

N° 233618

Mme D...

1^{ère} chambre

Séance du 13 décembre 2002

Lecture du 18 décembre 2002

CONCLUSIONS

Mme Pascale FOMBEUR, Commissaire du gouvernement

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs,

Mme D..., qui souhaitait le concours d'un avocat pour déposer une plainte avec constitution de partie civile, a sollicité le bénéfice de l'aide juridictionnelle. Toutefois, sa demande a été rejetée par le bureau d'aide juridictionnelle compétent au motif que ses ressources dépassaient le plafond. Pour apprécier ces ressources, il a été tenu compte de l'aide personnalisée au logement qu'elle percevait.

Mme D... a alors saisi le garde des sceaux, en janvier 2001, d'une demande d'abrogation des dispositions réglementaires prévoyant la prise en considération de l'aide personnalisée au logement (APL) dans le montant des ressources. Était mentionnée en particulier une circulaire du 26 mars 1997 destinée à harmoniser les pratiques des bureaux d'aide juridictionnelle. Vous pourrez également considérer, bien que le courrier de l'intéressée soit moins clair sur ce point, qu'était visé l'article 2 du décret du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridictionnelle, en tant qu'il n'exclut pas l'APL de l'appréciation des ressources.

Mme D... vous défère la décision par laquelle sa demande a été rejetée. Vous pourrez écarter une première fin de non-recevoir soulevée par l'administration en défense. En effet, l'acte attaqué ne constitue pas le simple rappel de la réglementation existante mais doit être analysé comme un rejet de la demande d'abrogation dont le garde des sceaux avait bel et bien été saisi. La requête

soulève également des questions de recevabilité en tant qu'elle concerne le refus d'abrogation de la circulaire, mais nous vous proposons de les réserver pour l'instant.

I. Nous commencerons donc par l'examen de la légalité du décret du 10 juillet 1991, qui soulève une intéressante question relative à l'application du principe d'égalité.

L'argumentation de la requérante est très simple : pour l'attribution de l'aide juridictionnelle, l'allocation de logement familiale (ALF) est exclue de l'appréciation des ressources, tandis que l'APL ne l'est pas. Eu égard à la similitude des objets et des régimes juridiques des deux prestations, elle en déduit que le pouvoir réglementaire a commis une erreur manifeste d'appréciation et violé le principe d'égalité.

La réponse à apporter à cette question est moins simple.

La loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique dispose à son article 5 que : « ... sont prises en considération les ressources de toute nature dont le demandeur a directement ou indirectement la jouissance ou la libre disposition. [...] Sont exclues de l'appréciation des ressources les prestations familiales ainsi que certaines prestations sociales à objet spécialisé selon des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat ».

La notion de prestations familiales est clairement définie par le code de la sécurité sociale et l'auteur du décret n'avait donc pas de marge d'appréciation sur ce point. En effet, l'article L. 511-1 du code de la sécurité sociale donne la liste des prestations familiales. Aussi, l'article 2 du décret du 19 décembre 1991 se borne à renvoyer à cet article.

En revanche, la notion de prestations sociales à objet spécialisé est plus floue, même si le législateur l'a également utilisée pour le RMI, pour la protection complémentaire instaurée dans le cadre de la couverture maladie universelle et pour l'allocation personnalisée d'autonomie (v. art. 9 de la loi n° 88-1088 du 1^{er} déc. 1988, codifié à l'art. L. 262-10 du code de l'action sociale et des familles ; art. L. 861-2 du code de la sécurité sociale ; art. L. 232-4 et L. 232-8 du code de l'action sociale et des familles). Grosso modo, on peut considérer qu'il s'agit de prestations versées sous condition de ressources qui sont destinées à compenser certaines charges particulières. Mais il n'existe ni définition ni liste précise. Sur ce point, l'article 2 du décret du 19 décembre 1991 a également procédé par renvoi, cette fois-ci à l'article 8 du décret du 12 décembre 1988 relatif à la détermination du revenu minimum d'insertion et à l'allocation de revenu minimum d'insertion et modifiant le code de la sécurité sociale, qui mentionne les majorations et l'allocation compensatrice pour tierce personne, les prestations en nature de l'assurance maladie, maternité, invalidité et de l'assurance accident du travail, les bourses d'études des enfants à charge, etc. Mais le pouvoir réglementaire disposait d'une marge d'appréciation sur cette question et n'était donc pas tenu de procéder ainsi.

Le problème vient de ce qu'au nombre des prestations familiales figure l'allocation de logement familiale, tandis que l'aide personnalisée au logement ne fait partie ni des prestations familiales, ni des prestations énumérées par l'article 8 du décret du 12 décembre 1988. De la loi, il résulte que le pouvoir réglementaire avait compétence liée pour exclure l'ALF des ressources prises en considération, au moins selon certaines modalités, alors qu'aucune obligation semblable ne valait pour l'APL.

1. Une première question appelle, sans hésitation, une réponse positive : le Gouvernement aurait légalement pu exclure l'APL des ressources à prendre en considération, au titre des prestations sociales à objet spécialisé.

Certes, l'APL n'est ni une prestation de sécurité sociale, ni une prestation d'aide sociale, mais une prestation prévue par le code de la construction et de l'habitation. Toutefois, elle est accordée sous condition de ressources pour prendre en charge une dépense particulière et entre bien dans la catégorie des « prestations sociales à objet spécialisé » visées par la loi. C'est en tout cas ainsi que l'ont entendu le Parlement et le Gouvernement en d'autres occasions (v., notamment, pour le RMI, l'art. 9 de la loi du 1^{er} décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion, désormais codifié à l'art. L. 262-10 du code de l'action sociale et des familles ; pour la couverture maladie universelle, l'art. R. 861-7 du code de la sécurité sociale ; et pour l'allocation personnalisée d'autonomie, l'art. 3 du décret n° 2001-1084 du 20 novembre 2001 relatif aux modalités d'attribution de la prestation et au fonds de financement prévus par la loi n° 2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie). A chaque fois, l'APL est bien considérée comme une « prestation sociale à objet spécialisé », d'ailleurs exclue, au moins pour partie, du montant des ressources servant au calcul de la prestation.

Par conséquent, le Gouvernement disposait d'un pouvoir d'appréciation pour exclure ou non l'APL des ressources à prendre en considération pour l'octroi de l'aide juridictionnelle.

2. Nous en arrivons ainsi à la seconde question, beaucoup plus délicate, qui consiste à savoir s'il a méconnu le principe d'égalité ou commis une erreur manifeste dans l'usage qu'il a fait de ce pouvoir d'appréciation.

A. Il convient à ce stade de comparer le régime de l'ALF et celui de l'APL.

L'allocation de logement familiale a été instituée par la loi du 1^{er} septembre 1948 sur les loyers pour aider les familles à supporter leurs charges de logement. Elle a été complétée en 1971 par l'allocation de logement sociale (ALS), ouverte à certaines catégories de bénéficiaires qui ne pouvaient prétendre à l'ALF ; le champ de l'ALS a d'ailleurs été progressivement étendu, de telle sorte que, depuis 1993, elle est subordonnée seulement à une condition de ressources et de non-

cumul avec l'ALF et l'APL (sur l'ALS : v. les art. L. 831-1 et suivants du code de la sécurité sociale).

