

De la nature juridique de la circulaire

**Note sous C.S.A., 5 juin 2003,
*Commune urbaine de Aïn Sebba c/ Moussadik Habiba***

**Mohammed Amine BENABDALLAH
Professeur à l'Université Mohammed V
Rabat-Souissi**

Une circulaire, peut-elle modifier un ordonnancement juridique ? Telle est la question qui se pose à la lecture de l'arrêt de la Cour suprême. Disons tout de suite que la réponse est non ! Mais il ne suffit pas de l'avancer en toute simplicité sans apporter les nuances qu'elle appelle et sans attirer l'attention sur les différentes situations où la circulaire qui, en principe, ne doit être ni plus ni moins qu'un document interne à l'administration, peut être source de normes juridiques. A travers les faits de l'arrêt que nous ne prendrons que comme prétexte de discussion, on approchera davantage les différentes interrogations qui affleurent à partir de la décision du juge.

Titulaire d'un diplôme de technicienne de l'Institut de la formation des cadres techniques, promotion de 1986, la dame *Moussadik* a été nommée à la commune urbaine de Aïn Sebba le 27 janvier 1992 comme cadre technique du deuxième niveau échelle 8, échelon 1, indice 207. Une année après la prise de ses fonctions en cette qualité, un arrêté la nomme rétroactivement depuis le 27 août 1991, comme agent public, hors catégorie, échelle 7, échelon 1, indice 177.

La commune avait reçu une correspondance du ministère de tutelle ayant pour objet le non-recrutement dans le cadre des techniciens des titulaires des diplômes de formation professionnelle attribués avant 1989, comme elle avait reçu un télégramme du même ministère ayant pour objet que les titulaires des diplômes antérieurs à 1989 peuvent être intégrés à titre provisoire dans le cadre de rédacteurs administratifs publics temporaires en attendant l'étude de leur situation par le ministère des affaires administratives ; puis, et c'est, pourrait-on dire, le clou de l'arrêt, elle avait reçu une circulaire n° 427 en date du 10 août 1998 qui, soutient-elle, résout définitivement la situation des titulaires du diplôme de technicien accordé avant 1986 qui ne peuvent être recrutés dans le cadre des agents publics hors catégorie d'échelle.

La dame *Moussadik*, subissant le contrecoup de cette circulaire, s'adresse au Tribunal administratif de Casablanca qui prononce un jugement contre la commune aux fins de régulariser sa situation. La commune interjette appel en réaffirmant qu'elle n'avait fait qu'exécuter les instructions de la circulaire n° 427 du ministre de l'Intérieur. La Cour suprême confirme le jugement en soutenant qu'une circulaire ne saurait modifier le cadre des textes juridiques et imposer ce que n'impose pas un décret.

Ces faits que l'on vient de voir, et qui, en parallèle, soulèvent la question du retrait de l'acte administratif dont on ne se préoccupera pas dans la présente note, pose le

problème de la nature juridique de la circulaire. Quelle autorité, quelle valeur a-t-elle vis-à-vis des usagers de l'administration ?

De la décision du juge, que nous partageons, il ressort qu'il ne revient pas à l'administration de modifier par circulaire une situation juridique fondée sur des dispositions législatives ou réglementaires. Mais peut-on simplifier la réponse à la question d'une manière aussi sèche et tranchante jusqu'à laisser penser qu'une circulaire ne peut jamais être réglementaire et intervenir dans la légalité alors que la Cour suprême elle-même avait plus d'une fois considéré qu'une circulaire pouvait fort bien avoir un caractère réglementaire ?

A la faveur de cette bienheureuse hésitation, il serait utile d'interroger la jurisprudence de la Cour suprême avant d'apporter les nuances qui s'imposent à la lumière du droit qui en découle pour, enfin, tirer les conclusions qui permettent de dire dans quels cas une circulaire peut être source de normes juridiques dont le respect s'impose à l'administration et aux administrés.

*

* *

Comme dans plusieurs domaines du contentieux administratif, la jurisprudence n'est pas très fournie en matière de circulaires. Les recours y sont fort rares et, par voie de conséquence, les décisions de justice le sont également ; d'après celles qui ont été publiées, elles ne dépassent pas les doigts de la main. Ceci est à rattacher à la lancinante question de la rareté des recours contre les actes qui n'ont pas un caractère spécifiquement individuel, mais qui, compte tenu de leur caractère réglementaire, concernent tout un ensemble d'administrés comptant l'un sur l'autre pour recourir au juge.

