

Quelques réflexions sur les circulaires

Jean-Marie Delarue

*Ancien directeur des libertés publiques et des affaires juridiques
au ministère de l'Intérieur*

Après les savants propos d'un auteur et d'un lecteur plus qu'avertis, qui ont évoqué avec beaucoup de pertinence un certain nombre d'éléments concernant les circulaires ministérielles, on m'a permis d'ajouter quelques mots, ce dont je suis reconnaissant aux organisateurs du colloque et des *Actes* qui en sont le résultat.

Et d'abord, quatre réflexions d'ordre général, si l'on veut bien.

Un pouvoir usurpé ?

Les circulaires sont-elles, en quelque sorte, un pouvoir usurpé de leurs auteurs, qui ajouteraient quasi clandestinement et de manière illégale aux normes voulues par la loi, d'une part, le pouvoir réglementaire, d'autre part ? Ou, plus brutalement, faut-il avoir mauvaise conscience d'écrire une circulaire ?

La réponse tient en deux temps.

D'une part, on le sait bien, il est admis depuis longtemps que les ministres, dans le cadre du pouvoir hiérarchique qu'ils ont sur leur service, peuvent édicter des circulaires. On ne l'ignore plus depuis la jurisprudence *Jamart*³. Et ce principe a trouvé à s'appliquer dans tous les domaines, même les plus délicats, comme celui du silence du législateur, par exemple en matière de grève des fonctionnaires⁴. Les circulaires ont donc naturellement fait florès, notamment en l'absence d'autres textes : ce fut le cas précisément en matière d'étrangers. Mais l'existence de dispositions législatives ou réglementaires ne fait évidemment pas, *a fortiori*, obstacle à ce que des circulaires soient écrites.

Celles-ci ne sont jamais qu'une consigne donnée à un grand nombre et ne diffèrent pas, par leur nature, d'un ordre verbal. La circulaire a même pour avantage de formaliser (à l'excès dira-t-on, on y reviendra) ce que les mots pourraient enjoindre

3. CE, Sect., 7 févr. 1936, *GAJA*, 16^e éd., n° 50, p. 314.

4. CE 18 mars 1956, *Hublin et autres*, *Lebon* 117, concl. Guionin.

et elle est, en principe, plus visible. Au point qu'elle caractérise assez bien un système administratif à la française, dans lequel l'écrit l'emporte beaucoup en valeur sur l'oral.

D'autre part, les circulaires ne peuvent ni prendre la place des normes ni, évidemment, leur être contraires. En d'autres termes, une circulaire n'est acceptable que si son auteur n'excède pas sa compétence et n'affirme pas autre chose que ce que disposent la loi et le règlement. Ou encore, le ministre peut certes régler la bonne organisation de son service, mais surtout pas davantage. Mais suivant que la loi et le règlement reconnaissent à celui-ci une part plus ou moins grande de pouvoir discrétionnaire, on voit que ce que va décider la circulaire est, par conséquent, de portée plus ou moins étendue. Or, il arrive que, dans certains domaines de la politique des étrangers, la faculté d'appréciation de l'autorité administrative soit étendue. Ainsi l'article L. 314-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « la carte de résident peut être refusée à tout étranger dont la présence constitue une menace pour l'ordre public » : on voit que l'idée qu'on se fait de cette dernière peut être plus ou moins vaste. Ou encore, les titres de séjour doivent être délivrés lorsque les étrangers remplissent un certain nombre de conditions définies par la loi. Mais rien n'interdit au préfet d'admettre au séjour des étrangers qui ne les remplissent pas toutes : c'est cette logique qui a permis notamment les opérations successives par voie de régularisation, toujours issues de circulaires.

Peut-on se passer des circulaires ?

Deuxième réflexion d'ordre général. Peut-on se passer de circulaires ? C'est un espoir légitime que l'on peut caresser, à la fois parce que la hiérarchie des normes concentre l'essentiel sur la Constitution, les conventions internationales, la loi et le décret et que si les circulaires sont réputées ne rien leur ajouter, alors le pas est vite franchi de considérer qu'elles sont inutiles ; et parce qu'on peut penser que le respect quasi aveugle de l'administration pour les circulaires qui s'appliquent à elle serait avantageusement remplacé par la connaissance des textes de lois et de règlements qu'elle ignore souvent, dans le double sens de ce terme.

