

Le principe de légalité. Mythes et mystifications

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le principe de légalité. Mythes et mystifications. L'Actualité juridique. Droit administratif, Dalloz, 1981, pp. 387-392. hal-01918389

HAL Id: hal-01918389

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01918389>

Submitted on 10 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Doctrines

Le principe de légalité

Mythes et mystifications

par Danièle LOSCHAK

Professeur à l'Université d'Amiens

Toute réflexion critique sur la signification du principe de légalité doit prendre simultanément en compte ses deux dimensions. Le principe de légalité a d'abord une portée pratique : il signifie que l'action administrative est enserrée dans certaines limites, soumise à des normes qui déterminent à la fois des objectifs à atteindre et les moyens de les atteindre ; mais il a aussi une portée idéologique en ce qu'il fonde la légitimité de cette action : le principe de légalité, qui exprime la soumission de l'administration à la loi, manifeste sa subordination au pouvoir politique et atteste qu'elle n'agit pas selon son bon plaisir, mais dans le respect des principes fondamentaux de l'ordre social existant convertis en règles juridiques par le législateur.

Investi d'une double signification, le principe de légalité doit être soumis à une double critique : visant, d'abord, à mettre à nu les mécanismes par lesquels le droit, mythifié et fétichisé, conforte la toute-puissance de la bureaucratie plus qu'il ne la borne, en la rendant insoupçonnable et invulnérable ; visant aussi, concomitamment, à démystifier la notion même de légalité, conçue comme la soumission de l'administration à des normes juridiques préexistantes et contraignantes, qui n'exprime que très imparfaitement son rapport au droit en général et à la loi en particulier.

Cette analyse, qui s'écarte passablement des postulats traditionnels d'un certain positivisme, ne prétend pas non plus donner un tableau fidèle, une reproduction exacte de la réalité vécue ou immédiatement observable. Mais en mettant l'accent sur les implications cachées et les tendances latentes plutôt que sur les phénomènes visibles et les comportements conscients, elle peut contribuer à éclairer la signification profonde du principe de légalité, obscurcie ou déformée par les rationalisations idéologisées dont il est l'objet.

Le droit mythifié

Le principe de légalité est d'abord un principe de légitimité : le droit occupe une place centrale dans le dispositif de légitimation de l'appareil d'Etat dont il est censé contenir et canaliser la puissance, de sorte que la sou-

mission de l'administration à la loi fait figure d'impératif catégorique. Dans ce contexte, le droit devient une référence mythique, aux deux sens du terme : mythique parce que la loi, source et condition de toute légitimité, est érigée en absolu, sacralisée, investie d'une valeur magique ; mythique aussi en ce que cette référence opère indépendamment de tout fondement dans le réel, voire en occultant ce réel. Or le caractère mythique du droit rejaillit sur l'appareil chargé de le mettre en œuvre, et les entreprises de l'administration jouissent ainsi d'une présomption quasi irréfragable de légitimité. La légalité n'est plus simplement une exigence mais un axiome, mieux : un dogme intouchable, le soubassement indispensable de toute la construction théorique (idéologique) sur laquelle repose l'institution étatique.

Cette mythification du droit, bien qu'opérée dans la sphère de l'idéologie, produit des effets très réels, influant sur les pratiques et le style d'action bureaucratiques, imprégnant les représentations et les comportements des agents, conditionnant les rapports avec les administrés. Le dogme de la légalité se mue en légalisme ; la norme juridique, hypostasie, devient une fin en soi. Cette fétichisation de la règle, résultat d'une inculcation latente, apparaît comme une conséquence induite, une manifestation indirecte de la mythification du droit. Plus que l'obéissance à la loi, dont elle n'est qu'une forme dégradée, elle traduit l'identification de l'administration et de ses agents à la loi, leur sentiment d'incarner aux yeux du public le droit, partant la légitimité.

Le dogme de la légalité

Si la contrainte est au cœur de l'institution étatique, cette contrainte est d'autant mieux acceptée, donc d'autant plus efficace, que les commandements de l'autorité sont perçus comme légitimes ; la croyance en la légitimité de l'appareil d'Etat favorise l'adhésion spontanée aux ordres émis en son nom et permet d'assurer l'effectivité de ses décisions en faisant l'économie du recours à la force. Dans un Etat de droit, caractérisé par la subordination de l'Etat à des normes juridiques, c'est la soumission à la loi qui fonde la légitimité des gouvernants et de l'appareil chargé de mettre en œuvre la puissance étatique. Mais cette croyance en la légitimité d'un pouvoir exercé conformément à la loi n'a pas seulement une dimension rationnelle, comme semble l'indiquer le qualificatif de « légal - rationnel » conféré par Max Weber à ce type de domination ; elle a également une composante irrationnelle, mettant en jeu toute une symbolique de la loi grâce à laquelle l'autorité sacrée du droit s'étend graduellement, par contagion, à l'ensemble de la bureaucratie étatique. On voit bien, dès lors, comment le respect par l'administration des procédures légales, loin d'être simplement un frein à son action, conditionne aussi sa puissance.