Néanmoins, même peu nombreux, les arrêts rendus jusque-là sont suffisamment représentatifs et bien conçus pour permettre de dégager des enseignements clairs et édifiants.

Dans un arrêt en date du 25 mai 1968, *Barbato*, rapporté par le professeur Paul Decroux (*La délégation de pouvoir au Maroc, Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, 1969, p. 364) la Cour suprême avait considéré que le directeur de l'Office des changes n'ayant pas été habilité par délégation du ministre des Finances pour fixer les modalités d'application d'un décret, les circulaires qu'il avait pris à cet égard n'avaient aucun caractère réglementaire et que « *par suite, l'Office n'est pas fondé à rejeter une demande en opposant uniquement des moyens de non-recevabilité tirés de ses notes ou avis* ».

Raisonnant *a contrario*, on peut soutenir que si le même directeur avait bénéficié de la délégation en question, il aurait parfaitement pu édicter par circulaire les modalités d'application du décret.

Suivant la même orientation, la Cour suprême jugea par arrêt du 29 janvier 1969, *Société Electras Maroquis*, (P. Decroux, *op.cit.* p. 365 et *Les arrêts de la Cour suprême, Chambre administrative*, 1966-1970, en langue arabe, p. 169), que « *Attendu qu'il n'existe aucun texte donnant à l'Office des changes un pouvoir réglementaire en la matière, que la circulaire du 24 janvier 1964 n'a donc pas un caractère réglementaire, ses dispositions n'édicte que des règles internes régissant l'Office, sans que ce dernier soit tenu de les appliquer automatiquement pour chaque demande, conservant sa faculté d'appréciation des circonstances concernant chaque affaire* ».

En reprenant l'observation faite à propos de l'arrêt précédent, on retiendra que de cette motivation, il découle que même si une autorité émet une circulaire en réglementant un domaine au sujet duquel elle n'est pas habilitée à agir, l'administré ne saurait lui opposer les termes de sa propre circulaire pour en tirer un quelconque droit, car, en tout état de cause, elle n'était pas habilitée à réglementer.

Dans le même sens, une autre jurisprudence confirme l'idée selon laquelle une autorité dûment habilitée peut émettre par circulaire à caractère réglementaire sans pour autant commettre une illégalité. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 9 juillet 1960, *Mohammed Alem et autres* (R. p. 144), où s'agissant de l'organisation d'un concours, le juge de l'excès de pouvoir décida « *Attendu que la décision d'ouvrir, le 8 mai 1959, des épreuves en vue du certificat d'aptitude précité a été prise par le chef de service de l'enseignement primaire musulman sous forme de circulaire en date du 17 février 1959 ; qu'en supposant que ledit chef de service fut habilité à prendre cette décision, il n'est pas établi que la circulaire dont s'agit ait fait l'objet, en dehors de l'enseignement public, d'une diffusion ou d'une publicité suffisantes pour porter l'ouverture des épreuves à la connaissance du personnel de l'enseignement privé ; qu'un membre dudit enseignement eût par suite été fondé pour ce motif à demander l'annulation pour excès de pouvoir des opérations en cause* ».

De cette motivation, on peut déduire comme on l'a fait au sujet de l'arrêt *Barbato*, qu'une autorité habilitée à agir peut parfaitement le faire par circulaire, et on ajoutera, à condition de donner à celle-ci la publicité et la diffusion qui s'imposent.

Le trait commun de ces trois décisions réside dans le fait que la circulaire qui a un caractère réglementaire, ou, comme on dit en doctrine et en jurisprudence, qui fait grief, c'est-à-dire qui modifie une situation juridique donnée, ne peut être légale que si l'autorité qui en est l'auteur est habilitée à agir dans le domaine qu'elle concerne ; autrement la mesure prise par circulaire serait entachée du vice d'incompétence. Son auteur aura agi en dehors de son pouvoir.

Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler celle du Conseil d'Etat français dont les grandes lignes ont été tracées dans le célèbre arrêt du 29 janvier 1954, *Institution Nôtre-Dame du Kreisker*, (R. Lebon, p. 64), à propos duquel le commissaire du gouvernement Tricot (R.P.D.A., 1954, p. 50 et suiv.) avait fait toute la lumière, qui ne s'est pas éteinte depuis, sur la distinction entre les circulaires purement interprétatives et les circulaires réglementaires. Toujours en vigueur, les principes de cette jurisprudence n'ont jamais été démentis ; ils se sont au contraire affermis et ont été davantage précisés dans plusieurs arrêts ultérieurs.