L'aide personnalisée au logement, quant à elle, a été créée par la loi du 3 janvier 1977 portant réforme du financement du logement, dans la perspective d'une réduction des aides à la pierre au profit des aides à la personne, plus ciblées. Elle a ainsi un caractère social, de par sa modulation en fonction des ressources et de la situation de famille du bénéficiaire. Mais elle conserve un caractère économique d'incitation à la construction, car elle suppose que le logement fasse l'objet d'un conventionnement entre l'Etat d'une part et le bailleur ou l'organisme prêteur d'autre part, le logement devant respecter certaines normes et avoir bénéficié de financements aidés pour sa construction, son acquisition ou son amélioration. A défaut de convention, le locataire ou l'accédant à la propriété ne peut percevoir l'APL mais bénéficie, s'il en remplit les conditions, de l'allocation de logement à caractère familial ou à caractère social.

On peut relever un certain nombre de différences entre l'ALF et l'APL.

La première est une différence de nature. L'ALF est une prestation familiale, financée par la branche famille de la sécurité sociale, dont le régime figure dans le code de la sécurité sociale (art. L. 542-1 et suivants et D. 542-1 et suivants). L'APL constitue une aide, financée par un fonds alimenté en partie par crédits budgétaires, et les dispositions qui la régissent figurent dans le code de la construction et de l'habitation (art. L. 351-1 et suivants et R. 351-1 et suivants). Il s'ensuit l'application de règles différentes en matière de gestion, de versement, de contrôle et de recours contentieux.

La deuxième différence concerne le public visé. L'ALF ne s'adresse qu'à certaines catégories de bénéficiaires : personnes ayant un enfant à charge ou un ascendant à charge remplissant certaines conditions, bénéficiaires de certaines prestations familiales, jeunes ménages. L'APL, au contraire, est indépendante de la situation de famille et du nombre de personnes à charge.

Une troisième différence réside dans les conditions tenant au logement et, le cas échéant, aux engagements du bailleur. Pour percevoir l'ALF, il suffit que le logement réponde à des conditions minimales de salubrité et de peuplement ; encore existe-t-il des possibilités de dérogations temporaires. Pour ouvrir droit à l'APL, un logement doit satisfaire à des conditions plus contraignantes. En accession à la propriété, il doit avoir été construit ou amélioré au moyen de prêts aidés ou réglementés par l'Etat (prêt aidé pour l'accession à la propriété puis prêt à taux zéro ou prêt conventionné). En location, il doit appartenir à ou être géré par un organisme d'HLM, ou bien avoir été construit, acquis ou amélioré avec l'aide de l'Etat, à condition en outre que le bailleur s'engage à respecter certaines obligations précisées dans une convention passée avec l'Etat.

Une quatrième différence peut être relevée dans le montant de l'aide accordé, l'APL étant généralement plus avantageuse. Cette différence existait lors de l'édition du décret du 19 décembre 1991. A défaut de disposer de chiffres afférents à l'année 1991, on peut donner, pour 1993, l'exemple d'un ménage monoactif ayant 2 enfants, percevant un revenu égal à 2 SMIC et ayant un loyer de 1957 F : l'ALF se montait à 425 F tandis que l'APL s'élevait à 617 F. L'écart était cependant bien moindre en 2001, lorsque la demande d'abrogation de Mme D... a été rejetée. En effet, il a été décidé lors de la conférence sur la famille de juin 2000 d'harmoniser le barème des aides ; un rapprochement important a été opéré au 1^{er} janvier 2001 et un barème unique est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2002 en matière locative. En 2001, c'est donc essentiellement pour l'accession à la propriété qu'un écart demeurait.

Enfin, dernière différence, on peut noter que, pour l'ALF, la règle est plutôt le versement au bénéficiaire et le tiers payant l'exception, tandis que l'inverse prévaut pour l'APL.

Toutefois, du point de vue des bénéficiaires de l'aide, les points de convergence sont importants.

Tout d'abord, ces diverses aides ont un même objet. Il est d'apporter une aide, sous condition de ressources, en vue de la prise en charge d'une partie des dépenses afférentes à la résidence principale, qu'il s'agisse du paiement du loyer ou de remboursements d'emprunts en vue de l'accession à la propriété. Cette identité de finalité se reflète d'ailleurs dans la terminologie, plusieurs textes législatifs ou réglementaires les désignant désormais sous le terme générique d'« aides personnelles au logement », pour leur réserver un traitement similaire. Elle a également été prise en considération lors de la nouvelle codification du droit de l'action sociale, qui fait figurer à la suite les unes des autres les dispositions relatives à l'APL, à l'ALF et à l'ALS dans une section « aides générales au logement » du titre consacré à la « lutte contre la pauvreté et les exclusions » (art. L. 261-1 à L. 261-3 du code de l'action sociale et des familles).

Le montant de l'aide, ensuite, est calculé en fonction des mêmes critères : les ressources, la composition du foyer, le montant de la dépense effective de logement dans la limite d'un plafond, lequel varie en fonction de la taille de la famille et du lieu d'implantation du logement. L'aide couvre une partie de la différence entre la dépense effective et la dépense minimale devant rester à la charge du ménage, modulée en fonction de la taille de la famille et du niveau de ses ressources.

On peut également relever la volonté de mettre en place un guichet unique pour les bénéficiaires, tant l'ALF que l'APL étant liquidées et payées par les caisses d'allocation familiales et par les caisses de mutualité sociale agricole.

Enfin et surtout, un ménage peut remplir simultanément les conditions posées pour les

deux types de prestations. C'est d'ailleurs pourquoi elles sont exclusives l'une de l'autre, sans qu'il y ait au surplus d'option possible, puisque l'APL doit primer dans ce cas (art. R. 351-17 du code de la construction et de l'habitation). Il en résulte que deux familles qui ont la même composition, le même revenu et un loyer identique à payer peuvent l'une percevoir l'ALF et l'autre l'APL, uniquement parce que – pour simplifier – la première habite dans le parc privé ancien et la seconde en HLM.

Le maintien de plusieurs types d'aides personnelles au logement ne répond pas à une logique propre. En réalité, l'APL avait vocation à se substituer aux autres aides, mais l'unification, vingt-cinq ans après sa création, n'est pas encore achevée, essentiellement pour des raisons budgétaires. De très nombreuses institutions ont souligné les effets pervers de la coexistence de plusieurs aides ayant le même objet et ont réclamé la création d'une allocation logement unique (v. Cour des comptes, Les aides au logement dans le budget de l'Etat 1980-1993, Rapport au Président de la République, juin 1994, Direction des Journaux officiels ; Conférence de la famille, 15 juin 2000, Ministère de l'emploi et de la solidarité, La Documentation française, 2000).

Si l'on se met à la place de la requérante, on peut comprendre que l'exclusion de l'ALF dans sa totalité et la prise en compte de l'APL dans sa totalité dans l'appréciation des ressources pour l'octroi de l'aide juridictionnelle heurte le bon sens. Cette situation a d'ailleurs été critiquée en mai 2001 par la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, qui a en outre constaté des pratiques divergentes en la matière. En effet, un certain nombre de bureaux d'aide juridictionnelle reconnaissaient ne pas prendre en considération l'APL. Une modification des textes avait même été envisagée par la Chancellerie au printemps 2000, puis repoussée dans l'attente de la réforme des aides au logement (Rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, mai 2001, La Documentation française, 2001).

En droit, nous croyons qu'une telle situation pose également problème au regard du principe d'égalité. Vous savez que le pouvoir réglementaire peut régler de façon différente des situations différentes ou déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit. En outre, comme votre jurisprudence la plus récente l'explicite, il ne doit pas y avoir de disproportion manifeste entre la différence de situation et la différence de traitement (CE, ass., 28 juin 2002, *V...*, AJDA 2002 p. 589, chron. F. Donnat et D. Casas).