L'Etat de droit et la légitimité légale - rationnelle

Le propre d'un Etat de droit, c'est que l'exercice de la puissance étatique y est contenue par des normes, soit que l'Etat se soumette spontanément et volontairement au droit qu'il a lui-même élaboré, comme le veut la thèse de l'autolimitation, soit que le droit, émanation d'un ordre divin, naturel ou social antérieur et supérieur à l'Etat, constitue pour celui-ci une limite objective qu'il ne saurait transgresser. Et, puisque la puissance étatique est réputée limitée par le droit, elle ne peut par définition être abusive : la confiance accordée au droit rejaillit sur l'Etat, occultant le fait que c'est l'Etat qui édicte les règles de droit positif, seules susceptibles de le lier. En cela la théorie

de l'Etat de droit est mystificatrice : elle prétend lier l'Etat alors qu'elle renforce sa puissance en la mettant à l'abri de la contestation. Et le nœud de cette mystification, c'est le postulat du dualisme de l'Etat et du droit ; car si l'Etat et le droit sont inhérents l'un à l'autre, si, comme l'affirme Kelsen, l'Etat est simplement la « personification » de l'ordre juridique, l'idée que l'Etat est limité par le droit n'a pas de sens.

Au demeurant, l'Etat n'a pas d'existence autre que juridique ou mythique hors de l'appareil hiérarchisé chargé de mettre en œuvre la contrainte, expression concrète de la puissance étatique. Le problème se déplace alors de la question abstraite (et insoluble sous cette forme) de la limitation de l'Etat par le droit vers la question de la subordination de l'appareil d'Etat, dont rend compte le principe de légalité. Ce principe résume et garantit à la fois la subordination de l'administration aux organes élus, la conformité de l'action administrative à la volonté de la nation souveraine, et la protection des individus contre l'arbitraire. Traduction, sur un mode mineur mais plus opérationnel, des exigences d'un Etat de droit, sa portée idéologique n'est pas moins évidente, surtout si l'on considère que l'administration, comme appareil d'Etat, n'est pas dans un rapport d'extériorité avec le droit, qui ne représente pas simplement pour elle une contrainte externe et préexistante.

Cette vertu légitimatrice du droit, caractéristique d'une autorité de type légal-rationnel, qui s'impose en vertu de la croyance en la validité d'un statut légal et du droit pour le détenteur du pouvoir de donner des ordres, se retrouve dans l'organisation et le fonctionnement de la pyramide bureaucratique à tous les niveaux : la légalité apparaît ici aussi comme la condition et la caution de la légitimité. Les ordres du supérieur sont perçus comme légitimes et devant être obéis parce que et dans la mesure où ils sont émis selon des règles légalement établies ; les subordonnés n'obéissent pas en vertu d'une allégeance personnelle, ils obéissent aux règlements impersonnels qui assignent à chacun une compétence déterminée et limitée. Le fonctionnement tout entier de l'administration repose ainsi sur un système de règles abstraites et objectives, définissant strictement le statut et les fonctions des agents ainsi que la conduite à tenir dans chaque hypothèse. Le caractère fortement juridicisé de l'administration, le fait que le droit régit dans le détail son organisation et ses activités, n'ont pas seulement une portée pratique ; il remplit aussi une fonction légitimante en attestant que tous les fonctionnaires d'un côté, tous les administrés de l'autre, sont placés sur un pied d'égalité et traités sans arbitraire : la bureaucratie, « prévisible et calculable », exclut le « bon plaisir », comme le note Max Weber.

La symbolique de la loi

Le processus d'institutionnalisation par lequel le pouvoir est détaché de la personne de ses détenteurs et transféré à l'Etat, qui monopolise désormais l'exercice de l'autorité légitime, permet d'asseoir ce pouvoir sur des bases incontestables, parce que rationnelles ; de même s'explique rationnellement la souveraineté de la loi, qui, devenue l'expression de la volonté nationale, garantit au surplus

l'égalité entre les hommes par son caractère général et impersonnel. Mais ce double mouvement de rationalisation — non exclusif, on l'a montré, d'un travestissement du réel — n'a pas ôté toute dimension irrationnelle aux rapports de domination-sujétion. Il semble bien, en fait, qu'aucune société, aucune institution ne puisse maintenir sa cohésion ni subsister sans un système de symboles et de croyances qui permettent d'obtenir l'adhésion et l'obéissance de ses sujets par des ressorts relevant non pas seulement de la contrainte ou de la raison, même mystifiée, mais aussi de l'imaginaire et du désir.

L'administration n'échappe pas à cette emprise de l'irrationnel : institution profane, elle suscite une crainte révérentielle dont l'origine doit être recherchée dans le mystère et la sacralité qui entourent aujourd'hui encore tout ce qui touche au droit et à l'Etat. Tandis que le règne de la loi, conçu sur le mode rationnel, se mue en culte de la loi opérant dans l'ordre magico-religieux, le dogme de la légalité, postulat laïque, acquiert une connotation théologique, confortant et attestant le caractère sacré de l'administration. La sacralisation du droit, émanation d'une instance mythique et inaccessible placée au-dessus des simples humains, « Parole écrite du Père imaginaire » (1), s'étend aux détenteurs du pouvoir qui tiennent d'elle leur autorité : la légalité devient « le passeport pour le sacré » (2). Le droit, qui fonde sur des bases magiques et religieuses l'autorité de l'appareil d'Etat, projette en même temps sur lui « le caractère sublime et dominant de la loi » souveraine (3), qui traite tous ses sujets sur un mode égalitaire et ne peut par conséquent produire de privilèges. Obéir à l'administration, c'est en définitive obéir à la loi et, par-delà, à l'instance supérieure, bienfaisante et omnisciente qui l'a émise. Ainsi s'enracine « l'amour de la subordination dans le cœur du peuple au moyen de l'amour de la loi » (4).

