La grammaire juridique des circulaires administratives

Synthèse de la journée d'étude
organisée par le Cersa (Geneviève Koubi) et le Credof (Serge Slama)
13 juin 2014

par Danièle Lochak
Université Paris Ouest – Nanterre La Défense

in G. Koubi (dir), *La littérature grise de l'administration*, Berger-Levrault, 2015

Un des mérites de cette journée est d'avoir élargi notre perspective et nos analyses au-delà de l'approche contentieuse des circulaires. Cette approche conduit à négliger les fonctions qu'elles remplissent, tant dans les rapports internes à l'administration que dans les relations avec les administrés, et à prendre pour argent comptant l'idée qu'elles n'ont pas de fonction normative. Pour autant, comme les contributions l'ont montré, la portée des circulaires ne peut être entièrement dissociée de leur statut juridique, lequel est défini en dernière instance, qu'on le veuille ou non, par le juge – plus précisément par la jurisprudence du Conseil d'État. Une jurisprudence qui n'est pas figée, comme en témoignent certains revirements ou inflexions récentes, et qui n'est pas non plus d'une cohérence évidente : on a pu le constater tout au long de cette journée, notamment à propos du statut des circulaires non publiées sur le site dédié.

La journée nous a aussi permis de constater que les civilistes, même s'ils manifestent traditionnellement peu d'intérêt pour les circulaires qu'ils considèrent comme des instruments inutiles, voire illégitimes, sont bien obligés de s'y confronter, notamment, comme l'a rappelé Stéphane Gerry-Vernières, dans le cadre de l'enseignement de l'introduction au droit qui leur incombe généralement.

Mais si les contributions entendues au cours de cette journée ont stimulé notre réflexion, elles n'ont pas dissipé l'impression de confusion qui nous saisit à chaque fois qu'on évoque le thème des circulaires. Leur omniprésence et le rôle central qui leur est dévolu dans le système français d'administration – et leur enracinement dans une tradition française plusieurs fois séculaire, comme le rappelle Vida Azimi – vont de pair avec un désordre qui est à la fois conceptuel, jurisprudentiel, doctrinal et administratif.

On ne s'attardera pas sur une première source de confusion : la dénomination. La circulaire est-elle le terme générique qui recouvre aussi les instructions, notes, notes de service, telex ? On est tenté de répondre oui, l'usage des termes étant parfois simplement lié aux habitudes de chaque administration : Frédéric Ocqueteau relève ainsi la propension de certaines directions du ministère de l'intérieur à répertorier leurs circulaires sous le label « notes de service ». Quant aux « circulaires budgétaires » analysées par Jean-François Boudet, elles peuvent elles aussi revêtir des formes variables : avis, lettres, tableaux, ordres, projets, instructions, notes, etc. pour finalement remplir la même fonction. Reste qu'il y a bien parfois un enjeu autour des dénominations qui obscurcissent cette apparente simplicité. On a vu par exemple qu'en qualifiant une circulaire de « note d'information » l'administration pouvait chercher à justifier sa non mise en ligne sur le site dédié. Et lorsque le Premier ministre, dans sa circulaire du 25 juillet 2011 sur laquelle on reviendra, demande que les circulaires qui définissent des priorités politiques soient dénommées « instructions du Gouvernement » pour les distinguer de celles qui ont un caractère plus technique, on peut y voir aussi un artifice tendant à faire baisser statistiquement le nombre de textes labellisés « circulaires » – sans rien changer à la réalité des choses.

Fonctions manifestes et fonctions inavouées

Cette remarque nous introduit à une autre, plus générale : si les circulaires font désordre, c'est parce que chacune de leurs fonctions officiellement affichées s'accompagne de fonctions implicites, parfois masquées ou inavouées.