En l'espèce, on peut considérer que les bénéficiaires de l'ALF et ceux de l'APL sont placés dans des situations différentes. Toutefois, l'objet de la norme en cause consiste dans l'appréciation des ressources pour le bénéfice d'une prestation, l'aide juridictionnelle. La seule différence qui nous paraisse en rapport avec cet objet est celle qui existe, dans certains cas, dans le montant de l'allocation, pour une même dépense de logement. Même à la date à laquelle le décret de 1991 a été édicté, cette différence ne nous paraît pas telle qu'on puisse, sans disproportion manifeste, faire totalement abstraction de l'ALF et prendre en considération la totalité de l'APL dans le

calcul des ressources. Or, précisément, la loi de 1991 permet au pouvoir réglementaire de procéder à une modulation, puisqu'elle dispose que sont exclues certaines prestations « selon des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat ». Le Gouvernement pouvait ainsi exclure l'APL dans une certaine limite, par exemple.

En prévoyant qu'elle serait prise en considération dans sa totalité, nous croyons que le décret de 1991 a méconnu le principe d'égalité. Par suite, l'autorité compétente, saisie d'une demande d'abrogation des dispositions incriminées, était tenue d'y déférer (CE, ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, rec. CE p. 44 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13^e éd., n° 101).

Il est vrai que vous pourriez être effrayés par les conséquences financières de votre décision. En effet, le même raisonnement vaudra également pour l'allocation de logement sociale. Or, à la fin de l'année 2001, 6,2 M de ménages bénéficiaient d'une aide au logement, dont 20 % percevant l'ALF, tandis que 36 % percevaient l'ALS et 44 % l'APL. Le nombre d'admissions à l'aide juridictionnelle pourrait donc augmenter de façon notable. Mais ces risques doivent être relativisés. En effet, en pratique, un grand nombre des bureaux d'aide juridictionnelle situés dans les ressorts les plus peuplés excluent d'ores et déjà l'APL de l'appréciation des ressources, comme l'a mis en évidence le rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice – si vous nous suivez, votre décision montrera d'ailleurs qu'ils avaient raison car ils s'abstenaient d'appliquer un texte illégal. Au surplus, en droit, il appartiendra au pouvoir réglementaire d'adopter l'équilibre qu'il jugera le plus satisfaisant entre d'une part le plafond des ressources et d'autre part une exclusion, partielle le cas échéant, des aides personnelles au logement. Ajoutons enfin que pour toutes les autres prestations sous condition de ressources, les différentes aides personnelles au logement sont traitées de façon homogène, quitte à ce qu'il soit tenu compte d'un forfait, comme pour le RMI et pour la protection complémentaire en matière de santé (v. l'art. 9 du décret n° 88-1111 du 12 déc. 1988 et l'art. R. 861-7 du code de la sécurité sociale).

II. Si vous nous suivez sur cette première question, il vous faudra alors décider du sort à réserver au refus d'abrogation de la circulaire de 1997. La difficulté vient de ce que, en affirmant que l'APL doit être prise en considération pour apprécier le montant des ressources des demandeurs à l'aide juridictionnelle, la circulaire interprète très fidèlement un décret illégal.

C'est cette seconde question, d'intérêt plus général pour votre jurisprudence, qui a motivé le renvoi de cette affaire devant votre formation.

1. Malgré quelques hésitations, votre jurisprudence manifeste le souci d'assurer un contrôle de plus en plus approfondi sur les circulaires.

A. Dans une première étape, vous avez accepté de rechercher, derrière la circulaire, les

règles nouvelles qui étaient édictées, sans vous attacher à la forme de l'acte.

Cette jurisprudence, dont les premiers jalons remontent au début du XXe siècle, a été clairement fixée par votre décision d'assemblée *Institution Notre-Dame du Kreisker* (29 janv. 1954, rec. CE p. 64 ; RPDA 1954, p. 50, concl. B. Tricot ; AJ 1954.II bis, p. 5, chron. F. Gazier et M. Long ; GAJA, 13^e éd., n° 76). Soit la circulaire se borne à interpréter les textes en vigueur, et elle ne fait pas grief. Soit elle fixe des règles nouvelles, et elle a, dans cette mesure, un caractère réglementaire. Les administrés sont alors recevables à déférer au juge de l'excès de pouvoir les dispositions correspondantes, et le juge examine leur légalité de la même façon que s'il s'agissait d'un arrêté. Dans l'affaire *Notre-Dame du Kreisker*, vous avez notamment jugé que le ministre de l'éducation nationale n'avait pu légalement exiger des établissements privés d'instruction secondaire un certain nombre de renseignements, à peine d'irrecevabilité de leur demande de subvention à un département ou une commune.

B. Dans une deuxième étape, vous avez décidé de rechercher, derrière l'interprétation, les règles qui auraient pu être ajoutées aux textes interprétés.

Cet approfondissement du contrôle est illustré par votre décision *Ordre des avocats à la cour de Paris* du 15 mai 1987 (rec. CE p. 175 ; RFDA 1988, p. 145, concl. J. Marimbert). Lorsqu'une circulaire interprète par exemple une loi nouvelle, vous vérifiez qu'elle n'ajoute pas à cette loi et ne méconnaît par ailleurs aucune autre règle de droit. Ce n'est qu'au terme de cette vérification que vous affirmez que les dispositions critiquées constituent une « simple interprétation » et, par suite, ne sont pas susceptibles de recours. La décision *Ordre des avocats* a d'ailleurs recours aux travaux préparatoires de la loi pour vérifier que l'interprétation donnée par le garde des sceaux correspond à l'intention du législateur.

Votre jurisprudence paraissait jusque-là partagée. Certaines décisions considéraient qu'en faisant connaître l'interprétation qu'appelaient les dispositions d'une loi ou d'un décret, l'autorité administrative ne prenait aucune décision susceptible de recours, quel que soit le bien-fondé de l'interprétation donnée (CE, ass., 9 avr. 1954, *Union nationale des associations de parents d'élèves de l'enseignement libre et Fédération départementale de la Seine des associations de parents d'élèves de l'enseignement libre*, rec. CE p. 224 ; AJ 1954.II bis, p. 5, chron. F. Gazier et M. Long ; CE, ass., 5 mai 1961, *Société Librairie Aristide Quillet et société Cabus et R...*, rec. CE p. 297 ; AJ 1961, p. 329, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot ; CE, sect., 5 mars 1976, *VA... et association des avoués de la Seine*, rec. CE p. 137). D'autres décisions, moins nombreuses, trouvaient dans une circulaire apparemment interprétative des règles applicables à une situation que le texte commenté n'avait pas prévue et admettait la recevabilité du recours dans cette mesure (v. notamment : CE, sect., 20 déc. 1963, *Confédération générale des vignerons du Midi*, rec. CE p. 648). La décision *Ordre des avocats à la cour de Paris* aurait pu apparaître comme la simple manifestation de la seconde de ces deux tendances.

