note sous Conseil d'Etat, Section, 18 décembre 2002, *M<sup>me</sup> Duvignères* 


Jacques Petit, Professeur à l'Université de Rennes I

L'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères*  (1) remédie à la crise que traversait, depuis au moins une quinzaine d'années, la distinction des circulaires réglementaires et des circulaires interprétatives, consacrée par l'arrêt *Institution Notre-Dame du Kreisker*  (2). Il abandonne cette distinction, comme critère de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, préférant établir cette dernière sur un fondement relativement nouveau, la force impérative de la circulaire. Cette innovation majeure est l'objet du présent commentaire, qui n'insistera donc pas sur l'autre point de l'arrêt envisagé, relatif au principe d'égalité.

Ce dernier est, néanmoins, à l'origine de l'affaire.

La loi du 10 juillet 1991 subordonne l'attribution de l'aide juridictionnelle à une condition de ressources. Elle s'est donc préoccupée de déterminer les revenus qui doivent être pris en compte à cet effet. Son article 5 exclut des gains à considérer « a) les prestations familiales, b) certaines prestations à objet spécialisé selon des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat ». L'article 2 du décret du 19 décembre 1991, pris sur le fondement de cette disposition, précise cette exclusion, en indiquant qu'elle porte sur « les prestations familiales énumérées à l'article L. 511-1 du code de la sécurité sociale » - c'est la confirmation de la loi - « ainsi que sur les prestations sociales à objet spécialisé énumérées à l'article 8 du décret du 12 décembre 1988 » - c'est l'utilisation de la liberté d'appréciation laissée au pouvoir réglementaire par le législateur.

L'usage ainsi fait de cette liberté a prêté à contestation en tant qu'il comporte une différence de traitement injuste. L'article L. 511-1, précité, mentionne l'allocation de logement familiale, mais non l'aide personnalisée au logement instituée par l'article L. 351-1 du code de la construction et de l'habitation. Cette dernière ne figure pas davantage dans l'article 8 du décret du 12 décembre 1988. L'article 2 du décret du 19 décembre 1991 implique donc nécessairement que cette aide, à la différence de l'allocation de logement familiale, doit être comptabilisée dans les ressources permettant d'apprécier le droit au bénéfice de l'aide juridictionnelle. C'est bien la conséquence qu'en a tirée le garde des Sceaux dans une circulaire du 26 mars 1997 commentant le droit applicable en la matière, à destination des autorités chargées de le mettre en oeuvre, comme le font ordinairement  (3) les ministres et autres chefs de service à l'intention des agents placés sous leur autorité.

Après avoir essuyé un refus d'aide juridictionnelle, en raison du montant de ses revenus, aide personnalisée au logement comprise - ce qui suffisait à établir son intérêt à agir, implicitement admis par le Conseil d'Etat - *M<sup>me</sup> Duvignères* s'est résolue à contester la conformité au principe d'égalité de cet état du droit. Il n'était pas question d'attaquer directement le décret du 19 décembre 1991, à l'égard duquel le délai de recours avait évidemment expiré depuis longtemps. Mais la jurisprudence *Alitalia*  (4) reconnaît à tout intéressé le droit de demander, à n'importe quelle époque, l'abrogation d'un règlement illégal. *M<sup>me</sup> Duvignères* a usé de ce droit pour solliciter du garde des Sceaux l'abrogation du décret du 19 décembre 1991 et de la circulaire du 26 mars 1997, dans la mesure de leur contrariété au principe d'égalité, c'est-à-dire, selon la formule de l'arrêt, « en tant que ces deux textes n'excluent pas l'aide personnalisée au logement des ressources à prendre en compte pour

l'appréciation du droit des intéressés au bénéfice de l'aide juridictionnelle ».

Adressée au garde des Sceaux, cette demande était assurément bien dirigée en ce qui concerne la circulaire, l'auteur d'un acte étant, en vertu du principe du parallélisme des compétences, compétent pour l'abroger. Ce principe comporte que, relativement au décret, édicté par le Premier ministre, M<sup>me</sup> Duvignères avait été moins bien inspirée. Mais le Conseil d'Etat a interprété la demande de la requérante comme tendant à ce que le ministre de la Justice propose au chef du gouvernement l'abrogation du décret. Par ailleurs, le parallélisme des compétences ne joue pas dans le cas du refus de prendre une décision. Par exemple, alors que, comme en l'espèce, « la compétence pour prendre la décision appartient au Premier ministre, le ministre intéressé pourra en refuser l'édition » (5).

Le garde des Sceaux ayant rejeté sa demande, par une décision du 23 février 2001, M<sup>me</sup> Duvignères a attaqué cette dernière devant le Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir.

En statuant au fond, la Haute juridiction a implicitement admis que ce recours relevait de sa compétence directe. Rien d'étonnant à cela : les recours contre les actes réglementaires des ministres entrent dans cette compétence (6) et le refus d'abroger un acte réglementaire comme celui de provoquer l'édition d'un décret réglementaire, s'analyse en un acte ministériel également réglementaire (7).

Compétent en premier et dernier ressort, le Conseil d'Etat avait deux questions juridiques à résoudre.

La première était de savoir si la différence de traitement contenue dans l'article 2 du décret du 19 décembre 1991, dont l'arrêt commence par établir l'existence, méconnaissait le principe d'égalité. Après avoir rappelé la portée de celui-ci, le juge donne une réponse nuancée à cette question. Dans son principe, la différence litigieuse résulte de la loi. Comme telle et lors même que le principe d'égalité a valeur constitutionnelle, elle ne saurait être discutée devant le juge administratif, incompétent pour apprécier la constitutionnalité de la loi : la solution est classique. En revanche, l'ampleur de la différence de traitement - exclusion totale de l'allocation de logement familiale des ressources à prendre en considération et, inversement, inclusion dans ces dernières de l'intégralité du montant de l'aide personnalisée au logement - est jugée « manifestement disproportionnée par rapport aux différences de situation séparant les demandeurs d'aide juridictionnelle suivant qu'ils sont titulaires de l'une ou l'autre de ces prestations » ; le refus d'abroger, sur ce point, le décret du 19 décembre 1991 est donc illégal et annulé. Cette exigence d'un équilibre raisonnable entre la différence de situation et la différence avait été explicitée par l'arrêt *Villemain* (8). La décision commentée la conforte, en la mentionnant dans le motif général, par ailleurs traditionnel, qui définit la portée du principe d'égalité.

La deuxième question posée au Conseil d'Etat, la plus délicate, portait sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre la circulaire du 26 mars 1997.

Pour en juger, l'arrêt, dans un motif de principe rédigé sur le mode didactique qui convient à une décision innovatoire, commence par redéfinir les conditions de recevabilité de ce recours contre, en bref, les dispositions générales des circulaires : ou bien celles-ci sont impératives et elles font grief, ou bien elles ne le sont pas et elles ne font pas grief. En l'espèce, la disposition litigieuse a été jugée impérative.

Le Conseil d'Etat détermine, ensuite, les conditions auxquelles le recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre des dispositions impératives des circulaires « doit être accueilli », c'est-à-dire jugé bien fondé. Il s'agit, en d'autres termes, de préciser les cas dans lesquels lesdites dispositions devront être considérées comme illégales. La circulaire tombant dans l'un de ces cas - réitération d'une règle (celle impliquée par le décret), contraire à une norme supérieure (le principe d'égalité) -, le refus de l'abroger a été jugé illégal et annulé. Au-delà de cette solution, la définition des illégalités susceptibles d'affecter les dispositions impératives des circulaires révèle le maintien de la distinction entre circulaire réglementaire et circulaire

interprétative en dehors de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

L'adoption du caractère impératif de la circulaire comme critère de recevabilité du recours pour excès de pouvoir

Cette innovation est la résultante d'une évolution complexe, dont l'analyse est nécessaire à son intelligence. Trois étapes principales peuvent être distinguées. La manière même dont la distinction des circulaires interprétatives et des circulaires réglementaires a été conçue et appliquée par le juge a conduit ce dernier à souhaiter contrôler la légalité des premières, au moins quand elles sont impératives, sans pour autant leur reconnaître un caractère réglementaire. A cette fin, il a commencé par faire de la légalité de la circulaire impérative un critère de son caractère interprétatif. L'illogisme de cette conception l'a déterminé à admettre ouvertement que toute circulaire impérative est un acte faisant grief susceptible de recours, quand bien même elle serait purement interprétative.

