



HAL
open science

Les mutations de la surveillance juridique des administrations : le conseil d'État français et la promotion de la légistique

Emilie Biland, Rachel Vanneuville

► To cite this version:

Emilie Biland, Rachel Vanneuville. Les mutations de la surveillance juridique des administrations : le conseil d'État français et la promotion de la légistique. Les surveillants de l'État démocratique, Presses de l'Université Laval, pp.109-133, 2014, Gouvernance et gestion publique, 9782763716688. hal-03568636

HAL Id: hal-03568636

<https://sciencespo.hal.science/hal-03568636>

Submitted on 16 Feb 2023

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.

Les mutations de la surveillance juridique des administrations.
Le conseil d'État français et la promotion de la légistique.¹

Émilie Biland
Rachel Vanneuville

In Jean Crête (dir.), *Les surveillants de l'État démocratique*, Presses de l'Université Laval, 2014, p. 109-133.

« L'État de droit est un État sous surveillance » conclut Pierre Noreau (2000, p. 176) après avoir constaté que sa forme juridique impose des contraintes spécifiques aux gouvernants. Ce faisant, il souligne l'importance à accorder aux acteurs qui organisent cette surveillance et qui manifestent à travers elle leur puissance politique. La managérialisation de l'État donne une actualité nouvelle à ce questionnement. Marquée par un renouvellement profond des contrôles exercés sur les administrations publiques (Bezes, 2005), la période contemporaine remet en cause les modes juridiques traditionnels d'encadrement des activités gouvernantes, ainsi que le rôle des juristes dans ce dernier (Mockle, 2006 ; Duran, 2009).

En France, la mise sous contrôle juridique de l'État est passée, depuis le 19^e siècle, par l'élaboration d'un droit spécifique à l'administration et par la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, sous l'égide du Conseil d'État, juridiction suprême de l'ordre administratif. L'une des spécificités de cette institution réside dans la dualité de ses attributions, à la fois contentieuses et consultatives. En tant que juge, elle contrôle la légalité des pratiques administratives ; en tant que conseil juridique, donnant obligatoirement son avis sur les principaux textes normatifs (projets de lois et d'ordonnances, certains projets de décrets), elle participe à leur rédaction. En tenant « les deux bouts de la chaîne de production des normes, en amont comme conseiller, en aval comme censeur » (Chevallier, 1999, p. 80-81), le Conseil d'État surveille l'administration publique, enjoignant à respecter les principes et les formes juridiques qu'il contribue à élaborer. De nombreux travaux documentent le pouvoir normatif du conseil et son rôle de gardien de l'ordre administratif (notamment Lochak, 1998), mais son contrôle de l'activité administrative par *l'écriture* des textes législatifs et réglementaires reste un angle mort des recherches².

Considérant, à la suite de Michel Foucault (1971, p. 37-38), que les pratiques d'écriture sont des pratiques « disciplinées », en ce qu'elles sont soumises à des principes de contrainte et de contrôle, cette contribution montre que les pratiques d'écriture du droit participent de la surveillance des fonctionnaires. Pour ce faire, nous nous intéresserons à la mise en forme et en actes d'un savoir promu par le Conseil d'État depuis une trentaine d'années : la légistique, ou technique d'écriture des textes juridiques. De quelles manières ce savoir contribue-t-il à la surveillance des fonctionnaires ? Quelles transformations a-t-il connu et que révèlent-elles quant à la

¹ Cet article s'inscrit dans une recherche collective financée par l'Agence Nationale de la Recherche (2008-2012) : « Elidroit. La formation au droit des élites du privé et du public depuis 1958. Quels savoirs juridiques pour quels modes de gouvernement ? ». Nous remercions Françoise Dreyfus pour sa relecture attentive et ses commentaires sur une version antérieure de ce texte.

² Les études sur la fonction consultative du conseil sont majoritairement issues de membres de l'institution, et mettent surtout l'accent sur sa participation à l'élaboration du droit (par ex. : Long, 1992). Si Bruno Latour parle du conseil comme d'un « atelier d'écriture » (Latour, 2002, p. 69), c'est pour analyser la manière dont il fabrique en interne le droit administratif.

place contemporaine du droit, et des juristes, dans le fonctionnement et le contrôle des administrations ?

Pour répondre à ces questions, on montrera tout d'abord pourquoi et comment l'écriture du droit par les fonctionnaires est devenue un objet d'attention de la part des membres du Conseil d'État³. Lié aux politiques de réforme de l'État des années 1970-1980, l'engagement de ces juristes dans la promotion de nouvelles pratiques scripturales répond à la montée en puissance des principes managériaux, qui fragilise la juridiction administrative suprême. Apprendre aux fonctionnaires à (bien) écrire le droit est l'une des formes que prend cet engagement : pour préserver la place centrale du droit et des juristes au sein de l'État, le Conseil construit et enseigne une technique compatible avec la nouvelle gestion publique.