Toutefois, la méthode qu'elle retient a été confirmée par la suite et c'est bien celle que vous appliquez, dès lors, du moins, que la circulaire est rédigée dans des termes impératifs. Ainsi, votre décision d'assemblée *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés* du 29 juin 1990 (rec. CE p. 171, concl. R. Abraham ; *GAJA*, 13^e éd., n° 104), recherche si la circulaire attaquée interprète exactement les stipulations de l'accord franco-algérien pour apprécier son caractère réglementaire ; à cette occasion, elle tranche de délicates questions d'interprétation des stipulations de l'accord. Votre décision de section du 26 février 1993, *Rassemblement pour la République* (rec. CE p. 38) a recours aux travaux préparatoires de la loi pour en vérifier la correcte interprétation. Plus récemment, mais selon la même logique, vous avez même posé une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes pour vérifier l'exactitude de l'interprétation d'une directive donnée par une circulaire (CE, 9 févr. 2000, *Syndicat des producteurs indépendants*, à ment. aux tables du rec. CE ; CE, 27 juin 2001, *Syndicat des producteurs indépendants*, *ibid.*).

Vous procédez donc à une vérification approfondie, qui conduit à considérer comme réglementaire une circulaire qui interprète mal les textes qu'elle commente, parce que, de ce fait, elle prescrit l'application de règles différentes de celles qui résultent des normes existantes. Affirmant autre chose que les textes qu'elle prétend interpréter, elle ajoute ou retranche au droit applicable et crée de ce fait une norme nouvelle.

C. Enfin, dans une troisième étape, certaines de vos décisions ont admis qu'une circulaire fasse grief, dès lors que l'interprétation donnée en des termes impératifs conduisait à prescrire l'application de textes illégaux ou contraires à des normes supérieures.

Le pas a été franchi par votre décision *IFOP* du 18 juin 1993 (*Institut français d'opinion publique et autres*, rec. CE p. 178 ; *Revue adm.* 1993, p. 322, concl. F. Scanvic), d'ailleurs dans une hypothèse où cette partie du raisonnement ne constituait pas le soutien nécessaire du dispositif. Selon le considérant de principe de cette décision : « l'interprétation donnée par l'autorité administrative des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre, au moyen de dispositions impératives à caractère général, n'est susceptible d'être directement 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'explicitier ou contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques ».

2. A partir de cette décision, s'ouvre toutefois ce que l'on pourrait qualifier de querelle des anciens et des modernes. Votre jurisprudence porte en effet la marque de deux courants contraires, dont l'un tire toutes les conséquences du considérant de principe de la décision *IFOP*, tandis que l'autre refuse certaines de ses implications.

A. Le premier courant est illustré par un certain nombre de décisions, qui considèrent que le juge doit tenir compte de l'ensemble du droit applicable pour vérifier que la circulaire en

donne une correcte interprétation, eu égard aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ; le juge peut ainsi être amené à vérifier que la règle qu'exprime le texte commenté et que réitère la circulaire n'est pas, le cas échéant, contraire à un texte de niveau supérieur.

A ce titre, confrontés à une circulaire contraire à un décret partiellement illégal, vous avez vérifié qu'elle interprétait exactement tant la loi que les dispositions réglementaires légalement applicables pour en déduire l'absence de caractère réglementaire (CE, 14 janv. 1998, *Confédération française démocratique du travail*, rec. CE p. 2). Face à un communiqué de la commission des sondages qui enjoignait aux médias de se conformer à la loi, vous avez vérifié que la loi n'était pas incompatible avec un engagement international (CE, sect., 2 juin 1999, *M...*, rec. CE p. 160 ; LPA n° 113, 8 juin 1999, p. 11, concl. J.-C. Bonichot ; AJDA 1999, p. 560, chron. F. Raynaud et P. Fombeur). Enfin, vous avez jugé réglementaire et illégale une circulaire qui préconisait l'application d'un décret dont vous aviez d'ores et déjà constaté l'illégalité (CE, 7 juin 2000, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, à ment. aux tables).

B. Le second courant de votre jurisprudence est, quant à lui, représenté par des décisions qui considèrent que la circonstance que le texte interprété par la circulaire serait illégal n'est pas de nature à conférer un caractère réglementaire à la circulaire. Ainsi, vous avez jugé que ne faisait pas grief une circulaire qui se bornait à interpréter un décret, sans examiner le moyen tiré de l'illégalité du décret (CE, 15 avr. 1996, *Union des industries chimiques*, rec. CE T. p. 666 ; CE, 27 mai 1998, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, rec. CE T. p. 674). Vous avez adopté la même solution pour une instruction qui reproduisait un barème joint à un règlement communautaire, sans examiner la conformité de ce règlement au Traité de Rome (CE, 6 mai 1996, *EARL du domaine d'Albareto*, rec. CE T. p. 666), ou encore pour une instruction qui se bornait à interpréter la loi, sans examiner un moyen tiré de l'incompatibilité de la loi avec les objectifs d'une directive ou de sa contrariété avec le traité instituant la Communauté européenne (CE, 8 juill. 1998, *Fédération française des spiritueux*, rec. CE p. 299 ; RJF 8-9/98 n° 1051, concl. G. Bachelier ; BDCF 4/98 n° 95 ; CE, 28 juill. 2000, *Confédération française de la boucherie, boucherie-charcuterie, traiteurs*, à mentionner aux tables du Rec. CE ; RJF 11/00 n° 1326 ; concl. G. Goulard, BDCF 11/00 n° 129).

C. Les tenants de ces deux courants font valoir, les uns et les autres, des arguments pertinents, sur lesquels nous reviendrons d'ailleurs. Il semble que, pendant un temps, vous ayez pu vous accommoder de ces divergences. Ainsi, les commentateurs autorisés de votre jurisprudence relèvent que, par votre décision de Section *M...*, vous avez entendu trancher le cas des prises de position des autorités administratives indépendantes mais non fixer de façon définitive la jurisprudence applicable aux circulaires (AJDA 1999 p. 560, chron. préc.). Pourtant, il n'est pas satisfaisant que de telles divergences subsistent trop longtemps.

3. Précisément, nous croyons que vous vous êtes engagés sur la voie de l'unification par

vosre décision d'assemblée *V...* du 28 juin 2002 (à publier au rec. CE ; AJDA 2002, p. 586, chron. F. Donnat et D. Casas ; Lettre d'information juridique, Ministère de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche, oct. 2002, p. 40, chron. TXG). Dans cette affaire était en cause un télégramme adressé par le ministre des affaires étrangères à l'ensemble des postes diplomatiques, qui affirmait que les dispositions réglementaires prévoyant l'attribution de divers avantages pécuniaires aux agents en poste à l'étranger au titre de leur conjoint ne s'appliquaient pas aux agents signataires d'un pacte civil de solidarité. Avant d'affirmer que l'acte attaqué n'était pas susceptible de recours, l'assemblée a recherché si les décrets commentés n'étaient pas devenus illégaux, du fait de l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité et des exigences du principe d'égalité. Surtout, l'arrêt réitère le considérant de principe de la décision *IFOP*, qui affirme qu'une interprétation des lois et règlements « qui contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques » est susceptible de recours. Seul un très léger aménagement y est apporté : le membre de phrase « au moyen de dispositions impératives à caractère général » voit sa place modifiée, de telle sorte que cette condition soit mieux mise en valeur. Selon les commentateurs autorisés de cette décision : « L'assemblée du contentieux a ainsi opéré une utile clarification d'une jurisprudence qui avait pu apparaître traversée de deux courants divergents » (AJDA 2002, p. 586, chron. préc.).