La distinction entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire

Comme M. J.-C. Douence l'a bien montré<sup>(9)</sup>, l'application aux circulaires de la théorie générale des actes administratifs a constamment été gênée par les règles de compétence en matière de pouvoir réglementaire. Ces dernières ont contraint le juge administratif à adopter des solutions propres aux circulaires et restrictives des possibilités de recours.

Les circulaires ou instructions étant d'abord destinées aux agents des services, on comprend que la première orientation de la jurisprudence a été de considérer tout acte revêtant cette forme comme une mesure d'ordre intérieur, tout au plus attaquable et invocable par ceux qu'elles visent, les fonctionnaires<sup>(10)</sup>.

Cette position n'était pas tenable, parce qu'elle ne correspond pas à la réalité. Les circulaires sont adressées aux fonctionnaires pour qu'ils les appliquent, notamment, pour celles qui commentent le droit en vigueur, dans leurs relations avec les administrés. Elles peuvent donc retentir sur ces derniers.

Cette donnée a conduit le juge à modifier ses vues, même si l'idée d'ordre intérieur n'a jamais cessé de jouer un certain rôle en la matière. Il a entrepris d'analyser le contenu des instructions pour déterminer si leurs dispositions pouvaient être reconnues comme des décisions administratives susceptibles de recours pour excès de pouvoir ou, en d'autres termes, comme des actes faisant grief. Après des tâtonnements complexes, cette analyse matérielle a conduit à la distinction entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire, que l'arrêt *Institution Notre-Dame du Kreisker* a stabilisée.

La teneur en est bien connue. Comme sa dénomination le suggère, la circulaire interprétative se borne à interpréter les textes en vigueur, sans y ajouter. Elle ne modifie donc pas les droits et les obligations des personnes, tels qu'ils résultent des règles qu'elle commente. Ainsi dépourvue d'effets de droit propres, elle n'est pas une décision susceptible de recours ; elle n'est pas davantage opposable aux sujets de droit, ni invocable par eux. Au contraire, la circulaire réglementaire, loin de se limiter à expliciter le droit existant, y ajoute en édictant des règles nouvelles. Elle modifie donc les droits et les obligations des sujets de droit. Pourvue d'effets de droit propres, elle est une décision et, plus précisément, en raison de sa généralité, un règlement. Comme tout règlement, celui qui est ainsi édicté en forme de circulaire est tout ensemble attaquable par la voie du recours pour excès de pouvoir, opposable à ses destinataires et invocable par eux.

Le critère de cette distinction - l'édition d'une règle nouvelle - comporte logiquement deux aspects. Pour qu'une disposition d'une instruction soit réglementaire, il faut d'abord, qu'elle constitue une véritable règle juridique, c'est-à-dire une disposition pourvue d'une force obligatoire, dont l'autorité administrative a entendu imposer le respect à ses subordonnés et, par leur intermédiaire, aux administrés. Le commentaire d'un texte peut y ajouter, mais si cette addition n'est que l'expression d'une opinion, elle ne constitue évidemment pas une règle. Sont, dès lors, rangées dans la catégorie des circulaires interprétatives toutes celles

qui, lors même qu'elles apportent du nouveau par rapport aux textes en vigueur, le font à titre purement indicatif, sous la forme, par exemple, de recommandations ou d'invitations<sup>11</sup>. L'idée de nouveauté joue, ensuite, à l'intérieur des prescriptions impératives : celles qui ajoutent à l'ordre juridique existant sont décisives ; celles qui, pour être impératives, contiennent seulement une interprétation ne le sont pas.

A première vue, cette distinction s'accorde avec les critères généraux de la décision administrative ou de l'acte faisant grief. Ces deux notions, qui sont à peu près équivalentes, correspondent, au fond, à l'idée traditionnelle de l'acte juridique : une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. La manière d'exprimer et de préciser ces effets peut ensuite varier, selon diverses inspirations doctrinales : acte modifiant ou, plus généralement, affectant l'ordonnement juridique, ce qui évoque Duguit ; acte normatif, ce qui évoque, évidemment, l'école normativiste.

Mais, en réalité, l'opposition entre circulaire réglementaire et circulaire interprétative repose sur une application des critères de l'acte faisant grief qui est à la fois très restrictive et propre aux circulaires.

Cette distinction postule, en effet, que l'interprétation ne modifie pas l'ordre juridique parce qu'elle n'est aucunement créatrice d'une norme nouvelle. Ce postulat ne correspond pas à la réalité. Assurément, l'interprétation ne crée pas une règle absolument nouvelle, c'est-à-dire indépendante de toute règle préexistante. Mais, préciser le sens et la portée d'une norme c'est nécessairement lui ajouter quelque chose. Pour en juger autrement, il faut admettre la conception selon laquelle une règle aurait un seul sens, déjà présent en elle, et que l'interprétation se bornerait à révéler. Or, comme l'écrit justement M. J.-J. Bienvenu<sup>12</sup>, « en dehors de cas exceptionnels », cette conception « relève de la pure spéculation ». En réalité, une règle comporte toujours plusieurs sens possibles et le choix de l'un d'eux est nécessairement un acte de volonté créateur de droit. L'interprétation crée donc une norme relativement nouvelle, qui a pour objet de préciser le contenu d'une norme déjà existante.

Au demeurant, en dehors des circulaires, la vertu créatrice de l'interprétation est parfaitement admise par le juge administratif. Comme M. Braibant l'a remarquablement montré<sup>13</sup>, une jurisprudence constante admet que le pouvoir réglementaire d'exécution de la loi est compétent « pour préciser, clarifier, expliciter les dispositions d'un texte législatif », bref, pour interpréter la loi. Il va de soi que les dispositions interprétatives édictées par de tels décrets sont regardées comme réglementaires.

Ainsi, au point de vue de leur contenu, il n'y a, en réalité, aucune différence entre les dispositions contenues dans les circulaires qui interprètent, de manière impérative, les règles en vigueur et les prescriptions que l'on trouve communément dans des règlements d'application.

La conclusion s'impose d'elle-même : « l'application complète de la théorie générale des actes administratifs [aurait dû] logiquement conduire la jurisprudence à reconnaître aux circulaires interprétatives une nature et un régime comparable à ceux d'un règlement d'application »<sup>14</sup>.

Mais le juge s'y est refusé pour des raisons de compétence : la plupart des autorités qui édictent des circulaires, à commencer par les ministres, étant dépourvues de pouvoir réglementaire, cette solution l'affronterait à une alternative dont les deux termes sont également inadmissibles : prononcer des annulations massives ou modifier les règles d'attribution du pouvoir réglementaire.

De manière générale, ce motif a conduit le juge administratif à adopter une conception très restrictive de la circulaire réglementaire et, corrélativement, très extensive de la circulaire interprétative.

Le résultat de cette politique jurisprudentielle est fort simple : les circulaires interprétatives sont l'instrument d'un pouvoir réglementaire d'application de fait dont l'exercice est soustrait

au contrôle juridictionnel de la légalité, en raison de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Le juge administratif a longtemps considéré que cette irrecevabilité n'était pas dommageable. En effet, le recours contre les décisions faisant application d'un texte permet aux intéressés de faire censurer une interprétation erronée ou illégale de ce texte sur le terrain de l'erreur de droit.