De longue date investis dans la formation délivrée aux futurs hauts fonctionnaires à l'École Nationale d'Administration (ÉNA), les conseillers d'État⁴ s'efforcent, avec ce nouvel enseignement, d'y imposer une manière renouvelée de penser et de pratiquer le droit. Axée sur l'étude contemporaine de ces cours de légistique⁵, la deuxième partie du chapitre permettra de saisir quelle vision du droit y est transmise. Ce faisant, la question de la surveillance des pratiques administratives sera examinée à partir des conditions de socialisation des agents publics. L'enseignement des techniques d'écriture familiarise les élèves avec les principes et valeurs – juridiques et managériales – qui doivent guider leur action future. Il les rend sensibles aux prérogatives des juges administratifs, auxquelles ils seront bientôt soumis.

Cette attention portée à la socialisation des fonctionnaires se double d'efforts de membres du Conseil d'État pour ancrer la légistique dans les pratiques des fonctionnaires en activité. La dernière section du chapitre examinera ces voies d'affermissement de leur influence⁶. Si la consolidation de la légistique semble témoigner d'une surveillance active des fonctionnaires par le droit, le caractère indécis de ce savoir, mêlant injonctions juridiques et managériales, et les luttes d'appropriation dont il est l'objet interrogent la nature du contrôle qui lui est associé et le rôle dévolu au Conseil dans celui-ci.

1 L'écriture du droit comme enjeu de « bonne » administration

Depuis les années 1960, les politiques de réforme de l'État français remettent progressivement en cause les principes par lesquels l'administration publique s'est constituée depuis le dix-neuvième siècle, au profit de « nouveaux arrangements institutionnels inspirés des préceptes du *New Public Management* » (Bezes, 2009, p.

³ Cette section s'appuie sur les archives du conseil d'État, notamment relatives à sa section du rapport et des études, et sur celles de l'ÉNA (toutes déposées aux archives nationales françaises).

⁴ Nous utilisons ici l'expression de « conseiller d'État » pour désigner les membres du conseil, quel que soit leur grade dans l'institution. Le masculin renvoie à la composition majoritairement masculine du corps (seulement 24% de femmes en 2007, d'après Rouban, 2008, p. 13).

⁵ On s'appuiera ici sur l'observation ethnographique de plusieurs cours de droit enseignés durant l'année 2009-2010 (trois séances de légistique, deux conférences de droit public, une séance de droit des marchés publics, six conférences de méthode) ainsi que sur trois entretiens semi-dirigés et enregistrés avec des personnes impliquées dans cette formation (responsables de la formation à l'ÉNA en 2009-2010; deux conseillers d'État, l'un en charge de la coordination des enseignements de droit à l'ÉNA depuis 1989, l'autre enseignant de légistique au tournant des années 1990).

⁶ S'appuyant sur les études portant sur l'essor de la légistique et du nouveau management public, en France et à l'étranger, cette section repose sur la lecture de la littérature émanant des acteurs étudiés (rapports publics, ouvrages, articles, déclarations publiques).

32). Les règles juridiques occupent une place prépondérante parmi ces principes historiques : en France, le droit est au centre des productions symboliques de l'État (Bourdieu, 1993) au point d'avoir acquis le statut de « pensée officielle » (Caillosse, 1998, p. 81). Dans ce contexte de réforme de l'État, l'écriture du droit émerge comme une question de « bonne » administration : elle participe à la réaffirmation du pouvoir institutionnel du Conseil d'État et au renouvellement de sa manière de contrôler l'administration.

1.2 Des textes juridiques qui posent problème

Les réformes administratives qui se succèdent depuis les années 1960 sont le produit de luttes entre différents groupes de hauts fonctionnaires français pour contrôler la machine administrative et peser sur les choix politiques. Étant donnée la prépondérance historique du droit et des juristes sur l'organisation et le fonctionnement de l'État, leur critique constitue un enjeu majeur pour les premiers promoteurs français du management public : dans les années 1970, ceux-ci invoquent systématiquement sa « démarcation avec les règles juridiques » (Bezes, 2009, p. 191), lesquelles constitueraient un facteur de rigidité et d'inefficacité, empêchant l'administration d'accéder à la « modernité ». Au cours de la décennie suivante, cette critique s'épanouit avec la thématique des relations entre les administrations et les administrés (Dreyfus, 1999). La profusion et la complexité des textes auxquels les citoyens sont confrontés sont alors pointées du doigt : si, comme l'explique Yves Poirmeur (1988), cette critique vise d'abord à dénoncer l'opacité administrative en ce qu'elle nuit à l'accès du public à l'administration, s'y ajoute la question du coût et de l'inefficacité de cette profusion textuelle. Expression du langage et du style administratifs, les textes juridiques sont finalement les supports des critiques envers la forme (trop) juridique de l'administration.