Toutefois, l'affaire *V...* avait été renvoyée à votre assemblée sur une autre question, celle des conséquences à tirer de l'entrée en vigueur de la loi relative au PACS, et d'aucuns ont pu avoir le sentiment que le débat ne s'était pas engagé aussi largement qu'il aurait dû l'être. C'est dans ce contexte que le jugement de la requête de Mme D... a été renvoyée à votre Section.

Aussi, bien que nous croyions la question tranchée par la décision d'assemblée, nous nous permettrons de rappeler les arguments traditionnellement échangés par les tenants de l'une et l'autre thèses.

A. En faveur de l'idée selon laquelle une circulaire qui réitère un texte illégal ne fait pas grief, on trouve un argument de droit et un argument d'opportunité.

En droit, on peut relever qu'une circulaire qui rappelle une norme existante, fût-elle illégale, ne modifie pas l'ordonnancement juridique. D'ailleurs, le plus souvent, votre jurisprudence tend à considérer que des actes qui se bornent à reproduire le contenu d'actes de valeur supérieure ne font pas grief (v., pour certaines mentions d'une décision individuelle : CE, 4 févr. 1949, *Société des usines Renault*, rec. CE p. 58 ; pour des dispositions à caractère général : CE, 28 mai 1986, *Association de défense de l'enseignement de la conduite automobile*, rec. CE T. p. 649 ; CE, 17 févr. 1992, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés*, rec. CE T. p. 1192).

En opportunité, on peut se demander s'il est bon que le contentieux se noue à propos de la circulaire. Si un texte réglementaire est illégal, il est sans doute préférable que le requérant en

demande l'abrogation puis, le cas échéant, défère au juge le refus qui lui a été opposé par l'administration. Si une loi est contraire aux engagements internationaux de la France, on peut comprendre que l'administration ne se reconnaisse pas la légitimité de l'affirmer d'elle-même. En particulier, lorsqu'un ministre prend une circulaire à la suite de l'adoption d'une loi nouvelle, on peut envisager qu'il ait certaines réticences à inviter ses services à l'écarter en raison de son incompatibilité avec tel traité ou telle directive. Vous hésitez vous-mêmes à ouvrir aux requérants, par le biais des circulaires, une voie de recours contre la loi. Ainsi, ce n'est pas un hasard si plusieurs des décisions récentes qui se rattachent à ce courant jurisprudentiel sont intervenues dans le domaine fiscal, la loi fiscale nouvelle étant toujours suivie d'une circulaire à l'intention des services chargés de la mettre en œuvre.

B. Toutefois, les arguments en faveur de la thèse inverse ont pesé plus lourd dans la décision d'assemblée de juin dernier.

En droit, tout d'abord, vous admettez déjà de façon générale qu'une circulaire qui donne une inexacte interprétation du texte qu'elle commente par le biais de dispositions impératives à caractère général fait grief. Or le but d'une autorité administrative, lorsqu'elle prend une circulaire à destination de ses services, c'est de leur indiquer comment appliquer le droit qu'ils sont chargés de mettre en œuvre. Ce droit ne se limite pas à un texte ; il résulte de la combinaison de l'ensemble des textes et principes applicables à la matière en cause. Il nous semble que vous resteriez au milieu du gué si vous vous borniez à vérifier l'exacte interprétation d'un seul texte, en faisant abstraction de son insertion dans la hiérarchie des normes. Il est tout aussi illégal d'appliquer un texte illégal que de commettre une erreur de droit dans l'application d'un texte légal. En effet, votre jurisprudence affirme de façon très ferme qu'il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même définitif (CE, sect., 14 nov. 1958, *P...*, rec. CE p. 554 ; CE, sect., 8 nov. 1968, *Ministre des finances c/ X...*, rec. CE p. 557). De la même façon, l'administration doit s'abstenir d'appliquer une loi incompatible avec un engagement international, faute de quoi elle entacherait d'illégalité ses décisions (CE, ass., 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, rec. CE p. 81, concl. M. Laroque).

En opportunité, on peut également considérer qu'il est toujours préférable de trancher le plus tôt possible la question de savoir si la position prise par l'administration est la bonne, afin d'éviter la multiplication des contentieux ultérieurs. C'est la raison même de l'approfondissement de votre contrôle depuis votre décision *Ordre des avocats à la cour de Paris* que de censurer les circulaires qui prescrivent de commettre des illégalités. Comme le président Tricot le faisait déjà valoir dans ses conclusions sur votre décision *Institution Notre-Dame du Kreisker*, il y a des inconvénients importants à obliger les administrés « à attendre la prise d'une décision individuelle alors que l'illégalité est déjà patente et qu'il serait opportun de la sanctionner sans attendre qu'elle ait sévi dans de nombreux cas particuliers » (RPDA 1950, p. 54). On peut ajouter que, dans la pratique administrative, les circulaires revêtent une grande importance, à tel point

que les services s'y réfèrent parfois plus qu'aux lois et aux décrets qu'elles entendent interpréter. Le Premier ministre, par une circulaire du 15 juin 1987 « relative aux circulaires ministérielles » (JORF 17 juin 1987, p. 6460), avait ainsi jugé utile de rappeler que : « l'intervention d'une circulaire ne doit jamais être regardée comme une condition nécessaire à l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un règlement ».

Pour ces raisons, il paraît pleinement justifié d'admettre la recevabilité et le bien-fondé d'un recours dirigé contre une circulaire qui prescrit l'application d'un texte qui n'est pas légalement applicable.

4. Si l'on est ainsi d'accord sur le résultat, on pourrait en revanche avoir une hésitation sur le chemin à emprunter pour y parvenir, et ce pour deux raisons.

A. En premier lieu, le raisonnement adopté depuis maintenant une quinzaine d'années à propos des circulaires apparemment interprétatives aboutit, selon les termes des auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* dans leurs observations sous la décision *Institution Notre-Dame du Kreisker*, à inverser la démarche antérieure : « le Conseil d'Etat ne commence pas par examiner la nature de la circulaire, mais sa légalité ; de sa légalité, il déduit sa nature. C'est la légalité de la circulaire qui révèle son caractère interprétatif ». Il peut sembler relativement illogique de déduire la recevabilité de la requête de son bien-fondé. D'ailleurs, le juge des référés, saisi d'une demande de suspension d'une circulaire, peut être embarrassé par le lien existant entre les deux questions (v. par ex. la rédaction adoptée par CE, ordonnance du juge des référés, 6 juill. 2001, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, à publier au rec. CE : « eu égard aux arguments invoqués par le requérant pour contester la pertinence de l'interprétation donnée par la circulaire ..., il n'apparaît pas que puisse être opposé au pourvoi tendant à l'annulation ... de la circulaire une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance »).

En second lieu, le caractère d'acte faisant grief est en principe une question d'ordre public, à laquelle vous devez apporter une réponse indépendamment de l'argumentation des parties. Pour affirmer qu'une circulaire interprétative ne fait pas grief, vous devriez donc, en principe, vérifier d'office qu'elle interprète exactement l'état du droit, tel qu'il doit être appliqué dans le respect de la hiérarchie des normes. Vous devriez ainsi rechercher vous-mêmes si l'auteur de la circulaire ne s'est pas mépris sur le sens ou la portée des textes qu'il interprète et s'il ne préconise pas l'application d'un texte illégal, avant de pouvoir rejeter la requête comme irrecevable. Or vous considérez que la violation d'un texte supérieur ne doit pas être relevée d'office par le juge, contrairement à la méconnaissance du champ d'application de la loi (v. notamment : CE, sect., 11 janv. 1991, *SA Morgane*, rec. CE p. 9 ; RFDA 1991 p. 652, concl. M.-D. Hagelsteen ; CE, 16 janv. 1995, *SARL « Constructions industrielles pour l'agriculture » (CIPA)*, rec. CE p. 35 ; et en dernier lieu : CE, ass., 6 déc. 2002, *Z...*, à publier au rec. CE). Il nous semble donc qu'en tout état de cause, il conviendrait que vous vous borniez à examiner l'argumentation des requérants.