On a coutume de distinguer trois grandes catégories de circulaires[1] : les circulaires d'orientation, qui comportent l'énoncé d'une politique, fixent des objectifs stratégiques ; les circulaires d'organisation du service dont les destinataires principaux sinon exclusifs sont les agents publics ; les circulaires traditionnellement qualifiées d'« interprétatives ». Ces dernières, adressées aux agents du service pour les éclairer sur la façon d'appliquer les textes, peuvent aussi éclairer les administrés : c'est pourquoi elles doivent être portées à leur connaissance dès lors que, pour reprendre la formulation de la loi de 1978, elles « *comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* ». Il n'y a pas, d'ailleurs, que les administrés : les collectivités territoriales, comme le montre Isabelle Muller-Quoy, ont elles aussi besoin de cette source d'information précieuse qui leur est relayée par les préfets puisque – autonomie locale oblige – elles ne sont pas officiellement destinataires des circulaires ministérielles.

Mais cette classification tripartite est à la fois réductrice, dans la mesure où chaque catégorie de la typologie pourrait aisément se subdiviser en plusieurs autres, et simplificatrice car beaucoup de circulaires se laissent difficilement classer dans une seule et unique catégorie. Et on a du mal à assigner leur place au sein de cette trilogie aux « circulaires budgétaires » qui, à raison de plusieurs dizaines par an, encadrent le processus d'élaboration du budget. L'imagination bureaucratique, décidément, n'a pas de bornes…

• Les *circulaires d'orientation* sont devenues, depuis une vingtaine d'années, comme l'a rappelé Lucie Cluzel, un vecteur privilégié de communication pour le lancement et le pilotage de grandes réformes administratives. On pense immédiatement à quelques grandes circulaires du Premier ministre arrêtant une « feuille de route » – circulaire Rocard de 1989 sur le renouveau du service public, circulaire Juppé de 1995 sur la réforme de l'État, circulaire Ayrault de 2013 sur la modernisation de l'action publique – qui ont été ensuite déclinées en d'innombrables circulaires ministérielles visant à transmettre des consignes plus précises aux services centraux ou déconcentrés. Car, après les circulaires fixant le cap et les grandes lignes de la réforme, d'autres sont nécessaires pour les mettre en œuvre. Les circulaires interviennent donc à la fois en amont des réformes et en aval, formant « un pont entre le discours et la règlementation, qu'elles annoncent ou expliquent » (Lucie Cluzel). Mais il arrive aussi qu'une circulaire se réduise à un effet d'annonce, sans que soient mis en œuvre les moyens nécessaires à la concrétisation des intentions affichées : c'est le cas – symptomatique, on y reviendra plus loin – des « circulaires sur les circulaires », dont la réitération à intervalles réguliers atteste l'ineffectivité.

Comme l'a montré Christophe Daadouch dans sa thèse, malheureusement inédite[2], la pratique des circulaires d'orientation témoigne d'un glissement dans l'usage de l'outil qui, procédé de communication interne à l'origine, devient support de communication institutionnelle, voire de communication politique, visant à informer non seulement ni même essentiellement les services mais l'opinion, des orientations à venir.

Un objectif de communication externe peut d'ailleurs être poursuivi par des circulaires qui, en apparence, s'adressent seulement aux agents, et qu'on rangerait *a priori* parmi les circu-

[1] Cette présentation tripartite est reprise par la circulaire du 15 juin 1987 sur les circulaires : « – exposé d'une politique gouvernementale ; – commentaire des lois et règlements ayant pour objet de préciser, par une exacte interprétation de leurs dispositions, les droits et obligations des personnes concernées, en vue d'assurer, sur l'ensemble du territoire de la République, une application aussi uniforme que possible du droit positif ; – détermination des règles de fonctionnement des services ».

[2] Christophe Daadouch, *La circulaire et l'exercice de l'autorité dans l'administration*, Thèse Paris X-Nanterre, 2000.

laires d'organisation du service – pour peu qu'on leur donne une certaine publicité. À titre d'exemple on citera une circulaire aux préfets de 1991 relative à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme ou, plus près de nous, la circulaire du ministre de l'intérieur donnant à ces mêmes préfets un *vademecum* pour fonder en droit des arrêtés d'interdiction des spectacles de Dieudonné[3].