Le fétichisme de la règle

L'assimilation de l'administration à la loi contribue à asseoir sa légitimité et encourage l'obéissance des administrés aux commandements qu'elle émet ; mais elle produit aussi des effets à l'intérieur de l'administration. Les fonctionnaires ont conscience de représenter la loi en même temps qu'ils incarnent l'autorité ; et sans doute est-ce là qu'il faut chercher la cause — ou une des causes — du fétichisme de la règle de droit, caractéristique d'une administration bureaucratique. Car la règle juridique est la raison d'être de l'administration et de ses agents : à la fois parce qu'ils tiennent d'elle leur statut dans la société et leur capacité d'emprise sur le corps social, et parce qu'ils sont chargés de l'appliquer. Cette règle à laquelle ils s'identifient a de surcroît l'avantage de mettre une barrière protectrice entre l'administration et les administrés, entre le supérieur et les subordonnés : en ce sens encore la règle fait figure de fétiche. Le culte de la norme ainsi hypostasiée imprime à l'administration — et particulièrement à l'administration française — un style d'action spécifique qu'on peut qualifier de typiquement bureaucratique, par référence à l'idéal type tracé par Max Weber. Il faut prendre garde, toutefois, que le légalisme n'a qu'une lointaine parenté avec l'obéissance à la loi impliquée par le principe de légalité, et que la mystique du règlement n'est qu'une pâle copie du culte de la loi souveraine. Il reste qu'on ne peut les dissocier totalement : l'une et l'autre sont le résultat d'une acculturation tantôt spontanée, tantôt provoquée ; et si la mythification du droit revêt des formes différentes, elle renvoie dans les deux cas à un rapport au droit qui est fondamentalement vécu comme un rapport de soumission.

La mystique du règlement

L'importance tant qualitative que quantitative des règles impersonnelles qui régissent les relations entre agents et

(*) Cet article reprend le contenu d'une communication écrite présentée au XVIII^e congrès international des sciences administratives qui s'est tenu à Madrid du 30 juin au 4 juillet 1980.

(1) P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, Champ freudien, 1974, pp. 74 et 197.

(2) P. Legendre, *Jour du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Ed. de Minuit, 1976, pp. 65 et 191.

(3) v. note 2.

(4) v. note 1.

services, d'une part, avec les administrés, d'autre part, a été mainte fois soulignée, les observations empiriques corroborant sur ce point l'analyse théorique de Max Weber. Au-delà de ce constat, on peut s'interroger sur la nature du processus qui conduit l'organisation bureaucratique à produire sans cesse des règles et qui transforme le respect naturel et nécessaire du règlement en un attachement exclusif et excessif. Car la valeur attachée à la règle, et notamment à la règle écrite, est sans commune mesure avec son importance intrinsèque, et ne saurait s'expliquer par des considérations simplement rationnelles. Les règles sont, certes, censées traduire les exigences d'une action efficace et orientée dans le sens des objectifs fixés par l'autorité politique suprême; mais lorsqu'elles deviennent des fins en soi, lorsqu'elles sont investies d'une valeur ontologique et quasi mystique au point que toute procédure non prévue par les textes, tout assouplissement du règlement est perçu comme sacrilège, on ne peut plus parler d'un comportement rationnel, qui serait dicté par le seul souci de l'efficacité ou même par l'esprit de discipline.

Ce formalisme juridique, qui se mue en ritualisme et aboutit à faire systématiquement prévaloir la lettre du texte sur son esprit, s'alimente d'abord au « fantasme légaliste » (P. Legendre) enraciné en chaque fonctionnaire, habité par l'idée qu'il représente l'État, donc la loi, aux yeux du public. Cette conviction explique comment la mystique du règlement, bien qu'elle supprime le « bon plaisir », l'arbitraire, dans les rapports entre fonctionnaires et administrés, traduit et conforte tout à la fois un mode de commandement autoritaire. Adossé au règlement — « le règlement c'est le règlement » —, le fonctionnaire est en situation de refuser la discussion et le dialogue. La norme juridique, au demeurant, postule un rapport hiérarchique entre celui qui l'émet et celui qui la reçoit; par sa forme même, qui est celle de l'injonction, elle instaure une relation de domination-sujétion entre le fonctionnaire ou le service anonyme dont elle émane et l'administré auquel elle s'adresse. D'où aussi l'importance de l'écrit: non seulement l'écrit authentifie la règle, considérée comme intouchable et intangible, et lui confère un surcroît de crédibilité et d'autorité; non seulement le texte écrit, grâce au symbolisme de la lettre, prend une valeur magique; mais l'écriture, également, intimide, elle est, plus encore que la parole, à la fois langage et coercition, nous rappelle Roland Barthes (5). Tout ceci permet de comprendre pourquoi « la pompe de l'arrêté réglementaire pour nommer un concierge de ministère ou lever une taxe sur les chiens n'est pas une invention d'idiot mais un cérémonial efficace pour entretenir la soumission » (6).