Mais vous ne pourriez pas affirmer que la circulaire ne fait pas grief, puisqu'il serait possible qu'un autre requérant, plus perspicace, démontre le contraire. Il vous faudrait vous borner à juger la requête irrecevable, eu égard aux moyens qu'elle soulève.

B. Dans ces conditions, nous nous demandons s'il n'est pas plus facile d'affirmer clairement ce que vous faites depuis plusieurs années sans le dire, c'est-à-dire d'admettre l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des circulaires qui donnent une interprétation impérative du droit applicable.

Cette question nous paraît en effet dissociable du caractère normatif ou non des circulaires. Nous voudrions rappeler à cet égard que votre jurisprudence regarde déjà comme susceptibles de recours un certain nombre d'actes qui n'ajoutent pas à l'état du droit.

En premier lieu, il en est ainsi lorsqu'un décret se borne à rappeler les règles légalement applicables (CE, ass., 16 janv. 1981, *Fédération des Associations de propriétaires et agriculteurs de l'Ile-de-France et Union nationale de la propriété immobilière*, rec. CE p. 19) ou à expliciter la loi (CE, 19 déc. 1979, *Société de droit anglais Hoverlloyd Limited*, rec. CE p. 474).

En deuxième lieu, vous admettez de connaître de la légalité de certains actes-types, bien qu'ils n'aient pas d'effets juridiques par eux-mêmes, lorsqu'ils manifestent une forme de préjugé de l'administration, qui approuvera plus facilement les contrats conformes à leurs dispositions (v. pour le cahier des charges type de distribution du gaz : CE, ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, rec. CE p. 294 ; Dr. soc. 1961, p. 175, concl. G. Braibant ; pour le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles : CE, 2 juill. 1982, *Conseil national de l'ordre des architectes*, rec. CE p. 255 ; AJ 1983, p. 30, concl. J.-M. Pauti).

En troisième lieu, vous acceptez également de voir dans certains actes déclaratifs des décisions susceptibles de recours, alors même qu'ils n'emportent pas d'effets de droit par eux-mêmes. On peut citer les attestations d'autorisations tacites (CE, 20 janv. 1971, *Le Gall*, rec. CE p. 44) et les actes constatant ou refusant de constater la caducité d'une autorisation (CE, sect., 12 oct. 1984, *L...*, rec. CE p. 331 ; AJDA 1985, p. 52, concl. B. Genevois ; CE, 2 déc. 1987, *Société civile professionnelle « Val Rose »*, rec. CE p. 394 ; CE, sect., 20 juin 1997, *Association de défense de l'environnement de Gonfaron*, rec. CE p. 249 ; CE, 27 mars 2000, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble « Le Lympia »*, à mentionner aux tables du rec. CE). Vous faites de même à l'égard des actes de délimitation du domaine public naturel (CE, 9 mars 1984, *Compagnie des salins du midi et des salines de l'est*, rec. CE p. 97). Vous acceptez également de connaître de la légalité d'une simple prise de position de l'administration relative à l'applicabilité d'un texte, dès lors qu'elle détermine l'issue d'un différend (CE, sect., 5 nov. 1993, *SA Le Courrier de l'Ouest*, rec. CE p. 303), ou encore d'un acte par lequel l'administration reconnaît ou non la légalité d'un projet à la demande d'un administré et, par cette prise de position anticipée, fait ou non obstacle à l'opération envisagée (CE, sect., 29 janv. 1993, *Société NRJ*, rec. CE p. 17 ;

CE, 28 juill. 1993, *Ministre de l'intérieur c/ Mme JJ...*, rec. CE T. p. 929). De ces décisions, on peut également rapprocher votre jurisprudence relative aux mises en demeure, bien qu'elle comporte encore une certaine part d'ambiguïté.

En quatrième et dernier lieu, il vous arrive, au moins dans certaines hypothèses, d'admettre l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes superfétatoires. Vous procédez ainsi en matière d'autorisations de licenciement (CE, sect., 5 juin 1987, *Mme W...*, rec. CE p. 195 ; CE, 28 févr. 1997, *Julien*, rec. CE T. p. 984), l'autorisation étant susceptible de jouer en la défaveur du salarié concerné devant le juge du contrat de travail. Vous avez également annulé une déclaration d'utilité publique dont l'emprise ne portait que sur des terrains du domaine public communal, et donc dépourvue d'effets juridiques, en relevant de façon pragmatique qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que l'acte ait été dépourvu de toute conséquence (CE, sect., 3 déc. 1993, *Commune de Villeneuve-sur-Lot*, rec. CE p. 344).

Vous vous montrez ainsi pragmatiques et vous acceptez de contrôler la légalité de divers actes qui ne modifient pas par eux-mêmes l'ordonnancement juridique mais ont toutefois des incidences pratiques. En particulier, comme le montre votre jurisprudence sur les actes types et les actes déclaratifs, vous considérez dans certaines hypothèses qu'il vaut mieux opérer un contrôle en amont pour prévenir des illégalités ultérieures. Eu égard à l'importance qu'elles exercent, dans les faits, sur l'activité de l'administration, il nous semble que vous pouvez vous engager sur la même voie pour contrôler les circulaires interprétatives, dès lors du moins qu'elles revêtent un caractère impératif.

C. Si vous ouvrez ainsi une voie de recours, vous ne changerez pas pour autant la nature des circulaires interprétatives. Deux points en particulier nous paraissent devoir être précisés.

Le premier concerne les moyens à examiner. A notre sens, la discussion ne pourra utilement s'ouvrir devant le juge que sur la question de la compétence de leur auteur et sur celle de leur légalité interne, au regard de l'ensemble des normes applicables à la matière concernée. Par compétence, nous entendons compétence à interpréter, par des dispositions impératives à caractère général, le droit que l'administration a pour mission de mettre en œuvre. 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 œuvre – c'est le cas notamment des communiqués des autorités administratives indépendantes que vous avez été amenés à contrôler dans vos décisions *IFOP* et *M...* précitées. En revanche, une circulaire impérative est entachée d'incompétence lorsqu'elle prescrit l'application d'un texte à des personnes qui doivent jouir d'une totale indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi, vous avez annulé une lettre du ministre de la justice au président d'un bureau d'aide juridictionnelle qui prenait parti sur le droit à appliquer dans des termes valant instruction, au motif qu'il n'appartenait pas au ministre de la justice d'adresser de

telles instructions à ces bureaux (CE, 31 mai 2000, *T... et D...a*, à ment. aux tables du rec. CE). Pour le reste, dès lors que la circulaire ne crée pas de toutes pièces de nouvelles règles mais interprète mal le texte qu'elle prescrit d'appliquer ou bien prescrit l'application d'un texte illégal, nous croyons que les moyens doivent être traités sous l'angle de la violation de la loi ou de l'erreur de droit et non sous l'angle de la compétence. Enfin, tous les moyens de forme et de procédure qui pourraient venir sous la plume parfois très imaginative des requérants devront, bien entendu, être écartés comme inopérants. A 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.