Ces accusations ne sont pas seulement portées par des hauts fonctionnaires associés au pôle économique de l'État (Inspection des finances ou Cour des comptes) et/ou formés au management. Les membres du Conseil d'État s'en font eux-mêmes l'écho. Dans un ensemble d'écrits émanant de l'institution, la mauvaise qualité des textes est pointée pour sa responsabilité dans la lenteur et l'opacité de l'administration (par ex. : Latournerie, 1981 ; Conseil d'État, 1983). Cette posture critique du Conseil, *a priori* paradoxale, peut se comprendre au regard de la « stratégie de relégitimation » (Lochak, 1993, p. 14) que l'institution engage à partir des années 1980. Fragilisé sur le plan juridictionnel par la montée en puissance du Conseil constitutionnel et des juridictions européennes (CJCE et CEDH), le Conseil d'État l'est également sur le plan institutionnel, les critiques envers le droit administratif nourrissant des débats sur la suppression de la juridiction administrative (Dubois *et al.*, 1993). La qualité des textes est alors une thématique utile pour réaffirmer le rôle essentiel du Conseil dans le fonctionnement de l'État, un rôle indexé sur sa compétence en matière d'écriture des textes. Un conseiller d'État l'énonce explicitement : « Dans la mesure où la prolifération des textes et le développement de la jurisprudence constitutionnelle et européenne risquent de relativiser quelque peu l'importance de la jurisprudence du Conseil d'État comme source du droit administratif, il est normal que le Conseil s'efforce, au sein de ses formations administratives⁷, d'exercer une influence plus grande sur l'élaboration du

⁷ Par différence avec les sections contentieuses, les sections administratives du Conseil ont la charge d'examiner les projets de textes (cf. supra).

droit écrit » (Bernard, 1995, p. 457). Cette extension de l'activité de conseiller juridique du Conseil d'État contribue à déplacer la surveillance des pratiques administratives de l'aval (le contentieux administratif) vers l'amont (l'écriture des textes normatifs).

La « mise en problème » de l'écriture du droit et l'affirmation corrélative de son expertise en la matière participent donc du repositionnement du Conseil, dans la concurrence entre institutions publiques pour la définition des politiques de réforme de l'État. Elle débouche, entre autres, sur la participation de ses membres aux diverses missions de simplification des formalités administratives et à la relance de la politique de codification⁸. Elle se manifeste aussi par l'intensification de la production d'études dont certaines « vont jusqu'à fournir tous les éléments nécessaires à l'élaboration de textes législatifs ou réglementaires » (Cannac, 1982-1983, p. 140). En d'autres termes, le Conseil cherche « d'autres manières [que sa fonction de juge] de s'affirmer en tant que pouvoir d'État » (Caillosse (a), 2010, p.126). La formation des hauts fonctionnaires figure parmi ces voies.

1.2 Former les fonctionnaires à l'écriture du droit

Les écoles de la fonction publique sont en effet des cibles privilégiées des entreprises réformatrices (Bezes, 2009, p. 188 et suiv.). L'ENA, la plus prestigieuse des écoles de la fonction publique, intéresse particulièrement les groupes qui entendent contribuer à ces réformes. Depuis sa création en 1945, les membres du conseil d'État y tiennent un rôle prédominant : outre qu'ils monopolisent les enseignements juridiques, ils sont surreprésentés parmi les membres de ses instances de direction⁹. Matière prépondérante dans le curriculum à la création de l'école, le droit voit cependant sa part diminuer dès le milieu des années 1960, au profit des savoirs économiques et de gestion, sous la pression des membres des corps économiques et financiers. La réaction des membres du Conseil se lit dans une série d'études élaborées à partir des années 1980 (Conseil d'État, 1983 ; 1985 ; 1988). Selon ces dernières, la profusion et le caractère obscur des textes reflètent la complexité des sociétés modernes, mais ils s'expliqueraient aussi par le déclin des compétences juridiques des fonctionnaires. Il conviendrait dès lors de rétablir les enseignements juridiques dans les écoles de formation. À l'ENA, cette entreprise de réhabilitation du droit prend la forme d'un nouveau cours, expressément consacré à la rédaction des textes législatifs et réglementaires.

Initié par un conseiller d'État en 1977, ce cours est érigé en modèle à suivre pour les autres écoles de fonctionnaires au cours de la décennie suivante (Latournerie, 1981 ; Conseil d'État, 1988). Présenté comme une « innovation correspond[ant] à un besoin important éprouvé tant par l'administration que par l'opinion »¹⁰, cet enseignement est ainsi une réponse aux critiques adressées au droit et aux juristes. S'il doit contribuer à réapprendre le droit aux fonctionnaires (il faut connaître le corpus juridique pour bien écrire), il vise aussi et surtout à modifier leur appréhension des normes juridiques et de

⁸ La Commission supérieure de codification, rénovée en 1989, est présidée depuis lors par un conseiller d'État.