Mais la mystique du règlement ne trouve pas seulement sa source du côté de ceux qui appliquent les textes ou les font appliquer; elle tient aussi à l'attitude de ceux qui les produisent. Les chefs bureaucratiques, en effet, affirment leur pouvoir sur les subordonnés comme à l'égard du public en produisant instructions et circulaires en nombre toujours croissant. Cette activité, par laquelle ils « s'exercent à être la loi » (7), concourt à l'inflation de l'écrit, à la paperasserie bureaucratique, dont on voit bien qu'elle n'est pas simplement une déviation, mais la conséquence de la mystique du règlement que les uns et les autres ont intérêt à cultiver.

La norme protectrice

Valorisante pour ceux qui s'y identifient, la norme est aussi sécurisante pour ceux qui s'y soumettent. Originellement, les règles peuvent sembler oppressives et étouffantes, tant elles sont nombreuses, détaillées et contraignantes. Destinées à définir fonctions et conduites en vue d'atteindre une prévisibilité maximale dans le fonctionnement de l'organisation bureaucratique, leur observation fidèle est

systématiquement contrôlée par le supérieur hiérarchique. La crainte de commettre une erreur ou une irrégularité paralyse toute initiative, en interdisant d'entreprendre des tâches qui ne sont pas formellement prévues par un texte ou n'ont pas fait l'objet d'instructions expresses.

Cette exigence de conformité donne naissance à un réflexe bien connu, qui consiste à se réfugier derrière les textes, à bien marquer qu'on se borne à appliquer les règlements (8): on se protège ainsi contre toute réclamation ou remontrance, contre toute prise à partie personnelle émanant des supérieurs ou des administrés. La passivité, l'irresponsabilité des « sujets » de l'organisation bureaucratique, transformés en « objets » d'un système de règles qui les dépassent (« l'organisation centraliste travaille à faire des enfants », écrit P. Legendre [9]), est incontestablement signe et source d'aliénation. L'aliénation, au demeurant, n'est pas forcément douloureuse, elle peut procurer à la fois souffrance et jouissance (10): d'une certaine façon, le système bureaucratique constitue pour l'individu vulnérable une structure de protection. Et, si la dépendance impersonnelle crée l'anxiété et la frustration, elle provoque aussi une intériorisation accrue des normes bureaucratiques, qui permet de surmonter l'une et l'autre mais contribue à alimenter le fétichisme de la règle.

La vertu protectrice accordée à la norme n'a pas toute fois qu'un fondement irrationnel. Car les règles, en même temps qu'elles atténuent le caractère visible et conflictuel des relations d'autorité en éliminant au maximum les rapports face à face, servent effectivement d'écran protecteur entre supérieurs et subordonnés, assurant de ce fait aux fonctionnaires une indépendance apparente et une sécurité totale. Les modalités du recrutement et de l'avancement, fixées au niveau central, laissent peu de pouvoir d'appréciation au chef hiérarchique pour tout ce qui touche au statut et à la carrière des agents; l'existence de règles précises concernant l'exercice des fonctions cantonne le supérieur dans un rôle de contrôle de l'observation de ces règles et de l'obéissance aux ordres reçus. D'une façon générale, la stabilité, la prévisibilité des règles mettent le fonctionnaire à l'abri de toute surprise comme de tout arbitraire; en contrepartie elles protègent le supérieur hiérarchique contre d'éventuelles pressions de ses subordonnés dans la mesure où, par le jeu de la centralisation, il est dessaisi du pouvoir de modifier les règles (11).

Cette fonction latente des règles dans une administration bureaucratique confirme que la soumission des fonctionnaires aux normes en vigueur est souvent inspirée par des motifs assez éloignés du souci de respecter en toute circonstance la volonté du législateur. Pourtant, ce légalisme étroit, caricature de ce que l'on attend de l'administration et de ses agents, contribue aussi à asseoir la légitimité de celle-ci, dans la mesure où, en dépit et au-delà de ses effets dysfonctionnels, il garantit jusqu'à un certain point la prévisibilité de l'action administrative et l'égalité de traitement entre les administrés. Mais qu'advient-il si cette garantie elle-même se révèle être un leurre, une illusion?

(5) *Le degré zéro de l'écriture*, rééd. Seuil, Points, 1972, p. 18.

(6) P. Legendre, *L'amour du censeur*, p. 196.

(7) P. Legendre, *Jour du pouvoir*, pp. 175-176.

(8) v. l'analyse de H. Deroche in *Les mythes administratifs*, P.U.F. 1966, p. 90 et ss.

(9) *Jour du pouvoir*, p. 190.

(10) *ibid.*, p. 108.