Le second point à préciser concerne la portée des circulaires interprétatives. Si vous nous suivez sur le mode d'examen de leur légalité, elles ne seront ni plus ni moins opposables ou invocables que jusqu'à présent. En effet, soit la circulaire interprète inexactement l'état du droit, et elle est illégale. Le juge, s'il en est saisi, doit l'annuler, et les administrés ne peuvent en tout état de cause s'en prévaloir. Soit la circulaire donne l'exacte interprétation du droit, et il est inutile pour l'administration de l'opposer et pour l'administré de l'invoquer. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 1^{er} du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers est resté assez largement lettre morte. En réalité, le seul système qui présente un intérêt, bien que son principe puisse être discuté, est celui qui existe en matière fiscale en vertu de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales. Il permet en effet au redevable de se prévaloir de l'interprétation de la loi fiscale donnée à l'époque par l'administration au moyen d'instructions ou de circulaires, indépendamment de la légalité de cette interprétation. Dans les autres matières, il faut que la circulaire invoquée ait un caractère réglementaire, et qu'elle soit en outre légale et publiée (sur la première condition, v. : CE, 19 juin 1992, *Département du Puy-de-Dôme c/ B...*, rec. CE p. 238 ; RFDA 1993, p. 689, concl. M. Pochard ; 26 oct. 1992, *Ministre de l'Education nationale, de la jeunesse et des sports c/ J...*, rec. CE T. p. 662 ; CE, 25 avr. 1994, *Ministre de l'éducation nationale*, rec. CE p. 189 ; CE, sect., 6 mai 1996, *Association « Aquitaine Alternatives »*, rec. CE p. 145 ; RFDA 1997, p. 711, concl. D. Piveteau ; v. cependant, pour une analyse critique : P. Combeau, *Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives*, AJDA 2000, p. 495).

La solution que nous vous proposons n'implique donc ni l'examen de moyens plus nombreux, ni une modification de la portée des circulaires interprétatives.

5. Si vous nous suivez, il nous semble que la démarche du juge, face à une circulaire, pourra s'analyser de la façon suivante.

A. La première étape consistera à rechercher si les dispositions critiquées ont un caractère impératif et général. Si tel n'est pas le cas, la requête devra être rejetée comme irrecevable, sans qu'il soit besoin d'en examiner les moyens. En revanche, dans l'hypothèse inverse, la circulaire déferée sera regardée comme un acte susceptible de recours.

Par dispositions impératives à caractère général, il nous semble qu'il faut entendre toutes les dispositions au moyen desquelles une autorité administrative vise soit à créer des droits ou des obligations, soit à imposer une interprétation du droit applicable en vue de l'édition de décisions. A ce titre, peuvent être écartées, tout d'abord, toutes les dispositions de 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. Il en est de même, ensuite, des commentaires des textes ou de la jurisprudence qui sont par eux-mêmes dépourvus d'incidence sur le sens des décisions que l'administration devra prendre. La décision *V...* en donne un bon exemple, lorsqu'elle considère que la circulaire attaquée se borne à faire un commentaire dénué de tout caractère impératif en tant qu'elle qualifie le pacte civil de solidarité de contrat de nature patrimoniale. Il s'agit en effet d'une affirmation dénuée de portée pratique quant aux décisions que les services devront prendre. Enfin, n'ont pas plus de caractère impératif les directives qui restent ce qu'elles doivent être, se bornant à définir des orientations générales destinées à assurer la cohérence de l'action administrative dans des matières où l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation (CE, sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/ Dlle G... et Dame A...*, rec. CE p. 750, concl. Bertrand ; *GAJA*, 13e éd., n° 92).

Il est vrai que face à certaines circulaires, l'hésitation est permise. S'agit-il de simples indications, ou au contraire de prescriptions auxquelles les destinataires de l'acte doivent se conformer ? Plus encore que la rédaction du texte, c'est l'intention de son auteur et la façon dont il est perçu par ses destinataires qui nous semblent déterminants. Dès lors que l'auteur de la circulaire expose aux services chargés de la mise en œuvre de la réglementation l'ensemble des règles applicables, en indiquant de façon univoque et non dubitative comment il faut le comprendre et l'appliquer, on peut considérer qu'il s'agit de dispositions à caractère impératif (v. par ex. CE, ass., 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, préc.). Certes, il existe une certaine marge d'appréciation pour le juge, qui doit se déterminer au cas par cas. Mais cette marge nous paraît plutôt souhaitable. Elle permet d'éviter de rentrer dans un pointillisme inutile face, par exemple, à des commentaires prolixes de l'état de la jurisprudence. Inversement, elle vous permet de censurer ce qui, dans un texte qui pourrait être regardé comme une directive, n'est plus une simple orientation mais revient bien à poser une condition nouvelle illégale (pour un exemple récent, v. l'annulation de dispositions de la circulaire relative à la délivrance de la carte de séjour « vie privée et familiale » aux étrangers ayant conclu un pacte civil de solidarité qui invitaient à retenir une durée de vie commune différente selon la nationalité du partenaire : CE, 29 juill. 2002, *Groupe d'information et de soutien des immigrés*, à mentionner aux tables du rec. CE ; v. également, pour une directive relative à l'évolution des prix dans les marchés de l'administration : CE, 20 déc. 2000, *Conseil des industries de défense françaises*, 2 esp., à ment. aux tables du rec. CE).

Au stade de la recevabilité, vous pourrez également être confrontés à des circulaires contre lesquelles les recours sont exclus, non parce qu'elles ne comportent pas de dispositions impératives, mais parce que vous n'admettez l'intérêt à agir ni des administrés, qui ne sont pas

directement concernés, ni des agents, en l'absence d'atteinte à leurs droits et prérogatives ou à leurs conditions d'emploi et de travail. Il peut s'agir de l'hypothèse dans laquelle une autorité administrative prescrit une position non à ceux qui prennent les décisions, mais à ceux qui ont un pouvoir de proposition, puisque dans ce cas l'instruction n'a qu'une incidence très indirecte sur les décisions prises (CE, 10 juill. 1995, *Association « Un Sisyphé »*, rec. CE p. 292 ; AJDA 1995, p. 644, concl. R. Schwartz ; pour une circulaire adressée aux membres du parquet dans une matière où ils ne disposent d'aucun pouvoir de décision, et qui nous paraît devoir être rattachée à ce courant : CE, 27 nov. 2000, *Mme O...*, rec. CE p. 558). Il peut également s'agir de l'hypothèse où la circulaire régit le fonctionnement interne de l'administration sans emporter aucune conséquence juridique sur les administrés, parce qu'elle ne subordonne l'exercice de leurs droits à aucune condition et ne leur accorde aucune garantie de procédure. Elle est une simple mesure d'organisation du service, qui détermine des procédures internes dépourvues de répercussion juridique sur les tiers (v., pour une circulaire fixant les opérations à accomplir pour liquider et payer certaines allocations : CE, sect., 9 mars 1951, *GU...*, p. 142 ; pour une instruction relative aux conditions d'autorisation du port de la tenue civile par les personnels de la gendarmerie : CE, sect., 13 janv. 1993, *Syndicat national autonome des policiers en civil*, rec. CE p. 13 ; DA 1993, fasc. 8, p. 1, concl. H. Toutée).

B. Si cette première étape est franchie et que la circulaire est considérée comme susceptible de recours, il convient, dans une seconde étape, de regarder le contenu de la circulaire, pour distinguer ce qui relève de l'interprétation du droit existant et ce qui relève de l'édition de normes nouvelles.