⁹ La direction de l'école leur échoit de 1963 à 1975 ; depuis 1945, le président du conseil d'administration est statutairement le vice-président du conseil d'État.

¹⁰ Selon les propos de son initiateur à l'ENA : Lettre de Dominique Latournerie au directeur de l'ENA, 25/08/1982, Centre des Archives Contemporaines, Fonds ENA, cote 19920145-2.

leur place dans l'action publique. En effet, alors que l'apprentissage du droit à l'ENA se faisait par un enseignement du contentieux administratif, il s'agit maintenant de faire entrer les futurs fonctionnaires dans la fabrique textuelle du droit. Au droit surplombant, dont il fallait connaître les règles sous peine d'être sanctionné par le juge administratif, se substitue un droit qu'on fabrique soi-même. Ainsi renvoyé à sa plasticité, le droit exige alors des fonctionnaires qu'ils soient attentifs à son élaboration. En ce sens, le contenu de ce nouveau cours répond au leitmotiv des réformateurs de l'époque, relatif à la responsabilisation des fonctionnaires (Chaty, 1997). Il s'agit bien de substituer de nouveaux usages du droit aux « mauvaises » manières administratives, imputées au rapport jugé tatillon et révérencieux aux textes, comme le dit un conseiller d'État (*Revue Française d'Administration Publique*, 1989, p. 28-29). La réflexivité et la souplesse sont pensées comme les gages d'une conception et d'une application « intelligentes » des normes juridiques, visant à faire du droit un facteur « d'efficacité » et de « rapidité » administrative (*ibid.*, p. 29).

Ainsi, en insistant sur l'importance de l'écriture du droit, en renouvelant la formation à son endroit, le conseil d'État s'approprie la critique du droit afin de ne pas laisser le champ libre à ses détracteurs. Il réaffirme la place du langage et des normes juridiques dans l'administration : « Le droit servira d'autant plus efficacement la réforme administrative qu'il sera lui-même l'enjeu d'une réforme de ses conditions de production », résume Jacques Caillosse (2010 (a), p. 131). Loin de s'opposer aux réformes managériales, la création du cours d'écriture du droit a été pensée comme un moyen d'y acclimater ce dernier. Trente-cinq ans plus tard, ce cours figure toujours dans le programme des études de l'ENA, et est présenté par le conseiller d'État responsable des cours de droit comme le « cœur » de la formation juridique dispensée dans l'établissement. Autant d'éléments qui témoignent de la valeur que les membres du Conseil d'État lui accordent et invitent à étudier les contenus qui y sont effectivement transmis.

2 Surveiller les fonctionnaires en les éduquant

Au fil des ans, les membres du conseil d'État ont perdu une partie de leur influence à l'ENA : depuis le milieu des années 1970, la direction de l'école leur échappe la plupart du temps, au profit des préfets, des membres des grands corps financiers et des diplomates. Discipline structurante, aux côtés de l'économie, à la fondation de l'école, le droit est maintenant dispersé entre les trois modules (« Gestion et management publics », « Europe » et « Territoires ») qui composent la formation depuis 2006. Les membres du conseil d'État, toutefois, s'efforcent de faire perdurer la logique disciplinaire : depuis 1989, c'est un conseiller d'État, devenu président de sa section du contentieux (la plus prestigieuse), qui coordonne l'ensemble des cours de droit, et qui recrute leurs enseignants, lesquels sont en très grande majorité des membres du conseil¹¹. La promotion de la légistique – nom donné à la technique d'écriture des textes à partir des années 2000 – est, du point de vue curriculaire et cognitif, leur principal investissement pour maintenir la place du droit au sein de l'école. Son enseignement révèle une technicisation de la matière juridique. Celle-ci manifeste

¹¹ L'ÉNA ne compte aucun professeur de carrière (excepté pour les activités sportives et le français langue étrangère), mais utilise les services de hauts fonctionnaires (et dans une moindre mesure de professeurs d'université) pour assurer ses enseignements.

l'attachement maintenu du conseil d'État au contrôle légal-rationnel de l'action administrative, tout en attestant de l'acculturation des juristes aux normes managériales et, par là, à une évaluation de type économique. L'enseignement du droit, par lequel les conseillers d'État entendent influencer les pratiques administratives futures, mêle rigueur formelle et visée comptable.