Ce caractère mixte ou plurifonctionnel des circulaires est parfaitement illustré par la circulaire du 28 novembre 2012 « relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière » dont on verra plus loin qu'elle a fourni l'occasion d'une évolution jurisprudentielle notable. Elle peut être qualifiée à un double titre de circulaire « d'orientation » : d'une part, parce qu'elle vise à orienter les pratiques préfectorales en définissant « des critères objectifs et transparents » d'admission au séjour des étrangers en situation irrégulière ; d'autre part parce qu'elle a fait l'objet d'une communication devant le Conseil des ministres puis d'une présentation publique par le ministre de l'intérieur mettant en avant le fait qu'elle concrétise « *les nouvelles orientations en matière d'admission au séjour des étrangers en situation irrégulière* » et qu'elle est conforme aux « *engagements du président de la République* ».

Cette porosité entre les différents usages des circulaires rend illusoire la tentative de les enfermer dans une typologie rigide et contribue à entretenir le flou sur leur nature et leurs fonctions.

• On peut en dire autant des *circulaires d'organisation du service*. Elles aussi ont rarement une fonction unique et peuvent servir de support à la fixation d'orientations concernant telle ou telle politique publique. Mais surtout, sur leurs fonctions manifestes se greffent des fonctions latentes. Frédéric Ocqueteau a ainsi insisté sur le fait que si les circulaires sont des instruments de pilotage de la machine policière dans la mise en œuvre de la sécurité publique, elles véhiculent aussi des enjeux symboliques et s'inscrivent dans les rapports de force existants au sein du ministère de l'intérieur, servent à gérer les tensions nées de certaines réformes comme le rapprochement entre la police et la gendarmerie ou à traiter des questions épineuses comme la protection des fonctionnaires de sécurité ou la répression disciplinaire.

Étudiant le mode de production des « circulaires budgétaires », Jean-François Boudet évoque un « parler budgétaire » propre à la direction du budget et souvent incompris des autres directions du ministère. Évoquant plus particulièrement le cas des circulaires relatives aux dépenses de personnel, il décèle dans la façon dont elles sont rédigées ou diffusées à l'intérieur de l'administration les marques d'une forme de jalousie ou de concurrence machiavéliques entre ces différentes directions.

D'une façon générale, les circulaires remplissent, dans les rapports internes à l'administration, des fonctions sinon occultées du moins méconnues, qui expliquent leur pérennité et la place éminente qu'elles continuent à occuper malgré la récurrence des critiques[4]. Du côté du chef de service, l'édiction des circulaires participe de l'affirmation du pouvoir hiérarchique – un pouvoir hiérarchique qui s'exerce par la voie de règles générales et impersonnelles plutôt que d'ordres individuels, caractéristique du modèle bureaucratique français décrit jadis par Michel Crozier. Du côté des subordonnés, l'obéissance aux circulaires ne s'explique pas uniquement ni même principalement par l'obligation statutaire de respecter les prescriptions du supérieur hiérarchique. Certes, on connaît la remarque satirique de Boucher de Perthes rapportée par Guy Thuillier et rappelée par Vida Azimi : « *En cas de doute, la circulaire doit avoir raison, parce que c'est la nation qui fait la loi et que c'est le chef de bureau qui fait la circulaire* ». Reste que, pour obtenir cette obéissance, le ministre ne rappelle pas l'obligation d'obéissance hiérarchique, il ne joue pas sur le registre de la menace et de la

[3] Circulaire du 6 janvier 2014 - Lutte contre le racisme et l'antisémitisme – manifestations et réunions publiques – Spectacles de M. Dieudonné M'Bala Mbala.

[4] Nous nous inspirons ici des analyses de Christophe Daadouch dans sa thèse précitée.

sanction, il table plutôt sur le sens des responsabilités de l'agent, sur l'adhésion au projet commun. Les subordonnés obéissent parce que l'obéissance fait partie de la culture administrative ; et la circulaire, parce qu'elle concourt à la construction et à la diffusion de cette culture, participe à l'inculcation de l'obéissance.