(11) Le lien entre la centralisation des décisions et l'impersonnalité des règles dans le modèle français d'administration bureaucratique a été très clairement mis en évidence par Michel Crozier; v. notamment *Le phénomène bureaucratique*, Seuil, 1963.

La légalité démystifiée

La présentation classique du principe de légalité n'a pas seulement le défaut d'occulter plus ou moins totalement sa dimension idéologique ; elle néglige aussi un certain nombre de données dont la prise en compte conduit à nuancer assez sensiblement la vision d'une administration effectivement limitée par le droit. Ces deux aspects sont du reste liés dans la mesure où la démystification du rapport de l'administration au droit laisse mieux apercevoir le mécanisme de la légitimation de l'administration par le droit. A la mythification du droit opérant dans la sphère de l'idéologie on opposera la dévaluation dans les faits de la norme juridique. La référence fétichiste à la règle recouvre une fréquente désinvolture à l'égard de la loi et des normes juridiques en général, dont le caractère intangible et sacré s'avère à l'usage illusoire. L'instrumentalité du droit, dont la fonction opérationnelle l'emporte progressivement sur la fonction régulatrice, contredit l'idée que celui-ci constituerait toujours uniformément une contrainte pour l'administration, alors qu'il est aussi le médiateur par excellence de l'action administrative ; surtout, la mutation des normes juridiques, qui perdent leur caractère rigide et obligatoire et apparaissent de plus en plus comme un cadre indicatif, souple et adaptable, affranchit l'administration des contraintes qu'impliquait traditionnellement la soumission au droit. La légalité subsiste comme dogme ; mais, tel un mirage, elle se dérobe à qui voudrait saisir autre chose qu'une apparence.

La désacralisation de la norme juridique

Une observation lucide et réaliste du comportement bureaucratique montre que la norme que l'on révere n'est pas la loi elle-même, en tant qu'expression de la volonté générale, mais plus souvent un succédané moins prestigieux : le décret ou, mieux encore, la circulaire. Non seulement la règle de droit appliquée est une règle revue et corrigée par l'administration, mais elle n'est elle-même qu'un élément parmi tous ceux qui déterminent dans les faits l'organisation et le fonctionnement des services. Des pratiques informelles interfèrent avec les règles formelles au point, parfois, de les priver d'effet, et cela d'autant plus fréquemment que la norme juridique, dont le respect scrupuleux était traditionnellement considéré comme un gage d'efficacité, peut se révéler dysfonctionnelle. Finalement, la règle de droit perd son *aura* sacrée pour devenir une simple règle du jeu ou, plus prosaïquement encore, l'enjeu d'un rapport de force, un élément dans les stratégies qui se nouent au sein et à la périphérie de l'organisation bureaucratique.

La règle de droit revue et corrigée

Aucune théorie constitutionnelle, aucun principe ne peut rien contre cette vérité d'expérience : la loi n'a, pour l'administration, d'autre valeur qu'indicative ; elle représente un cadre, une ébauche, qui ne prendra forme et consistance que par l'intervention de l'administration elle-

même. Le fait que, déjà en amont, les projets de loi soient préparés par les bureaux, dont ils portent ainsi le sceau, concourt sans doute à cette désacralisation de l'acte voté par les représentants de la nation. On constate en tout cas que la norme législative ne reçoit application que si et dans la mesure où l'administration le veut bien. L'administration, chargée d'exécuter la loi, est d'abord en situation de l'interpréter, donc de l'infléchir, voire de la détourner de son objet — et finalement de tenir en échec la volonté du Parlement ; c'est elle, par conséquent, qui donne à la loi son vrai visage (12).

Non seulement, en effet, l'entrée en vigueur effective de la loi est généralement subordonnée à l'édition de décrets d'application, mais même ceux-ci devront, pour être exécutés, avoir été auparavant commentés et convertis en directives concrètes par le ministre compétent. Et son interprétation, qu'elle soit ou non conforme aux intentions véritables du législateur et pourvu qu'elle ne contredise pas la lettre de la loi, s'imposera aux administrés ; elle s'imposera *a fortiori* aux agents pour qui « la loi sera ce que le ministre dit qu'elle est » (13). On constate en effet que ceux-ci, ignorant systématiquement la loi et même le décret, ne connaissent que la circulaire d'application ; la publication de ces textes au Journal officiel ne suffit jamais à déclencher une quelconque initiative de la part des services administratifs : ils attendent les instructions qui leur parviendront depuis le sommet par la voie hiérarchique. Comme si, pour produire un effet, les textes devaient avoir été préalablement amalgamés à l'ordre administratif, avoir subi l'équivalent d'un « rite de passage » (14). Si les fonctionnaires se réfèrent toujours à la circulaire et pratiquement jamais au décret ou à la loi, c'est que, d'une façon générale, la force obligatoire des instructions de service est plus grande, à leurs yeux, que l'ensemble des règles gouvernant l'attribution des compétences et l'exercice des tâches administratives. Pour eux, la légalité se résume en somme dans la soumission aux ordres du supérieur hiérarchique (15). Nous voici loin de la révérence due à la loi souveraine...