Si, première branche de l'alternative, la circulaire procède à un commentaire du droit existant, le juge doit examiner tous les moyens de la requête qui visent à critiquer l'exactitude de l'interprétation ainsi donnée, au regard de l'ensemble des principes et des textes légalement applicables, compte tenu de la hiérarchie des normes. Il doit également, le cas échéant d'office, s'interroger sur la compétence de l'auteur de l'acte, telle que nous l'avons définie il y a quelques instants. Soit la circulaire émane d'une autorité incompétente ou procède à une inexacte interprétation du droit tel qu'il résulte de l'ensemble des normes légalement applicables, et elle doit être annulée. Soit elle est compétemment prise et procède à une exacte interprétation, et la requête doit être rejetée comme non fondée, le cas échéant après avoir écarté les autres moyens comme inopérants.

Si, seconde branche de l'alternative, la circulaire édicte des normes nouvelles, il faut alors la prendre pour ce qu'elle est, c'est-à-dire un acte réglementaire. Il peut en être ainsi, soit qu'elle s'affiche comme telle, soit qu'elle se présente comme interprétative mais comporte en réalité des dispositions nouvelles, prises dans le silence des textes interprétés. Il s'agit de dispositions qui, sans doute, auraient plutôt dû figurer dans un arrêté, mais vous ne vous arrêtez pas aux formes et vous leur appliquez le même régime juridique. La question la plus délicate est souvent celle de la compétence de leur auteur. Celui-ci peut la tirer soit d'un texte exprès, soit de son pouvoir de

chef de service, en vertu de votre jurisprudence *JA...* (CE, sect., 7 févr. 1936, *JA...*, rec. CE p. 172 ; *GAJA*, 13^e éd., n° 52). Mais tout autre moyen sera recevable, y compris un moyen de procédure (v., par ex., pour un moyen tiré du défaut de consultation du comité technique paritaire à l'encontre d'une circulaire soumettant à une procédure de contrôle les relations des agents du ministère avec les médias : CE, 29 déc. 2000, *Syndicat SUD Travail*, à ment. aux tables du rec. CE).

Bien entendu, une même circulaire peut très bien, dans certaines de ses dispositions, ne pas revêtir de caractère impératif, dans d'autres, procéder à une interprétation du droit applicable dans des termes impératifs et, dans d'autres encore, instaurer des règles nouvelles dans le silence des textes. Mais vous avez l'habitude de ce travail d'échenillage des circulaires (v. par ex., pour une circulaire relative au soutien à la création d'entreprises : CE, 21 févr. 2000, *Syndicat SUD Travail*, rec. CE p. 65 ; pour une circulaire du garde des sceaux relative à la fouille des détenus : CE, 8 déc. 2000, *F.*, rec. CE p. 589).

C. Avant d'en terminer, nous voudrions faire quelques brèves remarques sur le bon usage du contentieux en matière de circulaires. Vous savez que les ministères les multiplient – un rapport de votre section du rapport et des études, en 1985, avançait le chiffre de 10 à 15 000 circulaires émises chaque année par les seules autorités centrales, et la situation ne semble guère s'être améliorée (v. Conseil d'Etat, Rapport public 1991, EDCE, n° 43, La Documentation française). Il convient par conséquent d'éviter la multiplication de recours inutiles.

A ce titre, en premier lieu, il nous semble que vous pourriez couper court à toute tentative de développement du contentieux sur des refus d'abrogation de circulaires anciennes en admettant leur caducité. Vous avez d'ores et déjà constaté la caducité d'une instruction, dans le cas où celle-ci ne trouvait plus matière à s'appliquer du fait de la modification des textes réglementaires et où une nouvelle instruction avait été publiée. Vous en avez même déduit, dans les circonstances de l'espèce, l'absence d'intérêt à agir des requérants qui en demandaient l'annulation (CE, 6 mars 2002, *Union des métiers et des industries de l'hôtellerie et autres*, à publier au rec. CE ; RJF 5/02, p. 366, concl. G. Bachelier, n° 538 p. 414). Vous pourriez, a fortiori, faire un raisonnement du même type en cas de demandes d'annulation du refus d'abroger des circulaires, par exemple dans le cas de circulaires prises pour l'application d'une loi, lorsque cette loi a été modifiée et qu'une nouvelle circulaire a été prise.

En second lieu, compte tenu de la nature spécifique des circulaires, il est exclu que vous examiniez au fond le refus de prendre une circulaire rappelant ou interprétant les textes en vigueur. En effet, aucune autorité administrative n'est jamais tenue de prendre une circulaire, celle-ci n'étant jamais nécessaire à l'application du droit existant. Le refus de prendre un tel texte ne peut donc faire grief (CE, 8 déc. 2000, *Syndicat SUD PTT Pays de Savoie*, à ment. aux tables du rec. CE).

6. Nous pouvons maintenant en revenir à la présente espèce. Les dispositions incriminées constituent bien une interprétation donnée « au moyen de dispositions impératives à caractère général ». En effet, la circulaire litigieuse, qui émane de trois directeurs d'administration centrale du ministère de la justice, a pour but de mettre fin à des pratiques divergentes selon les bureaux d'aide juridictionnelle. A cette fin, elle recense un certain nombre de questions recueillies à l'occasion d'un bilan effectué sur l'aide juridictionnelle et leur apporte une réponse univoque. Pour répondre à la question 4, relative à la prise en compte de l'APL, elle rappelle les dispositions du décret du 19 décembre 1991 puis affirme : « L'aide personnalisée doit donc être prise en compte pour apprécier le montant des ressources des demandeurs à l'aide juridictionnelle ». Ces dispositions sont susceptibles de recours, de même que le refus de les abroger.

Cette étape étant franchie, nous vous invitons à considérer que la circulaire litigieuse a méconnu les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, car le principe d'égalité devait prévaloir sur les dispositions du décret du 19 décembre 1991. Vous en déduirez que la circulaire est illégale sur ce point. Et il en sera de même du refus d'abrogation.

Vous pourriez même vous demander si elle n'est pas entachée d'incompétence, car elle est adressée aux présidents de juridiction, aux greffiers en chef et secrétaires des juridictions et aux procureurs, alors que c'est en leur qualité de membres de bureaux d'aide juridictionnelle que les magistrats du siège et, depuis 1995, les greffiers en chef sont intéressés par les réponses qui portent sur les conditions d'admission à l'aide juridictionnelle (v. art. 16 de la loi du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique). A ce titre, ni les uns ni les autres ne sont soumis à l'autorité hiérarchique du ministre. Vous pourriez donc vous interroger sur la possibilité pour le garde des sceaux de leur adresser des instructions. Mais, en tout état de cause, le moyen n'a pas été soulevé et vous ne pourriez le retenir sans l'avoir préalablement communiqué aux parties.

Pour finir, Mme D... conclut au remboursement, au titre des frais exposés par elle, du droit de timbre dont elle a dû s'acquitter. Si vous nous suivez, vous pourrez faire droit à sa demande en application de votre avis *GG...* du 28 octobre 1994 (rec. CE p. 476).

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de la décision du Garde des sceaux, ministre de la justice, du 23 février 2001 rejetant la demande d'abrogation des dispositions du décret du 19 décembre 1991 et de la circulaire du 26 mars 1997 relatives à la prise en considération de l'APL dans l'appréciation des ressources pour le bénéfice de l'aide juridictionnelle
- et à la condamnation de l'Etat à verser à Mme D... la somme de 15 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.