Cet argument restrictif des possibilités de recours est, de nouveau, propre aux circulaires. Il revient pratiquement à dire que la possibilité de contester la légalité de l'interprétation, par voie d'exception, justifie l'irrecevabilité du recours direct. C'est, en somme, une application de l'exception de recours parallèle, mais qui ne correspond plus du tout aux solutions généralement admises par la jurisprudence. Chacun sait que le recours direct et l'exception d'illégalité ne permettent pas d'obtenir des résultats équivalents, la seconde laissant subsister l'acte dont le premier permet la disparition rétroactive. C'est bien pourquoi, depuis fort longtemps, la jurisprudence n'interdit plus d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre un règlement au motif que la légalité de ce dernier pourrait être examinée, par voie d'exception, à l'occasion d'un recours de plein contentieux dirigée contre les décisions individuelles qui en font application (15).

En outre, la recevabilité du recours permet de trancher, en amont, la question de la légalité des interprétations administratives et, par là même, d'éviter le développement du contentieux que ne peuvent manquer de susciter les décisions reposant sur une interprétation illégale.

Comme le dénote la présentation de ce dernier argument par certains commissaires du gouvernement (16), le juge administratif a fini par être sensible aux inconvénients de sa politique jurisprudentielle. Dès lors, il a cherché une manière d'établir un contrôle de légalité direct sur les circulaires donnant une interprétation impérative du droit, sans pour autant, règles de compétence obligent, leur reconnaître une nature réglementaire. Le premier moyen trouvé a consisté à faire de la légalité de la circulaire un critère de son caractère interprétatif.

La légalité, critère du caractère interprétatif d'une circulaire impérative

L'adoption de ce critère résulte d'une exploitation des ressources qu'offre la notion de règle nouvelle, d'innovation par rapport au droit existant. L'idée est la suivante. Une interprétation exacte, donc légale, d'un texte ne lui ajoute rien, puisqu'elle lui fait dire ce qu'il signifie déjà. Une interprétation inexacte, donc illégale, d'un texte en modifie le sens et donc innove. Bien entendu, cette construction repose sur la fiction relevée plus haut, d'après laquelle une règle aurait un seul sens, virtuellement présent dans son sein, et que l'interprétation du juge révélerait. Avec une telle conception, en effet, toute autre interprétation que celle du juge n'est plus une interprétation, mais une modification.

Concrètement, saisi d'une interprétation administrative, le juge commencera par vérifier si elle est bonne, c'est-à-dire conforme à sa propre interprétation. Si oui, il s'agit vraiment d'une interprétation, contre laquelle le recours est irrecevable. Sinon, l'acte prétendument interprétatif est illégal donc innovatoire et réglementaire. Recevable, le recours est *ipso facto* fondé, même si l'auteur de l'acte détient un pouvoir réglementaire, le fond de l'interprétation adoptée étant, par hypothèse, illégal.

Ponctuellement pratiquée depuis longtemps (17), cette méthode est devenue assez systématique à partir de 1987 (18). Elle a été explicitée, à propos d'une interprétation émanant d'une autorité administrative indépendante, par l'arrêt *IFOP* (19) qui, dans un motif de principe énonce, notamment, que « l'interprétation donnée par l'autorité administrative des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en oeuvre, au moyen de dispositions impératives à caractère général, n'est susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir que si et dans la mesure où ladite interprétation méconnaît le sens et la portée des prescriptions législatives ou réglementaires qu'elle se propose d'expliciter ». La même formule, ou peu s'en faut, a été reprise, à propos des circulaires, par l'arrêt *Villemain* (20).

On le voit, ce qu'on peut appeler le critère de la légalité, s'est introduit sous le couvert du critère de l'innovation (21). Mais une division s'est produite dans la jurisprudence quand on s'est aperçu que ces deux critères ne coïncidaient pas nécessairement.

A la vérité, une première discordance n'a pas soulevé de difficulté. Une circulaire peut très bien créer des règles nouvelles qui ne sont contraires à aucun texte en en vigueur. Elle est alors innovatoire mais, quant à son contenu, légale. Il serait absurde de la juger interprétative pour ce dernier motif. La jurisprudence *IFOP-Villemain* obligeait donc à distinguer deux sortes de circulaires réglementaires : celles qui posent une règle nouvelle et celles qui énoncent une interprétation illégale, assimilable à une telle règle.

Mais une discordance inverse se présente quand une circulaire rappelle ou interprète fidèlement une disposition illégale, telle qu'un règlement contraire à une loi ou à un principe général du droit - comme en l'espèce - ou une loi incompatible avec une convention internationale. Une telle circulaire est évidemment illégale. Mais cette illégalité n'est pas analysable en une innovation puisqu'elle provient d'une norme déjà existante.

Il faut alors choisir entre les deux critères. La jurisprudence s'est d'abord divisée. Certains arrêts, fidèles au critère de l'innovation, ont estimé que « la circonstance qu'un texte interprété par une circulaire serait illégal n'est pas de nature à conférer à la circulaire en cause un caractère réglementaire » (22). D'autres, optant, en réalité, pour le critère de la légalité, ont admis qu'une telle circulaire est susceptible de recours, en continuant d'ailleurs, à faire illogiquement reposer cette solution sur la nature réglementaire de l'acte. C'est cette position qu'exprime la deuxième partie du motif de principe de l'arrêt *IFOP*, d'après laquelle une interprétation impérative peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir quand elle « contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ». Les arrêts *Meyer* (23), en ce qui concerne les interprétations adoptées par les autorités administratives indépendantes et *Villemain*, en matière de circulaire ont finalement fait prévaloir cette seconde solution.

Il était difficilement évitable qu'il en fût ainsi, dès lors que le juge avait entrepris de contrôler la légalité des interprétations administratives. Une fois engagé dans cette voie, en effet, il est impossible, comme l'a justement souligné M<sup>me</sup> Fombeur (24), de rester « au milieu du gué ». En d'autres termes, ou bien il est vrai qu'il faut contrôler la légalité des interprétations administratives impératives et cela doit alors être admis dans tous les cas, pour toutes sortes d'illégalités. Ou bien il n'est pas vrai qu'un tel contrôle soit nécessaire et il ne faut jamais l'exercer.

Mais, en rendant ainsi évident le fait que c'est l'illégalité, même si celle illégalité n'est pas logiquement assimilable à une innovation, qui justifie la recevabilité du recours, la jurisprudence n'a fait que manifester, davantage encore, combien cette manière de raisonner est juridiquement peu satisfaisante.

Il est évidemment bizarre que le juge contrôle la légalité d'actes - les circulaires interprétatives impératives - dont il continue à affirmer, par ailleurs, ne pouvoir être saisi. Cette bizarrerie s'explique par un illogisme, relevé par tous les commentateurs : le juge déduit la recevabilité du recours contre un acte interprétatif de son illégalité, c'est-à-dire du bien-fondé du recours (25).

Dans ces conditions, il était, sans conteste, plus simple d'admettre ouvertement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires qui donnent une interprétation impérative du droit en vigueur.

Encore fallait-il le faire, règles de compétence obligent toujours, sans se rendre à la réalité du caractère réglementaire de telles circulaires. Le juge en a trouvé le moyen dans le critère de l'impérativité.

La circulaire impérative, acte faisant grief

Selon l'arrêt commenté, même purement interprétative, non modificative, une circulaire est

un acte faisant grief, susceptible de recours, dès lors qu'elle est impérative. La règle ainsi posée comporte, on le voit, deux aspects. Négativement, elle dissocie le caractère d'acte faisant grief d'une circulaire de son caractère modificatif, abandonnant, par là même, la distinction entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire comme critère de recevabilité du recours. Positivement, elle associe le caractère d'acte faisant grief d'une circulaire à son caractère impératif, érigeant par là même la distinction entre circulaire impérative et circulaire indicative en critère de la recevabilité du recours. Il devient donc décisif de s'interroger sur les critères de l'impérativité.