Indépendamment de ce phénomène, inhérent au fonctionnement traditionnel de l'administration bureaucratique, il est certain que l'incitation à respecter les règles légales s'affaiblit au moment où elles apparaissent comme un obstacle à l'accomplissement des tâches administratives. Lorsque l'excessive rigidité d'une réglementation complexe et tatillonne paralyse l'action, il devient tentant de tourner cette réglementation. Les fonctionnaires, placés devant une alternative en forme de dilemme, contraints de choisir entre le respect de la règle et l'efficacité, s'accordent sur la nécessité d'être dans l'illégalité pour agir. Des règles dysfonctionnelles, des textes qui demeurent lettre morte : le processus de désaffection pour le droit est amorcé.

La norme enjeu

L'administration bureaucratique, à vrai dire, n'a jamais fonctionné exactement selon le schéma prévu par les règles qui la gouvernent. La sociologie des organisations a mis en évidence l'existence de pratiques informelles s'installant en marge des règlements officiels, de normes officieuses spontanément observées et, finalement, de tout un système d'interactions fondées sur des relations de pouvoir. Dans ce contexte, les procédures légales, les normes officielles ne perdent pas tout impact ; mais, parasitées par les règles informelles, leur signification change. Placées au centre d'un jeu subtil de pressions réciproques, elles apparaissent à la fois comme les moyens d'une stratégie et l'enjeu de cette stratégie, comme un cadre contraignant et néanmoins négociable (16).

Ceci se vérifie d'abord dans les rapports entre supérieurs et subordonnés. On a montré plus haut comment l'existence de règles stables et rigides était bénéfique pour les agents de l'administration, à qui elles assurent la sécurité et une certaine indépendance. Mais si cette constatation

(12) H. Deroche, précité, p. 176 et ss.

(13) v. C. Wiener, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, L.G.D.J., 1970, pp. 185-191.

(14) H. Deroche, précité, p. 186.

(15) v. C. Wiener, précité, p. 98. On ne saurait s'étonner de cette attitude puisque, selon une jurisprudence bien établie, l'agent doit obéir même aux ordres illégaux dès lors que leur exécution n'est pas de nature à compromettre gravement un intérêt public.

(16) Ce jeu stratégique et ces phénomènes de négociation ont été plus particulièrement étudiés par M. Crozier et le Centre de sociologie des organisations.

est globalement exacte, elle néglige la variété des objectifs poursuivis par les différents acteurs et la divergence de leurs intérêts respectifs : car si chacun souhaite très logiquement restreindre la liberté d'action des autres, il s'efforce aussi simultanément de préserver la sienne propre. Ainsi se nouent des stratégies subtiles autour de la règle et de son application. Le chef hiérarchique tient de son statut formel la possibilité d'édicter des règles générales et de les imposer autoritairement à ses subordonnés ; mais, à chaque fois qu'il intervient par voie de réglementation générale, il renonce à l'usage de son pouvoir discrétionnaire : il se met à l'abri des pressions de ses subordonnés, mais en même temps il se lie les mains. S'il veut conserver sa propre capacité de pression, il doit donc s'arroger le pouvoir de consentir des exceptions à la règle qu'il a lui-même fixée, et éventuellement à celles qui l'ont été en dehors de lui à un niveau plus élevé. D'un côté il maniera la menace d'une application stricte des règles formelles, de l'autre il laissera entendre qu'il tolérera des entorses informelles au règlement en échange du comportement qu'il souhaite obtenir de la part des agents. La règle de droit n'est plus, on le voit, une donnée première, objective, s'imposant à tous ; elle est un élément d'une stratégie d'ensemble, et son application est l'objet d'un marchandage implicite. Les subordonnés, de leur côté, alimentent ce double jeu : ils luttent pour que des règles formelles et rigides viennent limiter l'arbitraire des supérieurs hiérarchiques, tout en faisant pression pour obtenir des avantages personnels en dehors de ces règles, dans le cadre du pouvoir discrétionnaire que ceux-ci conservent.

Ce même type de stratégies, caractéristiques du modèle bureaucratique français, préside aux rapports entre l'administration et les administrés. L'existence de la règle générale, qu'elle émane ou non de l'administration, permet à celle-ci de se réfugier derrière cette règle pour échapper aux pressions et refuser des faveurs sans s'aliéner ceux qui les demandent. Mais l'administration utilise parallèlement la faculté qu'elle a d'adapter la règle générale, voire de consentir certaines violations mineures de la législation en vigueur, pour renforcer sa position dans les relations de pouvoir informelles qu'elle entretient avec ses interlocuteurs. Les règles ne suppriment en effet jamais totalement la liberté d'appréciation de l'administration, de sorte qu'il reste toujours un champ ouvert à la négociation : soit que la règle offre plusieurs alternatives, soit que son imprécision autorise plusieurs interprétations, soit, tout simplement, que les intéressés en demandent la modification ou l'abrogation. Cette latitude d'action, indépendamment du pouvoir de décision qu'elle confère à l'administration, lui permet aussi d'exercer une influence indirecte sur les administrés, qui ont intérêt à entretenir avec elle de bonnes relations, donc à observer spontanément la conduite qu'elle souhaite obtenir d'eux.