• Considérons enfin les *circulaires dites « interprétatives »*. On sait à quel point ce qualificatif est trompeur : l'interprétation est toujours peu ou prou « constructive », l'interprète ajoute nécessairement au texte lorsqu'il en explicite le sens. C'est là un des enjeux les plus délicats des débats contentieux : à quel moment la circulaire cesse-t-elle d'être interprétative pour devenir « réglementaire » et donc *a priori* illégale car entachée d'incompétence ? Les principes s'énoncent ainsi : la circulaire devient réglementaire lorsqu'elle ajoute aux dispositions en vigueur, lorsqu'elle dit autre chose que le texte qu'elle prétend interpréter ou lorsqu'elle impose le sens de la décision à prendre là où les textes laissent à l'autorité décisionnaire un pouvoir discrétionnaire. La jurisprudence Duvignères n'a rien changé à cet égard : si la distinction circulaire interprétative *vs* circulaire réglementaire ne détermine plus désormais la recevabilité du recours, qui dépend uniquement du caractère impératif ou non des dispositions contestées, elle continue à guider l'appréciation de leur légalité. Les dispositions impératives seront considérées comme illégales si elles fixent une règle nouvelle, y compris en transformant un pouvoir discrétionnaire en compétence liée, si elles trahissent le sens des dispositions qu'elle prétendent interpréter ou – c'est là l'autre innovation de l'arrêt Duvignères – si elles reprennent une disposition législative ou règlementaire contraire à une norme de valeur supérieure, par exemple incompatible avec une convention internationale. Mais l'application de ces critères, notamment du premier, se révèle très subjective et donne des résultats aléatoires. D'autant que les rédacteurs de circulaires ont appris, pour échapper à la censure du juge, à faire passer pour de simples orientations non obligatoires des dispositions que les agents chargés d'instruire les dossiers appliqueront, eux, à la lettre, sans se laisser arrêter par des artifices de rédaction du type : « en règle générale, vous serez amenés à… », « dans la plupart des cas il en résultera que… ».

La circulaire, source de droit

Au-delà des enjeux contentieux, les exemples abondent de circulaires qui créent bel et bien du droit. Le plus souvent cette création est dissimulée, comme on vient de le rappeler, derrière la volonté du législateur par le jeu d'une interprétation « constructive », sous couvert d'expliciter les termes de la loi ou du règlement (que faut-il entendre par « ressources stables et suffisantes » en matière de regroupement familial ou par « dettes contractées pour les besoins de la vie courante » dans les relations entre partenaires d'un Pacs ?) ou de fournir le mode d'emploi d'un dispositif nouveau (on a cité à cet égard la circulaire de la chancellerie sur la réforme du nom de famille). À partir d'un certain stade, la circulaire devient clairement « supplétive ». Ainsi, la circulaire du 5 avril 2013 sur le contrôle *a posteriori* exercé sur les actes des collectivités territoriales, mentionnée par Isabelle Muller-Quoy, propose, en dehors de tout fondement législatif ou règlementaire, de faire une distinction entre les lettres d'observations valant recours gracieux – donc préparatoires à l'introduction éventuelle d'un déféré préfectoral – et les autres, qui auraient une portée simplement pédagogique.

Le stade ultime est atteint lorsqu'elle ne prétend même plus s'appuyer sur un texte préexistant et vise à pallier l'absence de norme applicable. La définition de la mort – ou du moins le critère de détermination de la mort – a ainsi été réglée jusqu'en 1996 par des circulaires successives, dont la première remontait à 1948. Dans le domaine de l'immigration, c'est par circulaires qu'ont été réglementées, jusqu'au milieu des années 1970, une série de questions touchant au statut des étrangers comme le regroupement familial, le droit au travail des demandeurs d'asile ou le régime des étudiants. Outils indispensables pour compenser l'abstention du gouvernement et le silence du législateur, elles avaient de surcroît l'avantage de la souplesse et de la discrétion… si l'on considère les choses du point de vue de l'administration, bien entendu.

Difficile de douter, dans ces conditions, que les circulaires sont une source du droit, même si la question peut encore alimenter les querelles doctrinales. Les civilistes, nous a dit Stéphane Gerry-Vernières, les considèrent soit comme inutiles, puisqu'elles sont censées ne rien faire d'autre que répéter la loi, soit comme illégitimes en tant qu'expression d'un droit souterrain et dissymétrique ; ils seraient influencés en cela, ajoute-t-elle, par la conception « désuète » de la circulaire qui se dégage de la jurisprudence civile. Il serait plus juste de dire : déconnectée de la réalité, car cette conception canonique de la circulaire est conforme à la doxa des administrativistes qui se cale, elle, sur la jurisprudence du Conseil d'État.