La dissociation du caractère d'acte faisant grief et du caractère modificatif d'une circulaire  
Le but du juge, on l'a vu, était d'attribuer aux circulaires interprétatives impératives la qualité de décisions susceptibles de recours pour excès de pouvoir, sans reconnaître qu'elles modifient l'ordonnement juridique - ce qui reviendrait à en faire des règlements. Or, logiquement, le seul moyen d'atteindre cet objectif est d'admettre qu'une circulaire peut être décisive, faire grief, sans pour autant modifier l'ordonnement juridique. C'est ce que le Conseil d'Etat a accepté, suivant en cela la proposition de son commissaire du gouvernement (26).

Comme ce dernier le soulignait, la dissociation ainsi réalisée entre le caractère modificatif d'un acte et son caractère de décision ou d'acte faisant grief, loin d'être une innovation absolue, s'inscrit dans une jurisprudence assez fournie. Cette dernière est d'ailleurs, à cet égard, plus ou moins radicale. Deux cas doivent être distingués, sans que l'on sache avec certitude auquel des deux il convient de rattacher la solution de l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères*.

En premier lieu, de manière générale, pour qu'un acte soit décisive ou fasse grief, il n'est pas nécessaire qu'il modifie l'ordonnement juridique. Il suffit, selon la formule de M. P. Delvolvé (27), qu'il l'affecte. Or, comme l'écrit cet auteur, « un acte peut affecter l'ordonnement juridique de deux manières : en le modifiant... par la création de droits et obligations supplémentaires ; ... par une prise de position sur l'ordonnement existant... sans pour autant y ajouter ou y retrancher » (28). Il est remarquable que, fidèle à l'idée - fautive - que l'interprétation n'est pas créatrice de droit, une partie de la doctrine (29), suivie par M<sup>me</sup> Fombeur (30), range dans cette seconde catégorie, les décrets interprétatifs dont il a été question plus haut. Dès lors, comme certains l'avaient, au demeurant, suggéré (31), il est tout naturel d'adopter la même solution pour les circulaires interprétatives. On peut estimer que c'est ce que le Conseil d'Etat a fait.

Mais la jurisprudence administrative adopte parfois une dissociation encore plus radicale entre la modification de l'ordonnement juridique et la qualité, sinon de décision, du moins d'acte faisant grief. C'est alors que ces deux concepts peuvent se séparer, celui d'acte faisant grief apparaissant plus large que celui de décision. Il ne faut pas perdre de vue que l'idée de grief est une idée essentiellement contentieuse, qui ouvre le recours pour excès de pouvoir. Dès lors, le juge décèle parfois un grief dans des actes qu'il lui paraît utile de contrôler, en raison de leurs conséquences dommageables de fait et alors même qu'ils ne comportent aucun effet de droit, qu'il s'agisse de modifier l'ordonnement juridique ou de l'affecter. La plupart des actes cités par le commissaire du gouvernement à l'appui de sa démonstration illustrent cette tendance jurisprudentielle. Il semble que la solution adoptée par l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères* s'y rattache également. Il est significatif, à cet égard, que le Conseil d'Etat prenne soin d'éviter le terme décision. La formule dont il use - les dispositions impératives des circulaires « doivent être regardées comme faisant grief » - évoque même un effort d'assimilation à une catégorie à laquelle les actes en cause seraient normalement étrangers. Certes, le choix de qualification d'acte faisant grief, de préférence à celle de décision, est indifférent du point de vue de la recevabilité du recours. Mais ce choix permet de minorer la portée juridique des interprétations administratives et, par là, de prévenir tout rapprochement intempestif entre circulaire interprétative impérative et circulaire réglementaire.

Quoi qu'il en soit, pour affecter l'ordonnement juridique ou faire grief, une circulaire, qu'elle soit modificative ou interprétative, doit être impérative.

L'association du caractère d'acte faisant grief d'une circulaire et de son caractère impératif  
Le lien ainsi établi comporte deux propositions corrélatives, nettement énoncées par le motif de principe de l'arrêt considéré.

En premier lieu, quand elles ne sont pas impératives et parce qu'elles ne le sont pas, les interprétations administratives et les dispositions des circulaires ne font pas grief. Peu importe alors leur contenu et, notamment, le bien-fondé de l'interprétation adoptée. Voilà qui va de soi : un acte que son auteur ne pourvoit d'aucune force obligatoire ne saurait produire d'effets de droit ni même avoir d'incidence pratique ; il ne peut être une décision, ni un acte faisant grief, aussi largement que soient conçues ces notions. Voilà qui, aussi, n'est pas nouveau : dans l'état antérieur du droit, on l'a vu, l'impérativité d'une circulaire était déjà une condition nécessaire, quoique non suffisante, de sa qualité d'acte faisant grief.

En second lieu, quand elles sont impératives et parce qu'elles le sont, les interprétations administratives et les dispositions des circulaires « doivent être regardées comme faisant grief ».

Cela est évident quand la disposition impérative crée une règle nouvelle : elle est alors un règlement. Sur ce point encore, l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères* n'innove pas.

La solution est, par contre, nouvelle en ce qui concerne les circulaires interprétatives. Elle est parfaitement fondée. Impérative, l'interprétation adoptée par le chef de service s'impose aux agents hiérarchiquement subordonnés qui sont juridiquement tenus de s'y conformer. Ces agents prendront donc cette interprétation comme fondement de leur décisions. De ce fait, cette interprétation comportera sur les administrés, sinon des effets de droit, du moins une incidence de fait. Ainsi, elle doit être considérée sinon comme une décision, du moins comme un acte faisant grief.

Ce raisonnement n'est pas sans conséquence sur les critères de l'impérativité.

Les critères de l'impérativité

A quoi peut-on reconnaître qu'une disposition d'une circulaire est ou n'est pas impérative ? Si la question n'est pas nouvelle, la réponse demeure malaisée, car le juge, en la matière, est particulièrement avare d'explications.

La jurisprudence antérieure à la décision commentée se borne, le plus souvent, à affirmer la valeur impérative ou, au contraire, indicative des dispositions attaquées, sans exposer l'analyse dont ces qualifications procèdent.

L'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères*, comme la plupart de ceux qui l'ont suivi, ne sont guère plus diserts. L'un rejette le recours au fond « sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité » (32) ; d'autres admettent implicitement le caractère impératif d'une circulaire en statuant sur le bien-fondé du recours dirigé contre elle (33) ou en la qualifiant de réglementaire (34) ; les derniers se bornent à affirmer que des dispositions sont ou non impératives (35).

Quelques indications peuvent néanmoins être données.

En se référant au caractère impératif des « dispositions [...] d'une circulaire », l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères* implique que l'analyse doit, sur ce point, comme sur la nature réglementaire des instructions, s'effectuer disposition par disposition. Il en va d'ailleurs nécessairement ainsi pour tout critère relatif au fond des actes. Une circulaire peut donc juxtaposer des prescriptions impératives et d'autres qui ne le sont pas (36).

Le critère de la distinction entre circulaire réglementaire et circulaire interprétative est essentiellement objectif, qui repose sur une comparaison entre le contenu de l'acte et celui de l'ordre juridique existant. Celui de la distinction entre circulaire impérative et circulaire indicative est, tout au contraire, essentiellement subjectif : il s'agit de déterminer si l'autorité



administrative a voulu créer des droits et des obligations ou imposer une interprétation. Comme le note justement M<sup>me</sup> Fombeur, cela exclut d'emblée « toutes les dispositions des 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 » (37).

Le fondement de la qualité d'acte faisant grief des circulaires interprétatives impératives conditionne logiquement la définition et les critères de leur force impérative. Ce fondement réside, on l'a vu, dans le fait que l'interprétation sert de base aux décisions des agents administratifs. Il faut donc considérer comme impérative l'interprétation que son auteur entend imposer « en vue de l'édition de décisions » (38).