Dans toutes ces hypothèses, la règle n'a pas de valeur absolue et intangible : lorsqu'ils en ont la possibilité, les uns et les autres ne l'appliquent que si elle est adéquate aux objectifs qu'ils poursuivent ; de sorte que le droit ne représente un cadre intégralement contraignant pour aucun des acteurs en présence, et moins encore pour l'administration considérée globalement.

Le mirage de la légalité

Les constatations qui précèdent montrent la relativité de la soumission de l'administration au droit, puisqu'elle conserve dans l'application de la règle, même d'origine législative, une marge de manœuvre, qu'elle peut l'interpréter, l'adapter, voire, dans des cas limites, s'abstenir de l'appliquer.

En poussant plus loin encore l'analyse, on s'aperçoit qu'il faut abandonner le schéma simpliste selon lequel le droit

représenterait par essence une contrainte pour l'administration, indépendamment du sort qu'elle réserve en pratique à telle ou telle règle. Le haut degré de juridicisation de l'activité administrative n'implique pas un degré équivalent de contrainte en raison de l'ambivalence fondamentale de la règle de droit, toujours investie d'une double fonction, régulatrice et instrumentale. Or, à mesure que les tâches administratives se transforment, qu'on attend de l'administration qu'elle intervienne plus activement pour promouvoir le changement, la fonction instrumentale du droit se développe au détriment de sa fonction régulatrice : le droit continue apparemment à régir tant le fonctionnement interne de l'administration que son action externe ; mais, en se modelant sur les nécessités de cette action, il a perdu sa portée contraignante.

L'instrumentalité du droit

A l'administration comme à tous les acteurs sociaux le droit impose une règle du jeu, indique le permis et l'interdit ; il met des bornes à ses prérogatives et enferme son action dans les limites compatibles avec les fondements de l'ordre social existant. Mais cette vision du droit, sans être inexacte, reste unilatérale, donc incomplète. Si l'on admet, en effet, que l'administration n'est pas dans un rapport d'extériorité avec le droit, la notion de soumission au droit prend une signification différente : elle ne se résout plus dans l'obéissance à des normes édictées par une instance extérieure et supérieure à l'administration ; elle signifie avant tout que l'activité administrative s'insère dans une hiérarchie de normes juridiques telle que l'administration doit respecter les normes de valeur supérieure tout en étant simultanément créatrice de normes dérivées. Dire que l'administration est liée par des règles est manifestement insuffisant dans la mesure où ces règles n'ont pas seulement pour objet de lui prescrire ou de lui interdire des conduites, mais ont aussi pour effet de l'habiliter à faire certains actes, à émettre d'autres règles.

Le droit fixe impérativement la hiérarchie des organes et l'agencement des compétences à l'intérieur de l'administration ; il définit plus ou moins restrictivement le champ de ses interventions légitimes et détermine jusqu'à un certain point le contenu de ses décisions. Mais le droit remplit parallèlement une fonction organisatrice et opérationnelle : réglementant la vie administrative, il l'organise, donc la rend possible ; limitant la capacité d'action de l'administration, il sert aussi de médiateur pour l'action. C'est le droit qui assure à l'administration sa cohérence interne, maintient son unité, garantit l'exécution par la base des décisions prises au sommet ; c'est par la médiation du droit, également, que l'administration communique avec les administrés, que ce soit pour informer, pour contracter, ou, surtout, pour ordonner, puisque le droit est par excellence l'expression d'un pouvoir de commandement. A force d'insister sur les garanties que le droit offre aux administrés, on oublie en effet qu'il est d'abord la manifestation de la domination étatique appuyée sur le monopole de la contrainte, l'instrument qui permet à l'administration de remplir efficacement sa mission en garantissant l'effectivité de ses décisions.

Un simple regard porté sur le contenu du droit administratif français (mais la remarque vaut assurément pour d'autres pays) montre assez sur quelle ambiguïté fondamentale il repose : présenté comme un droit de soumission, il est censé protéger les libertés individuelles et les intérêts particuliers contre des atteintes injustifiées et des empiètements excessifs ; droit de privilège, il assure à l'administration les moyens d'agir et de faire prévaloir en toutes circonstances sa volonté propre, assimilée à l'intérêt général. Cette ambiguïté n'est ni fortuite, ni indifférente : là réside le nœud du fonctionnement idéologique du principe de légalité, dont la présentation traditionnelle gomme la dimension instrumentale du droit pour ne retenir que son aspect limitatif et contraignant, le plus conforme aux principes libéraux et aux exigences d'un Etat de droit.

Cette présentation, quoique unilatérale, avait une consistance tant que des règles stables et précises indiquaient ce que l'administration pouvait ou ne pouvait pas faire ; il n'en va plus de même alors que l'instrumentalisation croissante du droit affranchit progressivement l'administration des contraintes de la légalité.

L'évanescence des contraintes

La mutation des tâches étatiques a entraîné des transformations profondes dans les méthodes d'action de l'administration et, corrélativement, dans les rapports qu'elle entretient avec le droit. Dans le contexte du libéralisme traditionnel, l'existence de règles stables, rigides et générales encadrent l'activité administrative répondait, certes, aux exigences du contrôle ; mais elle n'était pas regardée pour autant comme antinomique des nécessités de l'action : le respect des règles garantissait à la fois le fonctionnement satisfaisant de l'appareil administratif et la réalisation des objectifs limitativement assignés à l'administration pour préserver les équilibres fondamentaux de l'ordre existant.