2.1 Faire du droit une technique

Dans les cours de légistique que nous avons suivis en 2009-2010, la dimension technique apparaît clairement. L'enseignant – ancien élève de l'ENA et membre du Conseil – insiste beaucoup sur la mémorisation de certaines formes rédactionnelles, qu'il qualifie d'« automatismes ». Il exhorte aussi les étudiants à sélectionner soigneusement la dizaine de verbes qui structurent les énoncés normatifs, ainsi qu'à réfléchir précisément à la place des virgules au sein de ceux-ci. Des métaphores culinaires (les conseils de rédaction comme « recettes de cuisine ») et mécaniques (les règles énonciatives comparables au « jeu de clés » du garagiste) émaillent son propos. Concrètement, les étudiants sont invités à remplir des « exercices à trous » (un article de loi dans lequel il manque un mot), à placer sauts de ligne et signes de ponctuation au bon endroit ou encore à corriger les termes erronés placés à dessein dans les textes.

Pour être propre à la textualité des normes juridiques, cet enseignement n'en rappelle pas moins le mode d'apprentissage privilégié dans les autres disciplines (telles que l'économie et la gestion) où il s'agit de former les élèves à la maîtrise de « boîtes à outils » et de méthodes transférables d'un secteur de l'action publique à un autre (Kolopp, 2011, p. 120-121). Invitant à penser le droit, non comme un savoir figé (ces lois ou ces éléments de jurisprudence qui encadreraient le travail des fonctionnaires), mais comme une technique toujours ajustée à l'action et aux préoccupations actuelles des gouvernants, ce cours de légistique défend la pertinence de la régulation juridique des pratiques administratives – à égalité avec les normes économiques ou gestionnaires. En contrant l'idée « que tout fonctionnaire, quelles que soient sa formation et ses aptitudes, a une sorte de droit naturel à rédiger projets de loi et décrets » (selon la formule d'un conseiller d'État : Lasvignes, 2008, p. 6), cet enseignement affirme à la fois l'importance du maniement du droit (qui exige rigueur et méthode) et des juristes d'État (dont la mission est de les former à sa « bonne » pratique).

Le caractère technique plus que substantiel¹² de ce cours s'adosse aux transformations du profil scolaire des élèves. Certes, la majorité d'entre eux/elles a été initiée au droit avant d'entrer à l'ENA, en particulier au cours de la scolarité à l'IEP de Paris. Mais peu sont diplômé-e-s des facultés de droit¹³, et peu feront une carrière de juristes d'État. De ce fait, la légistique s'inscrit en complément des connaissances juridiques préexistantes (la technique succédant à la théorie) tout en confortant la figure du « haut fonctionnaire généraliste », visée officielle de l'ÉNA depuis sa création (Eymeri, 2001; Biland et Kolopp, 2013).

¹² L'enseignement des règles du droit positif n'est toutefois pas totalement absent des enseignants : son cœur est constitué par des cours sur la hiérarchie des normes et sur le droit européen (l'examen de droit consiste en la transposition d'une directive en droit interne).

¹³ En 2008, seulement 5 des 40 admis au concours externe avaient une maîtrise de droit (Lombard, 2008, p.8). Par contraste, les diplômés des facultés de droit représentaient plus de la moitié des promotions dans les années 1960 et encore un tiers dans les années 1970 (source : tableaux statistiques présents dans les archives de l'ENA).

En ce sens, la légistique ne sort pas du sentier de dépendance cognitif défini, dès 1945, par le mode d'entrée dans l'école (après des études universitaires ou une expérience professionnelle) et par les horizons de carrière, situés dans les ministères et les préfectures pour la majorité des anciens élèves¹⁴. L'apprentissage de la technique juridique enseigne aux futurs hauts fonctionnaires ce que sera leur rôle futur. Il les incite à une certaine modestie, leur principale contribution à la légalité consistant à réécrire des textes déjà existants : « on vous demande rarement d'ébranler les colonnes du temple, on se contente de changer la toiture ou de repeindre la façade », résume l'enseignant de légistique. La continuité temporelle de l'action publique (le droit ne change pas du jour au lendemain) mais aussi l'inscription au sein d'un collectif de « faiseurs » de droit sont rendus sensibles par ces cours. Ce faisant, les élèves apprennent à se positionner dans la division du travail gouvernemental : acteurs administratifs, ils se doivent de respecter les prérogatives des acteurs politiques : « le parlement étant souverain, il est appelé à modifier votre projet », rappelle l'enseignant, non sans regretter que les amendements des parlementaires échappent aux avis du Conseil. Les élèves apprennent également qu'ils pourront être contrôlés par les juges administratifs, si les textes font l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, et, surtout, dès leur élaboration, par les sections administratives du Conseil. Tout en rappelant fréquemment le rôle de « censeur » de ces dernières, les cours mentionnent également le contrôle de qualité formelle qu'elles effectuent, et indiquent aux élèves l'importance de leur saisine pour accroître la valeur de leur futurs textes : faire le choix d'écrire un « décret en Conseil d'État » (qui sera automatiquement examiné par le Conseil) plutôt qu'un « décret simple » est une « décision politique », explique ainsi un enseignant, « parce que vous considérez que la question juridique est d'une importance telle qu'elle justifie d'avoir un avis de votre conseiller juridique favori ». Ce faisant, il souligne l'importance du conseil, et du droit, dans la fabrique des politiques.