Plusieurs conséquences s'ensuivent. En premier lieu, « les commentaires de textes ou de jurisprudence qui sont par eux-mêmes dépourvus d'incidence sur le sens des décisions que l'administration devra prendre » ne sauraient être regardés comme impératifs. En deuxième lieu, comme dans l'état antérieur du droit (39), il conviendra d'avoir égard au fait que la circulaire laisse une plus ou moins grande liberté d'appréciation à ses destinataires. Enfin, la même logique implique de considérer si la circulaire intéresse une matière dans laquelle les agents auxquels elle s'adresse sont investis d'un pouvoir de décision (40).

Il semble, enfin, tout naturel de scruter les termes utilisés, le ton plus ou moins impérieux du texte analysé. De fait, certains arrêts s'y réfèrent (41). Mais ce critère est fragile : « dans le style administratif, l'invitation peut être la forme polie d'un ordre ou la forme pressante d'une recommandation » (42). Une décision récente (43) en atteste, qui juge impérative la disposition d'une note de service relative à l'établissement d'un tableau d'avancement énonçant, de manière assez peu autoritaire, qu'il « conviendra d'examiner en priorité » certaines candidatures.

On a le sentiment, toutefois, que la mise en oeuvre du critère de l'impérativité offrira moins de difficultés que celle du critère la nouveauté, qui continue, selon l'arrêt considéré, à fonder la distinction entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire.

Le maintien de la distinction entre les circulaires interprétatives et les circulaires réglementaires en dehors de la recevabilité pour excès de pouvoir

Les circulaires impératives et interprétatives sont des décisions ou, à tout le moins, des actes faisant grief, parce qu'elles sont impératives ; mais, malgré la généralité de leurs dispositions, elles ne sont pas des règlements, parce qu'elles sont interprétatives. En d'autres termes, l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères* maintient bien, à l'intérieur du genre des circulaires impératives, la division classique entre deux espèces : les circulaires qui, édictant une règle nouvelle, ne sont autre chose qu'un règlement habillé en instruction ; celles qui, se bornant à interpréter le droit en vigueur, ne sauraient être qualifiées de règlements. Sans doute, cette distinction n'a plus d'incidence sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Mais elle comporte d'autres conséquences. La décision commentée en indique une, relative à la définition des conditions de légalité des dispositions impératives édictées par une circulaire. Elle en implique d'autres, qui touchent à l'opposabilité et à l'invocabilité des mêmes dispositions, ainsi qu'à l'obligation de les abroger ou de les édicter.

La définition des conditions de légalité des circulaires impératives

Bien que trois cas y soient distingués, cette définition repose sur une alternative binaire : ou bien les dispositions de la circulaire « fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle », ce qui signifie qu'elles sont réglementaires ; ou bien elles se bornent à donner une interprétation du droit existant, de sorte que l'on est en présence d'une circulaire interprétative.

Selon l'arrêt commenté, qui continue, à cet égard, la jurisprudence antérieure, les circulaires réglementaires peuvent être illégaux dans deux cas.

Le premier est celui où « la règle nouvelle » qu'elles édictent est « entachée d'incompétence

», parce que leur auteur est dépourvu de pouvoir réglementaire. C'est, on le sait, la situation la plus fréquente (44). Il est d'ailleurs utile, sur le plan contentieux, d'identifier ce vice d'incompétence car il présente un caractère d'ordre public.

Le second cas est celui où les dispositions réglementaires de la circulaire « compétemment prises », sont néanmoins « illégales pour d'autres motifs ».

Compétemment prises, les dispositions litigieuses le sont dans la mesure où leur auteur dispose d'un pouvoir réglementaire. Pour prendre l'exemple des ministres, il en sera ainsi, soit quand un texte les a habilités à édicter des règles, soit quand ils ont agi en qualité de chef de service, sur le fondement de la jurisprudence *Jamart* (45).

Les autres motifs d'illégalité que l'incompétence peuvent consister dans tous les types d'illégalités dont n'importe quel règlement peut-être affecté, tels que la contrariété aux normes qui lui sont supérieures. Ce vice peut également affecter les circulaires interprétatives.

A l'égard de ces dernières, l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères* est la continuation par d'autres moyens de la jurisprudence *IFOP-Villemain*. Dès lors, les cas dans lesquels, d'après celui-là, une circulaire interprétative impérative est illégale correspondent principalement à ceux qui, selon celle-ci, rendaient le recours recevable. Le déplacement de la question, du terrain de la recevabilité sur celui du fond, permet, toutefois, de rendre plus simples et plus solides les solutions antérieurement admises.

Ainsi, en premier lieu, une circulaire impérative sera illégale « quand l'interprétation qu'elle prescrit d'adopter méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter », formule reprise presque à l'identique de la jurisprudence issue de l'arrêt *IFOP*. Mais, dans cette jurisprudence, la nécessité de passer par la qualification de circulaire réglementaire pour assurer la recevabilité du recours conduisait généralement le juge à sanctionner cette illégalité sur le terrain de l'incompétence : illégale, la circulaire était regardée comme innovatoire et donc comme réglementaire, alors que son auteur était généralement sans pouvoir pour édicter des règlements. La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre toute circulaire impérative, même non réglementaire, ôtant toute raison d'être à cette construction, l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères* l'abandonne. Au lieu de les assimiler, comme auparavant, il sépare nettement la création d'une règle nouvelle de l'édition d'une interprétation illégale ; dès lors, il n'est plus question de sanctionner celle-ci sur le terrain de l'incompétence. Positivement, le vice considéré affectant le contenu même des dispositions interprétatives relève assurément de la légalité interne et s'analyse plus précisément, comme l'a bien vu *M<sup>lle</sup> Fombeur* (46), en une violation de la loi.

En second lieu, une circulaire interprétative est également illégale quand elle « réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure ». Si la formule diffère de celle adoptée à partir de l'arrêt *IFOP*, qui se référait à la méconnaissance « des exigences de la hiérarchie des normes juridiques », elle a le même sens, tout en étant plus précise. Elle vise, en effet, le cas où une disposition réglementaire illégale ou une loi incompatible avec une norme du droit international transmet son vice à la circulaire qui l'interprète fidèlement. La notion de réitération ne doit pas ainsi être entendue strictement et limitée à la reproduction littérale d'une règle. Le cas d'espèce suffit à le montrer : la circulaire du 26 mars 1997 ne se bornait pas à rappeler les dispositions du décret du 19 décembre 1991, elle en tirait la conséquence nécessaire, moyennant quoi elle a été regardée comme réitérant la règle illégale fixée par ses dispositions, c'est-à-dire, en réalité, impliquée par elles. Pour le reste, les remarques faites pour le cas précédent s'appliquent à celui-ci : la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre toute circulaire impérative, même non réglementaire, prive de tout intérêt l'assimilation discutable de la réitération d'une norme illégale à une modification de l'ordonnement juridique ; corrélativement, il n'est plus question de sanctionner cette réitération sur le terrain de l'incompétence. La circulaire prescrivant alors l'application d'une norme qui n'est pas légalement applicable, on peut parler, avec *M<sup>me</sup> Fombeur* (47), d'erreur de droit.

Les deux types d'illégalité qui viennent d'être évoqués sont assurément les principaux. D'autres ne sont pas inconcevables : l'affirmation selon laquelle même «compétemment prises » les dispositions impératives des circulaires peuvent être « illégales pour d'autres motifs » vaut également pour les circulaires interprétatives.