*

* *

En fait, parler de la circulaire, c'est, par la force des choses, parler de sa nature et, surtout, de sa valeur juridique dans la hiérarchie des normes tant il est vrai qu'elle constitue une monnaie courante dans les relations au sein et avec l'administration. Quel département ministériel échappe à la pratique de la circulaire ? Quel administré ne s'est pas trouvé, un jour ou l'autre, de manière directe ou indirecte, confronté au contenu d'une circulaire qu'un agent de l'administration lui oppose, et, en plus, à la légalité douteuse, aux termes de laquelle il se soumet, bon gré mal gré, mais uniquement « pour en finir » ? C'est dire l'importance du sujet qui invite à s'interroger sur ce qu'est la circulaire et quels sont les facteurs juridiques qui interviennent pour en faire un acte opposable ou un acte sans aucune influence sur la situation des administrés.

*

* *

Dans la gestion administrative, la circulaire est un instrument qui permet au chef de service, au ministre, d'adresser aux fonctionnaires placés sous son autorité des orientations sous forme de prescriptions relatives à l'interprétation et à l'application des lois et règlements. A l'égard de ses destinataires que sont les fonctionnaires, elle constitue une instruction ou une note consistant à expliquer ou à interpréter les dispositions d'un texte législatif ou réglementaire ou tout simplement à orienter le sens que doivent emprunter les décisions à préparer ou à prendre par tel ou tel service. Il s'agit d'une mesure d'ordre interne ou, au sens jurisprudentiel, d'une catégorie de mesures d'ordre intérieur qui à l'égard des fonctionnaires a un caractère obligatoire qui n'est ni plus ni moins que le prolongement du devoir d'obéissance hiérarchique vis-à-vis de l'autorité supérieure.

Mais elle peut également être tout à fait étrangère à l'interprétation de la loi ou du règlement et consister à donner des instructions tendant à organiser la marche du travail au sein d'un département ou de ses services extérieurs. Par exemple, le délai à ne pas dépasser dans l'étude d'un dossier, le rappel d'un ensemble de normes qui doivent impérativement être observées, l'exigence de certaines conditions ou formalités à ne pas perdre de vue ; bref des mesures proprement internes au département et qui sont censées être totalement ignorées des usagers de l'administration à l'égard desquels elles sont inopposables et n'ont aucune force obligatoire.

Ce ne serait pas trop dire que parfois des lois ou des règlements demeurent pratiquement gelés et inappliqués tant que la circulaire n'est pas intervenue. Les fonctionnaires chargés de leur mise en œuvre, très à cheval sur les principes qui commandent l'obéissance hiérarchique, attendent impatiemment la circulaire pour agir en fonction de ses termes sans avoir à se soucier de leur concordance avec le contenu de la législation ou de la réglementation. Dès sa réception dans les services, la circulaire devient la source essentielle, sinon principale de la matière qu'elle régit.

Cependant, autant la circulaire est obligatoire à l'égard des agents qui sont sous l'autorité du ministre qui en est l'auteur, autant elle ne peut avoir aucune force juridique à l'égard des administrés ou usagers de l'administration. Ils ne sont pas censés en connaître l'existence. Leur seule référence, c'est la loi ou le règlement. De cela, il résulte que la circulaire ne saurait leur être opposable, tout comme elle ne saurait être invoquée par un administré qui chercherait à faire annuler une décision au motif qu'elle méconnaît certaines de ses dispositions.

La conséquence de ces deux aspects juridiques est que bien qu'appartenant à la catégorie des actes administratifs, la circulaire n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir. En langage juridique, elle ne fait pas grief ; elle ne modifie pas la situation juridique de l'usager de l'administration qui tant qu'il n'en subit pas les implications dans une décision individuelle ne peut en aucune façon l'attaquer devant le juge. C'est d'ailleurs, ce qui ressort de l'arrêt *Moussadik* où l'acte attaqué n'était pas la circulaire, mais plutôt la décision prise sur sa base. Ce n'est donc que lors de son application que la circulaire modifiant l'ordonnement juridique peut faire l'objet d'une contestation devant le juge. A moins, bien entendu, qu'elle soit ouvertement adressée aux usagers de l'administration eux-mêmes, leur imposant une prescription nouvelle sans aucune base législative ou réglementaire.