La mise en scène pédagogique des prérogatives du conseil d'État n'est d'ailleurs pas cantonnée à ses rapports avec les pouvoirs exécutif et législatif. L'apprentissage des règles de transposition des directives communautaires en droit interne est particulièrement éclairant de la volonté du Conseil de peser sur la scène européenne. L'enseignant y présente les différences entre le droit européen et le droit français dans les termes d'une opposition entre la culture juridique nationale et la culture juridique européenne, inspirée par la *common law* anglo-saxonne. Il fait comprendre aux étudiants que la maîtrise du droit européen constitue un atout pour peser sur les négociations bruxelloises et, au-delà, pour promouvoir une manière *française* de concevoir les politiques publiques et d'écrire le droit. En élaborant les techniques de transposition et en les enseignant, les conseillers d'État font montre de leur capacité à conseiller le gouvernement dans cette tendance particulièrement sensible qu'est l'europanisation des modes de régulation. Ce faisant, ils cherchent à accréditer l'idée, chez les étudiants tout au moins, que leur puissance dans l'État tient autant à leur surveillance contentieuse des activités administratives qu'à leur activité de conseil, qui

¹⁴ La promotion dont nous avons suivi certains des cours comptait 78 élèves. À l'issue de leur scolarité, 43 élèves (soit 55%) intègrent des corps généralistes (administrateurs civils et Ville de Paris) ; 13 (soit 17%) rejoignent un corps juridique (dans les différents échelons de la justice administrative) ; 12 des corps économiques et financiers ; 5 deviennent diplomates et les 5 restants occupent des fonctions d'inspection, de l'administration ou des affaires sociales (Arrêté du 6 mai 2011 portant affectation aux carrières des élèves de la promotion 2009-2011 « Robert Badinter » de l'École nationale d'administration ayant terminé leur scolarité en mars 2011). Ces proportions sont globalement stables d'une année sur l'autre, en tout cas depuis les années 1990 (Eymeri, 2001).

visé également à maintenir la place de la France (et plus précisément du droit français) dans le concert européen.

En somme, dans ces cours, la vision de l'État et du droit qui transparait implicitement demeure fondamentalement wébérienne. Bien qu'inscrite dans un cadre européen, la conception de l'action publique demeure étatique et nationale. De surcroît, le respect de la forme légale, dont l'importance est martelée cours après cours, va de pair avec le respect des hiérarchies administratives et contraint l'action des fonctionnaires.

2.2 Rendre le droit efficace

Toutefois, cette vision « traditionnelle » n'est pas portée de manière exclusive. Au contraire, dans sa version technique elle-même, le droit de l'ÉNA apparaît comme le révélateur des mutations de la culture juridique des membres du conseil d'État, et de leur ambition de changer celle des hauts fonctionnaires français. Plus précisément, les enseignants se font les échos de la préoccupation relative à la sécurité juridique que le conseil d'État a théorisée et publicisée depuis le début des années 1990. Le responsable des cours de droit explique aux étudiants qu'écrire le droit de manière « claire, accessible et intelligible » est la meilleure manière d'en assurer l'effectivité – autrement dit la force contraignante. Ce faisant, il réfère implicitement aux critiques adressées, tant par la jurisprudence que par les rapports annuels du conseil, à l'égard de l'« inflation législative » et de la « logorrhée textuelle », tenues pour responsable de l'affaiblissement du droit (Vanneuville, 2009). Moins écrire, mais aussi et surtout mieux écrire (et former les fonctionnaires en ce sens) seraient des moyens pour renforcer la sécurité juridique et par là, l'influence des acteurs et institutions chargés de la garantir.

La question de l'effectivité du droit rencontre ici celle de son efficacité économique : significativement, la majorité des cours de droit sont inclus dans le module dédié à la gestion et au management public. Au cours d'une séance, un enseignant tourne en ridicule une loi qui allouait des subventions aux agriculteurs remplissant certaines conditions. Parce que ces dernières avaient été mal rédigées, certains ont bénéficié de manière indue de l'argent public. Et l'enseignant de dénoncer de telles erreurs rédactionnelles. Dans le cours sur le Code des marchés publics, les préoccupations financières sont encore plus prégnantes : le Code doit garantir le bon usage des fonds publics, à travers le recours au mécanisme concurrentiel entre entreprises prestataires. Ces exemples en attestent : la légistique vise à rendre la légalité compatible avec les préoccupations financières et comptables qui sont au cœur des politiques publiques contemporaines. En ce sens, elle se rapproche – ainsi que nous le développerons plus loin – de l'analyse d'impact, obligatoire pour toute loi votée en France depuis 2009 (Rose-Ackerman, 2011) et présentée dans l'un des cours comme la « feuille de route » de tout concepteur de textes.