L'annulation d'une circulaire interprétative pour incompetence devrait être exceptionnelle. Il ne s'agit pas ici, bien sûr, de la compétence pour réglementer. A raison de sa nature même, une circulaire interprétative peut être légalement édictée par une autorité administrative dépourvue de pouvoir réglementaire ; en outre, comme on vient de le voir, il est désormais exclu de considérer une telle circulaire comme réglementaire à raison de son illégalité. Il s'agit donc de « la compétence à interpréter »<sup>(48)</sup>. La notion paraît nouvelle, au moins en matière de circulaires. L'intéressante esquisse qu'en a donnée M<sup>me</sup> Fombeur laisse à penser que les circulaires interprétatives seront le plus souvent jugées compétemment prises. Pour le commissaire du gouvernement, « une autorité administrative détient cette compétence dans deux hypothèses : lorsqu'elle s'adresse aux services placés sous son autorité hiérarchique ou bien lorsqu'elle s'adresse aux administrés pour leur indiquer par avance l'interprétation qu'elle entend retenir pour l'application du droit qu'il lui incombe de mettre en oeuvre ». Le premier cas comprend la plupart des circulaires, notamment celles qu'édictent les autorités centrales. Quant au second, il semble soutenable qu'une autorité administrative a toujours le droit de s'adresser aux administrés pour interpréter le droit qu'elle a pour mission d'appliquer ; l'obligation légale de publication des circulaires abonde en ce sens. Les cas d'incompétence se détermineraient alors par soustraction des deux précédents et concerneraient les circulaires impératives dont les destinataires ne sont ni des autorités hiérarchiquement subordonnées à l'auteur de la circulaire, ni des administrés, soit, dans l'ordre administratif, autorités administratives indépendantes et autorités décentralisées. Le commissaire du gouvernement use toutefois d'une formule qui convient surtout aux premières : « personnes qui doivent jouir d'une totale indépendance dans l'exercice de leurs fonctions »<sup>(49)</sup> et le seul précédent semble être celui qu'elle mentionne, lequel ne concerne pas les autorités décentralisées<sup>(50)</sup> : la construction de la compétence à interpréter est encore à faire<sup>(51)</sup>.

Restent enfin les « autres motifs » que ceux précédemment examinés. Il peut s'agir de tous motifs de légalité interne. Le Conseil d'Etat a ainsi vérifié, par exemple, qu'une disposition interprétative d'une circulaire n'était pas contraire au principe de non-rétroactivité des actes administratifs<sup>(52)</sup>. En revanche, comme le relève justement M<sup>me</sup> Fombeur, sur le terrain de la forme et de la procédure, « à moins qu'un texte ne le dise expressément, il n'y a aucune règle à respecter pour expliciter l'état du droit en vue de sa correcte application »<sup>(53)</sup>.

Le commissaire du gouvernement a également abordé l'invocabilité et l'opposabilité des circulaires impératives.

#### L'invocabilité et l'opposabilité des circulaires impératives

Comme tous les règlements, ceux qui peuvent contenir les circulaires sont opposables à leurs destinataires et invocables par eux, à la condition qu'ils soient publiés et légaux, cette dernière condition étant rarement réalisée, faute pour l'auteur de la circulaire de détenir un pouvoir réglementaire. La dénégation de toute valeur juridique aux circulaires interprétatives comporte les conséquences inverses : les dispositions de ces circulaires sont inopposables aux sujets de droit et ne peuvent pas être invoquées par eux, notamment à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir.

Le décret du 28 novembre 1983 (art. 1<sup>er</sup>) a voulu changer cet état du droit en permettant à tout intéressé de se prévaloir à l'encontre de l'administration des circulaires, même interprétatives, à la double condition qu'elles soient publiées et non contraires aux lois et règlements.

Ce texte est resté presque sans effet. Le juge administratif admet parfois qu'il permet d'invoquer la méconnaissance de circulaires interprétatives, mais pour juger le plus souvent, que les conditions de l'invocabilité ne sont pas réunies, soit que la circulaire ne soit pas publiée, soit, surtout, qu'elle ne soit pas légale<sup>(54)</sup>. Plus radicalement, nombre d'arrêts du

Conseil d'Etat maintiennent purement et simplement la jurisprudence selon laquelle les circulaires non réglementaires ne sont pas invocables, sans se préoccuper de leur publication ou de leur légalité (55).

Cette dernière position a été réaffirmée à plusieurs reprises après l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères* (56). Celui-ci n'a donc pas changé l'état du droit. Même impératives, les circulaires interprétatives n'étant pas des règlements ne sont pas invocables ni opposables, lors même qu'elles seraient publiées et légales.

L'admission de la force impérative de certaines interprétations semble rendre discutable le maintien de cette différence. Il est difficile de comprendre, en effet, comment un acte peut être impératif sans être, dès lors qu'il est légal, opposable. Impérative, la circulaire s'impose ; légale, elle est opposable et, dès lors qu'elle est opposable, on voit difficilement comment elle ne serait pas invocable.

Il reste que, de toute façon, cette opposabilité et cette invocabilité ne sauraient présenter une grande utilité. Seule, en effet, peut être invocable et opposable une interprétation légale, c'est-à-dire considérée comme telle par le juge. L'interprétation administrative opposable et invocable se confond ainsi avec celle du juge qui, elle-même, d'ailleurs, se confond avec le texte interprété. Dans ces conditions, la possibilité d'opposer ou d'invoquer l'interprétation administrative d'une règle se confond avec celle d'opposer ou d'invoquer la règle elle-même telle qu'elle est comprise par le juge.

Un rapprochement partiel entre circulaire interprétative impérative et circulaire réglementaire se constate, au contraire, dans le régime de l'obligation d'édicter et d'abroger les circulaires.

L'obligation d'édicter et d'abroger les circulaires impératives

Deux obligations principales se rapportent à l'exercice du pouvoir réglementaire, quelles qu'en soient les formes : édicter, dans un délai raisonnable, les dispositions nécessaires à l'application des textes législatifs et réglementaires légalement applicables ; abroger, sur demande, les règlements illégaux ou devenus illégaux par suite d'une modification des données de fait ou de droit qui existaient au moment de leur édicition.

Ces deux obligations sont-elles transposables au pouvoir d'interpréter ?

L'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères* répond positivement pour la seconde : l'auteur d'une circulaire interprétative impérative illégale a l'obligation de l'abroger si la demande lui en est faite ; il commet une nouvelle illégalité en refusant ; acte faisant grief, ce refus peut être attaqué devant le juge de l'excès de pouvoir qui en prononcera l'annulation (57). Il s'agissait, en l'espèce, d'une illégalité originaire. Mais on ne voit pas pourquoi il en irait différemment pour une illégalité résultant d'un changement de circonstances. Une précision est toutefois utile ici. Il est probable qu'un tel changement consistera, le plus souvent, dans l'abrogation ou la modification de la règle interprétée. Dans ce cas, une jurisprudence assez fournie admet fort logiquement que la disparition d'un texte entraîne la caducité des interprétations qui s'y rapportent et ce, automatiquement, sans attendre qu'elles soient expressément ou implicitement rapportées par une nouvelle instruction (58). Une abrogation est alors inutile. Faut-il en inférer que le recours contre le refus de la prononcer serait irrecevable, pour défaut d'acte faisant grief ou absence d'intérêt ? En invoquant ce second motif, *M<sup>me</sup> Fombeur* le suggère et voit là un moyen de « couper court à toute tentative de développement du contentieux sur des refus d'abrogation de circulaires anciennes » (59). Cet avantage paraît douteux : si, sollicitée d'abroger de telles circulaires, l'administration refuse parce qu'elle les estime toujours en vigueur, le juge sera saisi et en admettant la caducité, il donnera satisfaction au requérant, serait-ce pour rejeter le recours comme irrecevable.

Quant à la première obligation précédemment évoquée, la réponse est négative.

Avant même l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères*, le Conseil d'Etat avait jugé que le refus d'édicter une circulaire qui « se bornerait à rappeler l'état du droit existant » ne constitue pas une décision

faisant grief (60). Voilà qui est limpide : comme la circulaire sollicitée ne changerait rien à la situation juridique du requérant, le refus de la prendre ne saurait être considérée comme affectant cette situation.