A ce niveau-là, c'est au juge qu'il revient de distinguer entre la circulaire proprement dite, c'est-à-dire explicative ou interprétative destinée aux seuls agents de l'administration et la circulaire réglementaire ou normative qui modifie l'ordonnement juridique des administrés.

*

* *

Quelquefois, dans le feu de la précipitation, un ministre, très peu regardant sur le droit ou sans doute mal conseillé, trouve commode d'éviter la procédure, à son goût lente et fastidieuse, de l'édition d'un décret ou d'un arrêté pour emprunter le raccourci de la circulaire dans laquelle il introduit des dispositions qu'il ne lui revient pas de prendre. Naturellement, la légalité de cette circulaire sera appréciée au regard de la compétence de son auteur pour édicter ou non les mesures et les prescriptions qui y sont prises.

Des trois arrêts que nous avons vus de la Cour suprême, il ressort qu'une autorité administrative peut prendre des mesures par circulaire à la condition de détenir un pouvoir réglementaire dans le domaine où elle intervient. La formule de l'arrêt *Société Electras Maroquis* est parfaitement claire : « *Attendu qu'il n'existe aucun texte donnant à l'Office des changes un pouvoir réglementaire en la matière, que la circulaire du 24 janvier 1964 n'a donc pas un caractère réglementaire ...* ». Ce qui signifie que si ce texte existait, la circulaire aurait eu un caractère réglementaire. Le même enseignement découle de l'arrêt *Barbato* et de l'arrêt *Alem et autres*.

Donc, pour qu'une circulaire puisse valablement modifier un ordonnancement juridique en imposant des sujétions nouvelles aux usagers de l'administration ou en leur accordant des avantages non prévus par les textes, il faut que son auteur ait la qualité

pour l'édicter. Cette qualité ne saurait évidemment concerner une mesure législative, elle ne peut exister que concernant une mesure réglementaire prise sur la base d'une délégation du Premier ministre ou sur la base d'une compétence reconnue par la loi ou les règlements.

*

* *

Mais, dira-t-on, n'est-on pas dans le paradoxe incompréhensible le plus total ? Puisque, par définition, une circulaire est seulement un instrument qui permet au chef de service d'adresser des instructions à ses fonctionnaires et que, par conséquent, elle ne peut avoir qu'une valeur interne, pourquoi le juge doit-il distinguer entre la circulaire proprement dite, c'est-à-dire, explicative ou interprétative, et la circulaire réglementaire ou innovatoire qui a toutes les caractéristiques de la décision exécutoire ? Ne serait-il pas plus simple de considérer que toute circulaire qui contiendrait des prescriptions nouvelles par rapport à la législation et à la réglementation en vigueur, devrait tout bonnement être considérée comme illégale au motif qu'elle émane d'une autorité qui devait agir par un autre moyen, le moyen approprié prévu par la loi, le règlement ou même la constitution ?

Nous pensons qu'il s'agit là de ce que l'on peut appeler une tolérance jurisprudentielle qui est le corollaire de ce que doit être la vue nuancée du juge de l'excès de pouvoir. Il accepte que l'autorité administrative édicte par une voie ce qui normalement devait l'être par une autre plus contraignante pour elle, alors que du point de vue de la stricte application du droit, cela ne devrait pas être le cas. Il le tolère en appréciant la compétence juridique de l'autorité et l'effet de la décision contenue dans la circulaire sans s'embarasser outre mesure de la pure orthodoxie des règles de l'élaboration de l'acte administratif.

Etant par nature obligé d'uniformiser l'action de son département, le supérieur hiérarchique est porté à adresser des instructions à ses subordonnés, surtout s'agissant de services extérieurs. Ce faisant, il peut être enclin non point à s'arrêter au niveau de l'explication ou de l'interprétation de la loi et des directives que de par sa fonction, il se doit de formuler, mais à déborder et à ajouter au contenu de la loi ou du règlement ou à les vider de leur substance. C'est sur cette partie que le juge agit. Si elle se confond avec la sphère de compétence reconnue au ministre, il n'y a aucun problème dans la mesure où, en tout état de cause, le ministre pouvait agir ; si, par contre, elle dépasse cette sphère pour empiéter sur celle du législateur ou celle du détenteur du pouvoir réglementaire général, en l'occurrence, le Premier ministre, la mesure qu'il aura prise sera illégale.