Aujourd'hui, au contraire, le droit, sous son aspect contraignant, est de plus en plus perçu comme une source de blocage, une gêne pour l'action, un obstacle au changement que l'on demande à l'administration de promouvoir. L'administration, pour agir efficacement, doit pouvoir agir vite, s'adapter à des circonstances évolutives, procéder aux ajustements dont elle seule est à même d'apprécier la nécessité. Des règles trop précises, trop rigides, risqueraient de la paralyser : on lui confiera donc le soin de définir elle-même les moyens les plus adéquats pour remplir des objectifs déterminés, réaliser les réformes souhaitables. La loi apparaît comme un simple cadre indicatif laissant une très large initiative à l'administration pour le compléter ; la loi est supplantée par le règlement, le règlement par la circulaire ou la directive ; l'administration se fixe à elle-

même des règles en fonction des nécessités de l'action et peut donc les modifier lorsqu'elles s'avèrent inadaptes ou dépassées.

On assiste ainsi à un paradoxe : d'un côté la réglementation s'étend et se perfectionne, l'administration produisant de textes en nombre croissant à mesure que son domaine d'intervention s'élargit, et à une cadence accélérée à mesure qu'ils se périment. Mais d'un autre côté cette réglementation n'a plus guère de portée contraignante ; elle s'analyse en une sorte d'autolimitation provisoire et relative de l'administration par elle-même. Provisoire puisque les textes se succèdent rapidement dans le temps ; relative parce qu'ils laissent toujours aux autorités chargées de les appliquer un pouvoir d'appréciation étendu, incluant fréquemment celui de déroger aux dispositions qu'ils contiennent.

Affranchie des contraintes qu'impliquait l'ordonnement juridique traditionnel, échappant de plus en plus au formalisme juridique, l'action administrative se dérobe par le fait même à tout contrôle rigoureux de la part du juge. Le droit nouveau, flexible, élastique, instable, qui trouve son expression la plus achevée dans les actes « prospectifs » sans obligation ni sanction, a perdu la plupart des caractères de la norme juridique, dont il conserve seulement l'apparence. Simple mise en forme des interventions administratives plus ou moins artificiellement coulées dans le moule juridique, il ne lie plus guère l'administration ; mieux encore : il lui fournit des atouts supplémentaires dans les relations informelles qu'elle entretient avec ses partenaires. Autant, comme on l'a montré, une réglementation rigide et impérative limite sa marge de manœuvre, autant la faculté d'adapter la règle, *a fortiori* d'y déroger, surtout lorsqu'elle lui est reconnue officiellement, la met en situation de force : habilitée à pratiquer une politique du coup par coup sans se lier pour l'avenir, elle peut s'assurer plus facilement la docilité de ses interlocuteurs ; et cela d'autant mieux que, lorsqu'elle s'engage dans ce type de négociation, elle conserve la possibilité de trancher en dernier ressort dans le sens décidé par elle. L'administration joue et gagne à tous coups.

Le principe de légalité, en revanche, recule sur tous les fronts. Sur le front de la pratique, tout d'abord : même si la description qui précède n'indique que des tendances, même si ces tendances n'affectent pas au même degré toutes les sphères d'intervention de l'administration, elle montre bien comment le principe de légalité est progressivement vidé de sa substance. Car quelle est la valeur d'un principe sans obligation ni sanction ?

Mais le principe de légalité est aussi en perte de vitesse sur le front idéologique. Le principe de légalité supposait un acte de foi dans le droit, investi d'une valeur suprême et quasi mystique ; il s'harmonisait avec un système dans lequel le droit imprégnait l'ensemble des rapports sociaux et la représentation que les individus en avaient. La désacralisation de la loi et du droit marque le déclin de l'idéologie juridique, coïncidant avec le passage d'une rationalité juridique essentiellement stabilisatrice à une rationalité technico-économique valorisant le changement. Si l'impératif d'efficacité prime désormais sur le souci de la régularité juridique, c'est aussi parce que l'expertise, la compétence remplacent la légalité dans le système de légitimation de l'administration.

Sous nos yeux se met en place la société technologique avancée où les programmes informatisés relèguent le droit à une place mineure, où la norme statistique prendra le pas sur la règle juridique, où la mystique de l'ordinateur se substituera à la mystique du droit.

Le principe de légalité, pour l'instant, n'est pas directement remis en cause ; c'est encore lui qui fait tenir ensemble l'édifice constitutionnel des démocraties libérales. Mais combien de temps peut subsister une théorie si elle est constamment démentie par les faits ?

Reliure

L'ACTUALITÉ JURIDIQUE

Pour classer

UNE ANNÉE COMPLÈTE

(11 numéros + les tables annuelles)

de DROIT ADMINISTRATIF
ou PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

La reliure: 33 F (prix franco)

17, rue d'Uzès 75002 Paris