Mêlant approches « formelle » (attachée à la correction juridique des textes) et « matérielle » (portant sur « le contenu de la matière à réglementer et sur la manière de concevoir l'action » (Flückiger, 2007, p. 14), la légistique enseignée à l'ÉNA est sous-tendue par une vision « réaliste » du droit – le réalisme étant ici principalement une affaire de finances publiques. Pour le dire concrètement, du point de vue des juristes eux-mêmes, les fonctionnaires ne doivent pas seulement respecter les formes légales, ils doivent veiller à ce que celles-ci correspondent aux impératifs comptables.

3 Quelle légistique pour l'administration ?

Cette prescription informe-t-elle effectivement les pratiques des administrateurs français ? Centrée sur la production et la diffusion de schèmes cognitifs visant à orienter l'action publique, et non sur les activités professionnelles elles-mêmes, notre étude ne permet pas de répondre à une telle question. En revanche, elle montre que les efforts du Conseil d'État pour transformer les usages du droit ne se limitent pas aux salles de cours. Consacrée comme priorité gouvernementale à partir du milieu des années 1990 (Gilberg, 2007, p. 11), la rationalisation de la production juridique s'institutionnalise à partir des années 2000. Cette section interroge à la fois la contribution des membres du conseil à ce processus et la conception de la légistique qui en émane. Elle montre que les initiatives des membres du Conseil s'inscrivent dans le cadre de concurrences, tant nationales (avec les membres des corps et ministères économiques) qu'internationales (au sein de l'OCDE et de l'Union Européenne) pour le contrôle de la production normative. Prise en tension entre des définitions potentiellement contradictoires, mêlant exigences de rigueur formelle et injonctions à l'efficacité, la légistique ouvre la voie à de nouvelles modalités de surveillance des pratiques administratives.

3.1 L'institutionnalisation du contrôle de la qualité du droit.

Faire de la « qualité » du droit un enjeu de « bonne » administration est, on l'a vu, un des ressorts du développement de la légistique comme matière d'enseignement. C'est aussi en son nom que les membres du Conseil d'État s'engagent dans sa promotion au sein des administrations. Celle-ci se déploie sur plusieurs fronts : la production de circulaires (dès le milieu des années 1970), la formation continue et le renforcement des services juridiques des ministères (à partir des années 1980), ainsi que la publication de manuels (dans les années 1990 et 2000), sont autant de moyens par lesquels des conseillers d'État énoncent les préceptes de la légistique et s'efforcent de mieux contrôler les pratiques scripturales des administrations (encadré 1).

Encadré 1 : Les voies administratives de la promotion de la légistique en France
Dispositifs les plus précoces, les circulaires relatives aux règles d'élaboration des textes émanent du Secrétariat Général du Gouvernement (SGG)¹⁵, majoritairement composé de membres du Conseil d'État. Ces textes puisent à un principe commun, qui rappelle fortement l'enseignement de la légistique à l'ENA : « la rédaction d'un projet de texte (...) doit être claire, sobre et grammaticalement correcte ». S'en suivent une série de règles rédactionnelles précises (...) tels l'emploi exclusif de termes appartenant à la langue française, la conjugaison des verbes au présent, le respect des règles de ponctuation, la prohibition des néologismes ou des sigles » (Gilberg, 2007, p. 118). Des membres du Conseil qui occupent des postes de direction dans les ministères initient de leur côté des stages de légistique, dans le cadre des programmes de formation continue, faisant appel à leurs collègues conseillers pour les animer. La création de directions ou sous-directions juridiques dans les ministères se fait également sur

¹⁵ Instance relevant des services du Premier Ministre, le SGG est chargé d'organiser le travail gouvernemental. Il est dirigé, depuis sa création en 1935 (excepté de 1945 à 1947), par un membre du conseil d'État. Le SGG exerce notamment le rôle de conseiller juridique du gouvernement, tant sur le plan de la légalité que de la correction formelle des textes en cours d'élaboration, constituant ainsi le lieu de passage obligé de la plupart des textes publiés au *Journal Officiel*.

l'impulsion de membres du conseil, qui prennent la tête de ces services (Colera, 2009, p. 43 et suiv.)¹⁶. Auparavant surtout confinés aux questions contentieuses, ces derniers déploient maintenant des activités d'expertise et de conseil (« Quel avenir pour les directions juridiques ? », 2009, p. 4-5). Dans les années 2000, suite au rapport d'un conseiller d'État (Mandelkern, 2002), les directions juridiques intègrent des services expressément dédiés à la « qualité de la réglementation », sous la responsabilité de « hauts fonctionnaires à la qualité de la réglementation » (souvent les directeur/rices des affaires juridiques). Enfin, les ministères adoptent des « chartes de la qualité de la réglementation ». Au sein du Secrétariat général du gouvernement, le service législatif est renommé « service de la qualité de la législation et de la qualité du droit » en 2006, et se dote d'une « mission qualité » chargée de contrôler le programme de qualité assigné aux ministères (Gilberg, 2007, p. 120).