*

* *

Concluons par la question de départ ! Une circulaire, peut-elle modifier un ordonnancement juridique ? A voir de près, et à la lumière de la jurisprudence, il

n'existe pas de règles catégoriques en la matière. Une circulaire n'est pas de par son appellation à cent pour cent seulement explicative ou interprétative car elle peut être normative pour peu que son auteur dispose d'un pouvoir réglementaire. En fait, on peut dire que chaque circulaire contient dans sa rédaction les éléments caractéristiques de sa nature ; ils constituent le faisceau d'indices qui permet de distinguer entre la circulaire au sens propre du terme et la circulaire modificatrice de l'ordonnement juridique. Convenons que cette seconde catégorie dépasse le cadre de la circulaire pour se muer en un arrêté déguisé, en un acte auquel on a voulu éviter les aléas de la procédure d'élaboration d'un texte juridique. A la lisière de la bonne gestion administrative et du respect de la norme supérieure, la circulaire se glisse entre deux courants où s'entremêlent au point de se confondre des eaux différentes ; son auteur, désireux d'uniformiser l'action de son administration dans le pur respect de l'ordre légal, doit naviguer avec prudence et efficacité pour justement rester dans le cadre strict de la circulaire au sens propre du terme !

*

* *

C.S.A., 5 juin 2003, Commune urbaine de Aïn Sebba c/ Moussadik Habiba

« Quant au fond,

Attendu qu'il ressort des pièces du dossier et du jugement objet de l'appel que Moussadik Habiba s'est présentée devant le Tribunal administratif de Casablanca le 26 novembre 1999 demandant la régularisation de sa situation, exposant qu'elle est titulaire d'un diplôme de technicienne de l'Institut de la formation des cadres techniques, promotion de 1986, et qu'elle a été nommée à la commune urbaine de Aïn Sebba le 27 janvier 1992 comme cadre technique du deuxième niveau échelle 8, échelon 1, indice 207 et qu'une année après la prise de ses fonctions en cette qualité, elle a été surprise par un arrêté la nommant rétroactivement depuis le 27 août 1991, comme agent public, hors catégorie, échelle 7, échelon 1, indice 177. Et après que la commune a répondu qu'elle avait reçu une correspondance du ministère de tutelle ayant pour objet le non-recrutement dans le cadre des techniciens des titulaires des diplômes de formation professionnelle attribués avant 1989, comme elle avait reçu un télégramme du même ministère ayant pour objet que les titulaires des diplômes antérieurs à 1989 peuvent être intégrés à titre provisoire dans le cadre de rédacteurs administratifs publics temporaires en attendant l'étude de leur situation par le ministère des affaires administratives ; puis elle a reçu une circulaire n° 427 en date du 10 août 1998 qui résout définitivement la situation des titulaires du diplôme de technicien accordé avant 1986 et qu'ils ne peuvent être recrutés dans le cadre des agents publics hors catégorie d'échelle et que c'est ce qui a été appliqué à la requérante et qu'après le tribunal a émis son jugement contre la commune urbaine aux fins de régulariser la situation de la requérante sur la base de l'arrêté du 27 janvier 1992.

(...)

Attendu que l'appelante a réaffirmé qu'elle a exécuté les instructions de la circulaire n°427 du 10 août 1998, du ministère de l'Intérieur qui a tranché en ce qui concerne la situation de la requérante ayant obtenu le diplôme technique avant 1989 ;

Mais, attendu que la requérante a été recrutée par la commune urbaine de Aïn Sebaa le 27 janvier 1992 comme technicienne de la deuxième catégorie, échelle 8 en vertu de l'arrêté n° 73 MM de l'autorité qui a le droit de nomination basé sur le décret du 6 octobre 1987 et que le second arrêté contient une atteinte à des droits acquis tant que la première nomination n'est pas illégale et que la requérante n'a pas entrepris des manœuvres frauduleuses pour l'obtenir ; et que l'allégation de l'appelante par une circulaire du ministre de l'Intérieur pour retirer un arrêté qu'elle avait pris dans le cadre des textes juridiques ne peut être acceptée tant que cette circulaire ne se fonde sur aucune disposition du décret cité et qu'elle n'en constitue pas une application mais que la circulaire ministérielle a imposé ce que n'impose pas le décret et qu'elle ne se fonde sur aucune base ;

Par ces motifs :

La Cour suprême confirme le jugement objet de l'appel ».