La même solution a été maintenue après l'arrêt *M<sup>me</sup> Duvignères*, mais sur un fondement différent. Après avoir énoncé que « l'administration n'est jamais tenue de prendre une circulaire pour interpréter l'état du droit existant », la décision *M. Louis Le X.* (61) en infère que le refus de la prendre ne constitue pas une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir. Voilà qui est peut-être moins logique : l'absence d'obligation de prendre une circulaire d'interprétation implique la nécessaire légalité du refus de la prendre, c'est-à-dire un rejet au fond. Il n'importe : le résultat est pratiquement le même.

Cette jurisprudence repose sur la volonté du juge d'éviter toute assimilation entre pouvoir de réglementer et pouvoir d'interpréter. Quand l'application d'une loi ou d'un règlement est impossible si le sens ou la portée n'en sont pas précisés, il appartient au premier d'édicter les mesures nécessaires à cet effet. Poser la même obligation à la charge du second reviendrait à l'établir en concurrent légitime du pouvoir réglementaire.

Cette concurrence n'en est pas moins un fait. La distinction des circulaires interprétatives et des circulaires réglementaires ne correspond pas plus à la réalité juridique aujourd'hui qu'hier. Nombre de dispositions contenues dans les premières sont analogues à celles qu'édicte les règlements d'application. Il est d'ailleurs frappant que le contrôle exercé sur ces derniers soit rigoureusement le même que celui établi par la jurisprudence *Duvignères* sur les circulaires interprétatives impératives : « lorsque vous êtes saisis d'un recours contre un décret ayant pour objet ou pour effet de préciser la portée d'une loi, vous recherchez si l'interprétation contenue dans le décret est correcte ; dans l'affirmative, vous rejetez le recours non pas pour incompétence, mais pour violation de la loi » (62).

Les circulaires posent au juge administratif un problème qu'il ne peut pas résoudre seul. Ce problème, on l'a déjà relevé, résulte d'une discordance entre le fait et le droit. En fait, les circulaires jouent un rôle juridique important, elles contribuent à la détermination de l'ordre juridique, bref, elles sont une source de droit. Mais cette source du droit est sinon illégitime, du moins illégale, les autorités qui édicte les circulaires n'ayant pas, en général, le pouvoir de poser des règles juridiques. Le juge n'est pas en mesure de faire cesser cette discordance. Il n'est pas question pour lui de plier le fait devant le droit : l'ampleur et l'utilité de la production de circulaires exclut de les rejeter massivement dans l'illégalité. Il n'est pas question, non plus, de mettre le droit en accord avec le fait, la question des titulaires du pouvoir réglementaire étant d'ordre constitutionnel, c'est-à-dire politique. La jurisprudence en est donc réduite à des solutions moyennes, nécessairement imparfaites, inachevées.

La jurisprudence *M<sup>me</sup> Duvignères* s'inscrit dans cette oeuvre, tout en marquant un progrès. Elle rapproche les circulaires interprétatives impératives des règlements d'application, en les soumettant, très heureusement, au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, sans pouvoir aller jusqu'au bout de ce rapprochement.

Il semble, en définitive, que ce qu'écrivait M. J.-C Douence (63), voilà plus de trente ans, demeure vrai : « une situation claire et satisfaisante ne pourra être trouvée tant que ne seront pas résolus les problèmes de compétence ».

#### Mots clés :

ACTE ADMINISTRATIF \* Circulaire \* Circulaire impérative \* Acte faisant grief


(1) CE, Sect., 18 déc. 2002, RFDA 2003, p. 280, concl. P. Fombeur ; AJDA 2003, p. 487, chron. F. Donnat et D. Casas ; Dr. adm., 2003, n° 73 ; JCP 2003, p. 1064, étude de J. Moreau. L'auteur remercie le centre de documentation du Conseil d'Etat d'avoir eu l'obligeance de lui communiquer les conclusions prononcées dans cette affaire par M<sup>me</sup> Pascale Fombeur.

(2) CE, Ass., 29 janv. 1954, Lebon p. 64 ; RPDA 1954, p. 50, concl. B. Tricot ; AJDA 1954, II

bis, p. 5, chron. F. Gazier et M. Long.


(3) Comme le rappelle M<sup>lle</sup> Fombeur (concl. préc., p. 288), de telles circulaires se comptent chaque année par milliers.

(4) CE, Ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, Lebon p. 44.

(5) R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2001, n° 1286-3° et pour une application en matière de refus d'abrogation, CE, 29 déc. 1997, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale*, Lebon p. 637 .


(6) CJA, art. R. 311-1, 2°.

(7) R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2002, n° 363 et la jurisprudence citée.

(8) CE, Ass., 28 oct. 2002, AJDA 2002, p. 586, chron. F. Donnat et D. Casas .

(9) Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, p. 309 et s.

(10) Sur cette conception, V. not. M. Hauriou, note sous CE, 22 févr. 1918, *Cochet d'Hattécourt*, S. 1921, 3, p. 9.

(11) Par exemple : a) Recommandations : CE, 26 nov. 1965, *Compagnie industrielle de textiles artificiels et synthétiques*, Lebon p. 642 ; 9 juin 1967, *Marlin*, Tables décen., v° Actes, n° 263 ; 6 déc. 1978, *Lefer*, Tables décen., v° Actes, n° 216 ; 28 mars 1980, *Ministre de la Santé c/ Belloc*, Tables décen., v° Actes, n° 217 ; 21 janv. 1981, *Henry et autres*, Tables décen., v° Actes, n° 225 ; 4 juill. 1986, Syndicat national des enseignements secondaires et autres, p. 185 ; b) Circulaires donnant des indications : 6 oct. 1976, *Canone*, Tables décen., v° Actes, n° 193 ; 18 nov. 1987, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, Tables décen., v° Actes, n° 251 ; 5 juin 1989, *Syndicat national de l'enseignement de l'éducation physique et sportive*, Tables décen., D, v° Actes, n° 238 ; 16 févr. 1996, *Société Ares et Iri Soft Ware*, Lebon p. 666  ; c) Circulaires invitant des fonctionnaires à adopter une certaine conduite: Sect., 2 déc. 1966, *Marchand et autres*, p. 632 ; 24 janv. 1975, *Sieur Machard*, Tables décen., v° Actes, n° 221 ; 25 nov. 1977, *Compagnie des architectes en chef des bâtiments civils et palais nationaux*, Lebon p. 463 ; 11 oct. 1985, *Brinkhuysen*, Tables décen., v° Actes, n° 241 ; 25 juillet 1986, *Ordre des avocats au barreau de Marseille et autres*, Tables décen., V° Actes n° 246 d) Autres cas : 9 mars 1979, *M<sup>me</sup> Ferga*, Tables décen., v° Actes, n° 194 ; 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics et autres*, Lebon p. 164. C'est par ailleurs sur ce fondement que s'établit la distinction entre circulaire réglementaire et directive par exemple : Sect. 18 nov. 1977, *SA Entreprise J. Marchand*, Lebon p. 442).

(12) L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif, Thèse, Paris 2, 1979, p. 142.

(13) Concl. sur CE, Sect., 12 mars 1965, *Fédération des chambres syndicales des négociants importateurs de la métallurgie et de la mécanique*, JCP 1966, II, n° 14771.

(14) J.-C. Douence, *op. cit.*, p. 320.

(15) Par exemple, en matière fiscale : CE, 28 févr. 1913, *Breil*, Lebon p. 289.

(16) Par exemple : J.-C. Bonichot, concl. sur CE, Sect., 2 juin 1999, *Meyet*, Petites affiches, n° 113, 8 juin 1999, p. 14.