Mais l'enjeu n'est pas seulement théorique, il est aussi très concret : les administrés ont besoin de connaître la portée exacte des dispositions d'une circulaire, de savoir jusqu'à quel point elles leur sont opposables, s'ils peuvent s'en prévaloir à l'encontre de l'administration, si celle-ci est tenue de respecter sa propre doctrine. Or ce double jeu de la circulaire qui entretient le flou sur la portée de ses dispositions bafoue à l'évidence l'impératif de sécurité juridique.

On peut donc considérer à cet égard comme un progrès la décision récente de la cour administrative d'appel de Paris du 4 juin 2014, confirmée par une série de décisions ultérieures émanant d'autres juridictions, qui ressuscite la jurisprudence quasiment enterrée *Crédit Foncier de France* sur les directives. S'agissant de la circulaire du 28 novembre 2012 dite « de régularisation », déjà évoquée plus haut, ces arrêts posent le principe que, lorsqu'une circulaire a défini des « orientations générales » et fixé des « lignes directrices », le préfet ne peut pas les ignorer : même si elles ne sont pas impératives il doit en tenir compte dans l'examen les demandes et s'il décide de s'en écarter, il doit en donner les motifs ; de leur côté, les intéressés peuvent donc s'en prévaloir. Cette évolution jurisprudentielle, dans laquelle il faut lire la concrétisation des réflexions du Conseil d'État sur le « droit souple »[5], est loin de supprimer toutes les marges d'incertitude, comme en témoignent les divergences d'appréciation déjà constatées concernant l'identification des « lignes directrices »[6]. Non seulement, par conséquent, il faudra souvent aller au contentieux pour faire trancher ce point, mais l'appréciation pourra varier d'une juridiction à l'autre.

L'accès aux circulaires : perplexité et régression

C'est encore l'exigence de sécurité juridique – mais aussi d'accessibilité du droit – qui sont en cause s'agissant de la publicité des circulaires, comme y a insisté Pascal Combeau. Or le décret du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires a été plutôt source de confusion que de clarification et n'a pas eu l'effet escompté.

Première source de perplexité : l'énoncé selon lequel « *une circulaire ou une instruction qui ne figure pas sur le site mentionné [...] n'est pas applicable. Les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés...* ». Mais le propre des circulaires n'est-il pas, justement, de ne pas être opposables aux administrés ?

Deuxième source de confusion, aggravée par les errements jurisprudentiels : quelles sont les conséquences réelles de l'absence de mise en ligne et quel est l'impact exact de la date limite du 1er mai 2009 fixée par le décret ? La jurisprudence du Conseil d'État, comme l'ont relevé tour à tour aussi bien Pascal Combeau que Geneviève Koubi, Serge Slama et Gérard Sadik, a été sur ce point contradictoire, pour ne pas dire incohérente. Appliquant à la lettre le

[5] Étude annuelle 2013 du Conseil d'État, « Le droit souple », n° 64, La Documentation française, 2013. Voir notamment p. 144 où est pointé l'intérêt de disposer de « lignes directrices » dans les domaines de l'admission au séjour des étrangers en situation irrégulière et de nationalité.

[6] Voir les conclusions du rapporteur public, Amélie Fort-Besnard, in *AJDA* 2014, p. 1541 et le commentaire de Serge Slama, « L'invocabilité des lignes directrices dans les procédures de régularisation de sans-papiers », *AJDA* 2014, p. 1773.

décret, il a ainsi jugé qu'une circulaire de 2008 qui n'avait pas été mise en ligne au 1er mai 2009 devait être regardée comme abrogée à cette date et que sa mise en ligne postérieure n'avait pas eu pour effet de la remettre en vigueur : il donc prononcé un non lieu à statuer sur le recours dirigé contre cette circulaire [7]. Mais dans une autre espèce il a accepté d'examiner au fond un recours contre une circulaire non référencée sur le site et de l'annuler, néantisant ainsi le décret qui n'est même pas cité[8]. Dans d'autres cas il a atténué la portée du texte : il a par exemple jugé qu'une circulaire non mise en ligne et donc réputée abrogée à la date du 1er mai 2009 pouvait néanmoins faire l'objet d'une demande d'annulation dès lors qu'elle avait reçu un commencement d'application[9] ; ou encore il a admis l'applicabilité immédiate d'une circulaire non publiée dès lors qu'elle visait à faire cesser une application irrégulière du droit et à prescrire aux services de prendre des décisions conformes aux normes communautaires[10].