Alors pourquoi se résigne-t-on à en écrire ? Parce qu'on peut y trouver au moins trois finalités utiles. La première consiste à reconnaître aux circulaires une valeur pédagogique et d'explication, donnée par les spécialistes du ministère aux services, dans les questions inédites. On peut naturellement s'interroger sur la méthode retenue et sur la lisibilité de certains écrits. Mais, à des services éloignés des réflexions du centre (réflexions ministérielles, travaux parlementaires, interventions de « lobbies »...), les circulaires offrent un moyen de comprendre les motifs et la portée des évolutions. On doit ajouter que les circulaires offrent aussi aux citoyens, lorsqu'ils peuvent y accéder (et ils ont le droit de le faire) la possibilité de comprendre (éventuellement pour le contester) ce que fait l'administration : elles sont une sorte de lampe projetée sur ses comportements. Le tiers intéressé peut d'ailleurs faire grief à l'administration (recours gracieux ou hiérarchique) de ne pas respecter ses propres engagements, lorsque la circulaire lui est favorable, et contester celle-ci devant le juge

(recours contentieux) s'il estime qu'elle est contraire à la loi ou au règlement. Cette situation doit être comparée avec celle d'administrations « muettes », c'est-à-dire agissant dans la seule vertu des textes applicables, sans s'expliquer au fond sur la nature de certains choix.

La deuxième idée conduit à admettre que la circulaire est la cristallisation des échanges entre les services centraux et les services extérieurs. Contrairement à ce qui est souvent indiqué, elle a en effet souvent pour origine les « retours » des services chargés de mettre en application les textes, notamment les précédentes... circulaires. Elle sert donc à infléchir les précédentes instructions qui se révèlent impossibles ou critiques à mettre en œuvre. La circulaire relative à la régularisation de 1998 a ainsi été enrichie de circulaires complémentaires de forme variée (nouvelle circulaire, télégrammes, lettres aux préfets). La circulaire est donc le fruit du débat, certes imparfait, certes formel, mais quelquefois aussi très « franc et direct », entre administration centrale et administrations au plus près du public.

Enfin les circulaires, comme il est indiqué dans les deux contributions de Gérard Moreau et de Yannick Blanc, assurent un traitement aussi égal que possible d'une question par deux agents d'un même guichet, d'une part, ou deux guichets différents d'autre part. Les circulaires soulèvent naturellement des réticences de principe. Mais les associations de défense des étrangers n'ont de cesse de rappeler au pouvoir central les différences de traitement qui existe d'une préfecture à l'autre, pour des dossiers qui sont, assurent-elles, identiques. C'est là un argument de taille en faveur de la circulaire. Cet élément mérite certes qu'on y regarde à deux fois. Car on pourrait soutenir que la loi, dans sa généralité, est plus « égalitaire » que la circulaire qui, descendant dans les détails (et le diable différentiel, comme chacun sait, s'y niche), oblige à statuer compte tenu de caractéristiques de chaque dossier et risque donc de faire oublier l'objectif essentiel du législateur. Pourtant, expérience faite, il peut être soutenu, même si le raisonnement demanderait ici à être davantage étayé, que, en guidant le service déconcentré sur les solutions à adopter, la circulaire joue davantage dans le sens de l'uniformisation des pratiques que dans le sens de la diversification.

Au-delà des circulaires

Troisième réflexion d'ordre général. Il est salutaire que ce colloque ait pris soin de s'attacher, surtout dans la matière de la réglementation des étrangers, à la place qu'y tiennent les circulaires. Toutefois, entre la loi et le citoyen ne s'intercalent pas seulement de tels documents. Mais aussi d'innombrables notes et instructions, soit d'application de la loi, soit elles-mêmes explicatives de circulaires ou d'arrêtés ministériels. Les circulaires, autrement dit, ne sont qu'une partie d'un ensemble, que personne ne peut dénombrer, de prescriptions écrites destinées à l'administration : aux circulaires ministérielles s'ajoutent en effet celles des responsables d'établissements publics administratifs, d'une part, et celles des services « subordonnés » de l'État, déconcentrés ou non, particulièrement dans les services très « digitalisés », dont les responsables ont reçu délégation de gestion : ainsi de l'enseignement, des armées, autrefois de la poste, etc. La police nationale est, par exemple, particulièrement féconde en

instructions du directeur général de la police nationale (aidé par un important cabinet), de chacun des directeurs centraux, des directeurs départementaux, de chacun des chefs de service (chefs de circonscription...). En sorte que la circulaire joue elle-même, à son tour, le rôle de la plus grande des poupées russes, d'où sont issus divers autres documents, tout autant régulateurs, dans certains domaines, de la vie administrative.

Les paradoxes de la circulaire

Quatrième et ultime réflexion. On ne saurait tirer argument de ce qu'une circulaire, déferée devant le juge, est annulée en tout ou partie pour s'interroger sur son existence même. En revanche, ces annulations conduisent à s'interroger sur la qualité juridique de ce document. À cet égard, il y a lieu de relever un paradoxe qui s'attache aux circulaires d'administration centrale ou, plutôt, à ceux qui les rédigent.