(17) Par exemple (plus ou moins nets) : CE, 24 nov. 1961, *Angles d'Auriac*, Lebon p. 657 ; 15 févr. 1978, *Association des étudiants en droit de Metz et autres*, Lebon p. 72 ; Sect., 26 avr. 1978, *Minjoz*, Lebon p. 186 ; 30 mars 1981, *Association des familles des centres de*

*rééducation pour déficients mentaux et autres*, Lebon p. 170 ; 24 juill. 1981, *Calinaud*, Tables décen. v° Actes, n° 209.

(18) CE, 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, Lebon p. 175 ; RFDA 1988, p. 146, concl. J. Marimbert.

(19) CE, 18 juin 1993, Lebon p. 178 ; Rev. adm., p. 322, concl. F. Scanvic.

(20) Préc.

(21) V. not. concl. F. Scanvic sur CE, 18 juin 1993, *IFOP* (préc.) qui identifient purement et simplement légalité de l'interprétation et innovation.

(22) CE, 15 avr. 1996, *Union des industries chimiques*, Lebon p. 666. Dans le même sens : 8 janv. 1988, *Société American Express Voyage France*, Dr. fisc. 1988, 22-23, n° 1122 ; CE, 6 mai 1996, *EARL du domaine d'Albareto*, Lebon p. 666 ; CE, 8 juil. 1998, *Fédération française des spiritueux*, RJF 8-9/98, n° 1051 ; BDCF 4/98, concl. G. Bachelier ; 17 nov. 2000, *Fédération française des magasins de bricolage*, RJF 2/01, n° 210 ; 28 juill. 2000, *Fédération française des spiritueux, Fédération française des vins spéciaux*, RJF 11/00, n° 1372 ; BDCF 11/2000, n° 130, p. 48, concl. J. Arrighi de Casanova ; 28 juill. 2000, *Confédération française de la boucherie, boucherie charcuterie, traiteurs*, RJF 11/00, n° 1327 ; BDCF 11/00, concl. G. Goulard.

(23) Sect., 2 juin 1999, préc.

(24) Concl. préc., p. 285.

(25) Cet illogisme entraîne, en outre, une difficulté, pertinemment signalée par le commissaire du gouvernement (concl. préc., p. 286). Les conditions de recevabilité, dont la qualité d'acte faisant grief, sont d'ordre public, tandis que les moyens d'illégalité, en principe, ne le sont pas. Dès lors, le juge peut hésiter entre deux attitudes. Examiner d'office tous les aspects de la légalité des circulaires interprétatives en tant qu'ils conditionnent la recevabilité du recours ; paradoxalement, ces actes seraient alors soumis à un contrôle de légalité plus rigoureux que celui exercé sur les décisions administratives. Se limiter à l'argumentation des requérants et s'interdire par là-même d'affirmer que la circulaire ne fait pas grief, un autre justiciable pouvant démontrer le contraire.

(26) Concl. préc., p. 286.

(27) L'acte administratif, Sirey, 1982, n° 29.

(28) *Op. cit., loc. cit.*

(29) P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 32 et s. ; B. Seiller, *Circulaires et légalité*, RFDA 1997, p. 1218, spéc. p. 1222.

(30) Concl. préc., p. 286.

(31) B. Seiller, art. préc., p. 1222 et s.

(32) V. : CE, 12 févr. 2003, *M. X* (non publié).

(33) V. : 12 févr. 2003, *Syndicat Lutte pénitentiaire* (non publié).

(34) V. CE, 17 janv. 2003, *Syndicat coordination rurale-union nationale* (non publié).

(35) V. : CE, 30 déc. 2002, *Syndicat CGT des ministères des Affaires sociales et du Travail* ; 3 févr. 2003, *Syndicat national de défense pour l'exerce libéral de la médecine à l'hôpital et autres* (à publier aux tables du *Recueil Lebon*) ; CE, 5 mars 2003, *M. Luc X* (à publier aux




tables du *Recueil Lebon*).

(36) Par exemple, outre l'arrêt *Villemain* : CE, 30 déc. 2002, *Syndicat CGT des ministères des Affaires sociales et Du travail* (non publié).

(37) Concl. préc., p. 287.

(38) P. Fombeur, concl. préc., p. 287.

(39) V. concl. G. Vught sur CE, Sect., 8 oct. 1971, *Syndicat national des architectes chargés de la construction d'HLM et autres*, Lebon p. 586, spéc. p. 589.

(40) Dans ce sens, CE, 10 juill. 1995, *Association « Un Sysiphe »*, Lebon p. 292 , AJDA 1995, p. 644, concl. R. Schwartz  ; 27 nov. 2000, *M<sup>me</sup> Ohayon*, Lebon p. 558 .

(41) Par exemple : CE, Sect., 13 juill. 1962, *Arnaud*, Lebon p. 430.

(42) Concl. Braibant sur CE, 13 juill. 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, RD publ. 1962, p. 739, citées par J.-J. Bienvenu, *op. cit.*, p. 86.

(43) CE, 24 févr. 2003, *M. X* (non publié).

(44) Par exemple : CE, 5 mars 2003, *M. Luc X* (à publier aux tables du *Recueil Lebon*).

(45) CE, Sect., 7 févr. 1936, p. 172.

(46) Concl. préc., p. 287.

(47) Concl. préc., p. 287.

(48) P. Fombeur, concl. préc., p. 287.

(49) Concl. préc., p. 287



(50) CE, 31 mai 2000, *Traore et Diatta*, cité par M<sup>me</sup> Fombeur, concl. préc., p. 287.

(51) On relèvera que les délégations de signature englobent parfois les circulaires dans les actes sur lesquels elles portent. Il n'est donc pas exclu qu'une circulaire impérative soit jugée illégale en raison d'une méconnaissance des règles qui gouvernent ces délégations (V. CE, 30 déc. 2002, n° 240493, non publié ; 30 déc. 2002, *Syndicat CGT des ministères des Affaires sociales et du Travail*).

(52) CE, 3 févr. 2003, *Syndicat national de défense pour l'exerce libéral de la médecine à l'hôpital et autres*.

(53) Concl. préc., p. 287.

(54) Par exemple : CE, 20 nov. 1996, *Aucouturier*, RJF 1/97, n° 28 ; 1<sup>er</sup> déc. 1999, *Société immobilière Basse-Seine*, RJF 1/100, n° 63 ; 3 déc. 1999, *Makarian*, RJF 1/100, n° 80.

(55) CE, 19 juin 1992, *Département du Puy-de-Dôme*, Lebon p. 238 ; 26 oct. 1992, *Ministre de l'Education nationale c/ Jonquet*, Lebon p. 662  ; 25 avr. 1994, *Ministre de l'Education nationale*, Lebon p. 189 ; Sect., 6 mai 1996, *Association « Aquitaine Alternatives »*, Lebon p. 145 .


(56) Par exemple : CE, 10 janv. 2003, *Ministre de l'Intérieur* (à publier aux tables du *Recueil Lebon*) ; 7 févr. 2003, *M. Bouzid X et M<sup>me</sup> Y* (non publié) ; 19 févr. 2003, *M. Daniel X* (à publier au *Recueil Lebon*).



(57) Dans le même sens, CE, 30 déc. 2002, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique* (non publié).

(58) Par exemple : CE, 28 nov. 1997, *Naudin*, RJF 1/98, n° 75 ; 20 janv. 1999, *Ministre des Finances c/ Molusson*, RJF 3/99, n° 339.

(59) Concl. préc., p. 289.

(60) CE, 8 déc. 2000, *Syndicat SUD PTT Pays de Savoie* (à mentionner aux tables du *Recueil Lebon* )

(61) CE, 14 mars 2003 (à publier aux tables du *Recueil Lebon*).

(62) Concl. Braibant sur CE, Sect., 12 mars 1965, *Fédération des chambres syndicales des négociants importateurs de la métallurgie et de la mécanique*, préc.

(63) *Op. cit.*, p. 330.