Non seulement, on le voit, le décret de 2008 a été source de confusion, mais ses objectifs n'ont pas été atteints. L'objectif mis en avant était de favoriser l'information des administrés et l'accessibilité du droit en remédiant au non respect de l'obligation de publication des circulaires par les administrations : d'un côté, il oblige celles-ci à les publier sur un site dédié, réputé plus facile d'accès pour les citoyens ; de l'autre, il sanctionne cette obligation puisque les circulaires non référencées ne sont pas applicables et les circulaires existantes réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site.

Or le site *www.circulaires.legifrance.gouv.fr* est loin de répondre à l'objectif d'une meilleure information du public. Il faut que les citoyens soient « *mis à même de connaître l'existence des circulaires utilisées par les services et d'accéder aisément à leur contenu* ». […] *Les citoyens disposeront d'un répertoire clairement organisé et exhaustif des circulaires susceptibles de leur être appliquées* » lisait-on dans le rapport accompagnant le décret[11]. Dans les faits, il fonctionne de façon anarchique : certaines circulaires vont et viennent sur le site, des circulaires annulées ou abrogées en tout ou partie sont encore en ligne, comme Geneviève Koubi l'a illustré par de nombreux exemples. Il apparaît comme le « réceptacle désordonné et confus de textes disparates qui, d'une part, n'ont pas tous la qualité formelle de circulaire ou d'instruction administrative et, d'autre part, ne s'avèrent pas nécessairement applicables ».

En second lieu, alors que l'article 1er du décret prévoyait que : « *Les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'État [...] sont classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation* », cette consultation, comme plusieurs intervenants l'ont relevé et comme tout utilisateur du site peut aisément le constater, est tout sauf aisée. Le moteur de recherche n'est pas adapté, les mots-clés sont trop standardisés pour permettre une recherche efficace, et la recherche indexée sur le contenu des textes est impossible lorsque – et c'est fréquent – les documents mis en ligne sont numérisés en mode image et non en mode texte.

En revanche – et peut-être était-ce un objectif camouflé de le réforme – elle a renforcé l'emprise du Secrétariat général du gouvernement qui a la mainmise sur le site, décidant de l'ordre d'affichage des circulaires, jouant sur les mots clés et déterminant ainsi la visibilité (ou l'invisibilité) des circulaires.

L'impression qu'on retire de ces constats est donc celle d'une régression et non d'un progrès. L'accès aux circulaires paraît finalement plus difficile aujourd'hui qu'il ne l'était avant la réforme, beaucoup ne sont ni mises en ligne ni publiées au *Bulletin officiel*, on ne sait pas

[7] CE, 23 février 2011, *La Cimade et autres*, req. n° 332044.
[8] CE 7 avril 2011, *Association SOS Racisme*, req. n° 343387. Le recours visait deux circulaires du ministre de l'intérieur relatives à l'évacuation des campements illicites.
[9] CE 16 avril 2012, *Comité Harkis et Vérité*, req. n° 335140.
[10] CE 9 nov. 2011, *Gisti*, req. n° 348773. Était ici en cause une circulaire de 2011 relative à la portée de certaines dispositions de la « directive retour ».
[11] Rapport relatif au décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008, *JO* 10 décembre.

mieux qu'auparavant – et même parfois plus mal – lesquelles sont en vigueur et lesquelles ne le sont plus.