La rédaction dont ils ont la charge, en matière d'étrangers par exemple, consiste à introduire dans le fonctionnement d'un service préfectoral une norme de comportement nouvelle. Or, pour faire bref, ces fonctionnaires n'ont, pour beaucoup d'entre eux, ni expérience des directions préfectorales (souvent appelées des « libertés publiques ») où se traitent les dossiers des étrangers, ni connaissances juridiques approfondies.

Sur le premier point, il y a naturellement des allées et venues dans les affectations entre services déconcentrés et services centraux. Mais elles ne constituent pas le fait de la majorité et ne concernent pratiquement aucun cadre au-dessus du grade d'attaché (les préfets constituent au ministère de l'Intérieur l'essentiel du corps directorial mais se prêtent assez mal à l'exercice de rédaction de texte). Au contraire, les fonctionnaires ayant accompli la plus grande partie de leur carrière en « centrale » sont les plus nombreux. Sur le second point, celui des connaissances, on sait que le droit public est la principale épreuve de la plupart des concours de recrutement de fonctionnaires. Mais cette teinture ne suffit pas, surtout dans des domaines dans lesquels la législation est complexe, pour assurer sans trop de risques la rédaction de textes difficiles. Soyons clairs. La culture juridique est forte dans l'administration, comme le montre, par exemple, l'attachement au principe de légalité. Mais elle ne saurait être regardée comme un savoir-faire technique ou professionnel. Ce que démontre, *a contrario*, l'apparition, entre 1995 et 2005, de directions juridiques⁵ dans différents ministères⁶ (peuplées de bien peu de juristes...).

On fera évidemment valoir que les auteurs des circulaires sont très précisément les mêmes fonctionnaires (dans chaque bureau) que ceux qui rédigent les premiers avant-projets de loi ou de décrets : pour prendre un exemple patent, les (nombreuses) réformes du Code de procédure pénale sont traduites sous forme d'avant-projets rédigés par le bureau spécialisé de la direction des affaires criminelles et des grâces ; les

5. Le ministère de l'Intérieur a été, après le ministère des Affaires étrangères, plutôt précurseur en ce domaine.

6. Éducation, finances...

lois promulguées qui ont adopté ces réformes sont immanquablement suivies de circulaires aux présidents des juridictions et aux responsables du parquet, lesquelles sont écrites de la même main. Mais projets de lois ou de décrets sont passés au tamis des arbitrages interministériels et un certain nombre de précautions institutionnelles s'attachent à la qualité juridique du texte (consultations juridiques diverses, secrétariat général du gouvernement, pour une faible part, Conseil d'État pour les textes les plus importants). Tel n'est pas le cas des circulaires, pas plus d'ailleurs que des arrêtés. Et si l'on devait calculer le nombre de circulaires qui sont l'objet d'une censure du juge, il faudrait nécessairement comparer ce pourcentage, non pas aux annulations de décrets, mais aux annulations d'arrêtés. Il est vraisemblable que la quantité en serait du même ordre. Ces annulations n'ont pas conduit à mettre en doute l'intérêt de l'existence des arrêtés ministériels. Il doit en aller de même des circulaires. Ce qui n'empêche pas, en revanche, qu'on s'interroge sur la qualité de leur fabrication.

Les défauts des circulaires

Arrivé à ce stade, et une fois admises ces quelques idées, on doit naturellement s'interroger sur la pratique des circulaires, et en déduire un certain nombre d'éléments critiquables.

Une première caractéristique doit être en effet critiquée. C'est le nombre de circulaires, pour en demeurer aux seuls documents portant ce titre, adressées par les ministres aux préfets. Il y a dix ans, chaque préfet en recevait des différents ministères environ neuf cents annuellement, donc entre deux et trois par jour, beaucoup passablement volumineuses par leur intention (explicative) même. On avait d'ailleurs tellement conscience qu'il était impossible aux préfets de les lire eux-mêmes, nonobstant l'adressage (*Le ministre de... à Mesdames et Messieurs les préfets de région, Mesdames et Messieurs les préfets de département*) que, lorsque l'administration centrale ou le ministre souhaitait qu'un préfet lise ce qui lui était adressé, il fallait joindre à la circulaire une lettre personnelle sous forme de résumé essentiel, signée du ministre ou de son directeur de cabinet. Faute de quoi, la circulaire était envoyée rapidement dans les services compétents.

Il est plus que probable qu'aujourd'hui ce nombre a encore beaucoup augmenté. Il y a corrélation entre les modifications de la législation et le nombre de circulaires envoyées : il n'est guère douteux en effet que les circulaires les plus nombreuses couvrent les domaines des lois les plus renouvelées : on sait bien, à cet égard, que depuis 1980, le droit des étrangers a joué, hélas !, un rôle pionnier dans l'instabilité législative. *A contrario*, des réglementations stables comme celle de la carte nationale d'identité, suscitent peu de circulaires⁷. Comme on sait que, depuis plusieurs années, le législateur est saisi d'une plume frénétique et que certaines réformes ont été traduites en outre par des textes démesurément longs, on peut imaginer aussi ce qu'en a été la traduction pour les circulaires, cette queue de comète législative. On peut

7. Il est vrai que celle qui existait lorsque le nouveau décret sur la carte nationale d'identité a été pris compensait, par son volume, grossi au fil des ans, son unicité.

d'ailleurs s'interroger sur leur qualité rédactionnelle, dès lors qu'on constate que l'inflation législative se traduit elle-même par une incontestable baisse de la qualité des textes de projets de loi.

Le retour de la production législative et réglementaire à un rythme correspondant mieux à la réalité de l'évolution des choses entraînerait sans doute une baisse de la production des circulaires.

Mais, de manière plus décisive, la circulaire est une illustration de la nature des relations qui s'instaurent entre le pouvoir central et les services dits « extérieurs ». On l'a dit, relation essentiellement écrite, donc formalisée, solennisée, rigidifiée à l'excès. Pour faire simple, le temps que des fonctionnaires de la « centrale » passent à écrire des circulaires serait plus utilement employé à des contacts incessants avec lesdits services. La circulaire, dans ses modalités, dépasse donc son objet ; elle caractérise une nature de relations. La question se pose donc de savoir si, à cet égard, le rôle de la circulaire doit être renforcé ou si, au contraire, la réalité des temps et les exigences des personnes ne supposent pas qu'on passe à d'autres natures de relations.

L'objet de ces quelques lignes n'est évidemment pas de trancher la question. D'autant qu'en parallèle de ces relations très « codifiées » en existent d'autres au contraire tout à fait informelles (le téléphone, la messagerie). Mais qu'il soit au moins possible d'écrire que la circulaire ne saurait avoir d'impact que si elle est, autant que possible, précédée d'échanges avec les services, pour prendre la bonne mesure des comportements qu'elle prétend éclairer et si elle est suivie d'échanges identiques pour que ses auteurs puissent expliquer de la manière la plus directe possible leurs intentions (quelque chose donc comme les « travaux parlementaires » d'une circulaire) pour que, si l'on doit tendre évidemment à l'égalité de traitement, on ne tombe pas dans le manque de discernement et qu'on garde à la législation ou à la réglementation le dynamisme que leurs auteurs ont voulu y mettre. La loi du 11 mai 1998, dite RESEDA (« relative à l'entrée et au séjour des étrangers et du droit d'asile »), a été ainsi précédée et suivie de plusieurs réunions régionales, de rencontres régulières avec les secrétaires généraux des départements les plus intéressés, de visites en préfectures, de formations des personnels de bureaux des préfectures conviés à cette fin à des sessions, en même temps qu'étaient rédigés simultanément les premiers décrets et quelques circulaires.

Autrement dit, la circulaire ne peut pas être le seul mode de dialogue entre administrations. Or, elle est souvent aujourd'hui un élément de savoir dispensé d'en haut, sans égard pour les réalités, mais ne présentant pas pour autant les garanties juridiques suffisantes.

Les circulaires doivent d'autant moins devenir le mode de relations normal entre administrations centrales et déconcentrées qu'elles contribuent, qu'on le veuille ou non, à un relatif effacement de la norme juridique dans ce qu'elle a de suprême, c'est-à-dire, pour faire vite, celle du « bloc de constitutionnalité » et de la loi. Chacun des participants au colloque a fait cette expérience d'invoquer en vain la portée d'un texte législatif devant un agent public hermétique, qui s'en remet aux seules consignes qu'il tient de la circulaire ministérielle.

Il y a là évidemment un paradoxe de voir les agents de la puissance publique érigés en seuls défenseurs de la « légalité ministérielle ». Il en va un peu des fonctionnaires comme de ces chrétiens d'avant le protestantisme qui professaient leur religion sans se donner la peine de lire les livres saints.

La circulaire ne saurait se suffire à elle-même. La meilleure est celle qui invite les agents auxquels elle est destinée à se reporter eux-mêmes aux textes fondateurs, et aux travaux qui peuvent en éclairer l'intention. Bien peu sont de cette essence-là. De même, la diffusion des textes de lois et de décrets dans l'administration reste-t-elle à parfaire⁸. Pourtant, des changements en ce domaine devraient pouvoir être faits et mieux mettre, en définitive, la circulaire à la place subordonnée qu'elle doit avoir dans les normes applicables et à même d'inspirer des conduites qui confortent la loi plus qu'elles ne l'ignorent.

8. Il serait intéressant de savoir si l'institution de *Légifrance* sur internet s'est traduite par beaucoup de consultations provenant des services déconcentrés.