Enfin, sous couvert de diminuer le nombre des circulaires on a renforcé le rôle de l'intranet. La circulaire du 17 juillet 2013 prévoit que « *l'usage des circulaires sera réservé à la diffusion d'instructions signées personnellement par les ministres, se présentant sous l'intitulé "Instructions du Gouvernement"* », les notes et instructions d'information à l'attention des services devant être assurées par les outils intranet des ministères. Or, quels que soient les défauts des circulaires et les lacunes constatées dans leur publication, elles ont au moins l'avantage d'être des textes diffusables en direction des administrés. L'intranet au contraire est un moyen de communication strictement interne à l'administration, destiné à véhiculer des informations qui n'ont pas à être connues du public. Le risque est ainsi de se trouver reporté très loin en arrière, à l'époque où les circulaires étaient confidentielles, et de gommer une partie des progrès opérés depuis trente cinq ans vers plus de transparence administrative.

Le décret de 2008, comme on peut le lire entre les lignes du rapport de présentation lorsqu'il évoque la nécessité de se prémunir contre la « stratification » des textes, visait aussi à éliminer le stock de vieilles circulaires accumulées au fil du temps : l'obligation de mise en ligne à bref délai obligeait en effet les directions centrales à opérer un tri parmi les circulaires et instructions signées antérieurement au 1er mai 2009. Cet objectif non plus n'a pas été atteint, témoignant une fois de plus de l'impossibilité, dans le contexte français, de rationaliser la production des circulaires.

Rationaliser – ou organiser le désordre

Les circulaires sont-elles dangereuses, comme le suggérait le rapport du Conseil d'État de 2006 sur la sécurité juridique, ou bien sont-elles utiles, en tant qu'instrument par excellence de ce « droit mou » pour lequel plaide le même Conseil d'État dans son rapport de 2013 ?

Le rapport sur le décret de 2008 rappelait que « *les ministres ont besoin d'un instrument leur permettant de donner des instructions aux services de l'État pour assurer la cohérence de l'action du Gouvernement ; par ailleurs, les circulaires, en tant qu'elles unifient l'interprétation que fait l'administration du droit positif, sont un instrument de sécurité juridique et d'égalité devant la loi* » à tel point qu'il serait « *illusoire de prétendre en interdire catégoriquement l'usage* ». Mais, prenant acte des critiques adressées à la « prolifération » des circulaires ; il voyait dans le nouveau dispositif, parce qu'il donnait « *une vue générale sur les circulaires produites par un même ministère* », le moyen d'inciter à un « *effort d'autodiscipline* ».

Cette volonté de rationalisation est une préoccupation ancienne, qui ne va pas sans paradoxe puisque c'est souvent par voie de circulaires qu'on a proposé les moyens de stopper leur prolifération. La circulaire du 15 juin 1987 relatives aux circulaires ministérielles pointait déjà le nombre excessif des circulaires, leur qualité médiocre et leur recherche malaisée. Plus récemment on peut citer la circulaire du 25 février 2011 « relative aux instructions du Gouvernement et aux circulaires administratives » qui réaffirme la nécessité de « *mieux maîtriser le volume et l'origine de ces instructions* » et de « *distinguer celles qui définissent des priorités politiques et fixent des objectifs stratégiques de celles qui, sans être inutiles, présentent un caractère plus technique* ». La dernière en date – mais certainement pas la dernière – est la circulaire du 17 juillet 2013 relative à la simplification administrative qui, dans la perspective du « choc de simplification » annoncé par le président de la République, constate que « *l'abondance des circulaires produites par les administrations centrales et la méticulosité de leurs prescriptions […] vont à l'encontre de cet objectif* ». Elle préconise de réserver son usage « *à la diffusion d'instructions pour la mise en œuvre d'une politique publique* » et prévoit que « *le volume de chacune de ces instructions ne devra pas excéder cinq pages* ». Pas

plus que les précédentes elle n'a la moindre chance d'avoir un impact quelconque sur des pratiques aussi profondément enracinées dans l'administration.

*

Si l'objectif de cette journée était de nous éclairer, force est d'admettre qu'elle n'a fait qu'ajouter à notre perplexité. Nous, dont le métier est de nous confronter à la complexité des choses et des concepts, en ressortons enrichis de tous nos questionnements. Mais il est moins sûr – c'est un euphémisme – que cette complexité fasse le bonheur des administrés et qu'elle soit la marque du bon fonctionnement d'un État de droit.