Aux côtés de cette institutionnalisation formelle (nouveaux services et nouveaux rôles administratifs), l'institutionnalisation cognitive se poursuit, avec la parution de deux manuels (Rémy, 1994 ; Bergeal, 1997)¹⁷, puis, en 2005, avec la mise en ligne sur le portail du droit français (Legifrance) d'un « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », élaboré par le conseil d'État et le SGG.

Les enseignements de cette profusion d'initiatives sont triples. D'abord, les membres du conseil d'État y occupent effectivement une place majeure. La logique du corps – qui permet à un conseiller d'État de travailler dans un ministère quelques années avant de revenir au conseil, par exemple – est un atout précieux en ce qu'elle garantit la présence de juristes, en petit nombre mais à des positions élevées¹⁸, dans les différents rouages de l'État. Aux côtés du conseil lui-même, le Secrétariat Général du Gouvernement s'affirme comme un autre acteur pivot dans le contrôle des pratiques juridiques. Ensuite, ces initiatives manifestent l'édification de la légistique comme discipline, comprise à la fois comme un savoir qui dispose dorénavant de manuels, et comme manière de « discipliner » les pratiques d'écriture des fonctionnaires, ainsi que le formulent explicitement les membres du Conseil (Maïa, 2008, p. 21 ; Conseil d'État, 2006, p. 305). Une discipline que les conseillers s'efforcent d'exercer au concret, grâce au renforcement des services juridiques des ministères (Chevallier, 2011, p. 630).

Le troisième enseignement porte à plus de nuances : conclure au succès de ces différentes entreprises serait pour le moins hâtif. Leur empilement même est un indice de la difficulté à transformer en profondeur le rapport au droit des fonctionnaires. De fait, les règles d'écriture demeurent très générales, de manière à s'adapter aux cultures administratives propres à chaque ministère (Gilberg, 2007, p. 119, p. 160-161). Leur contrainte ne s'exerce qu'à travers le filtre des habitudes locales d'écriture, et plus largement, d'élaboration et de mise en œuvre des politiques publiques.

¹⁶ En 2002, sur les 8 directeurs/rices des affaires juridiques, 5 sont des conseillers d'État (Colera, 2009, p. 70).

¹⁷ Dominique Rémy est en 1994 directeur juridique au ministère de la jeunesse et des sports, son ouvrage est préfacé par un conseiller d'État ; Catherine Bergeal est membre du conseil, ancienne enseignante de légistique à l'ÉNA.

¹⁸ Entre 1958 et 2008, moins de 700 personnes ont été membres de ce corps (Rouban, 2008, p. 10) dont environ 300 en activité dans la période contemporaine. Un quart seulement des membres du conseil réalisent l'essentiel de leur carrière au Conseil d'État. Les deux tiers exercent dans d'autres services gouvernementaux, y compris dans les cabinets ministériels (23%) voire en tant qu'élus (9%). Une minorité (9% entre 1958 et 2002) passe la majeure partie de sa carrière dans le secteur privé (*ibid.*, p. 69-70).

Les promoteurs de la légistique sont eux-mêmes conscients de ces limites. Le rapport annuel 2008 du conseil d'État, pour ne prendre qu'un exemple, est particulièrement éloquent à cet égard : le Guide légistique demeure « peu connu en dehors des directions juridiques des ministères », selon ses auteurs (p. 55) ; la hiérarchie des normes serait souvent bafouée ; la rigueur manquerait dans les procédures d'élaboration des textes (p. 56, p. 118). Certes, ces doléances sont l'occasion d'appeler, une fois de plus, à un renforcement de l'expertise du conseil¹⁹. Mais elles sont aussi significatives des incertitudes qui pèsent sur la définition de la légistique, au-delà même de ses acclimations ministérielles. Du fait de l'investissement d'autres acteurs sur l'enjeu de la qualité du droit, la définition de celle-ci a évolué, portant moins sur la forme intrinsèque des textes que sur l'efficacité de leur production.

3.2 Du contrôle de la forme à l'évaluation des coûts du droit

La promotion de la légistique par le conseil d'État ne se situe en effet ni dans un cadre franco-français ni sous la seule influence des juristes. À partir des années 1990, tant l'Union Européenne que l'OCDE ont mis en place des programmes liés à l'amélioration de la réglementation (programmes « Better Regulation »), intégrés à la promotion plus générale des principes de (bonne) gouvernance²⁰. Faisant d'abord primer la question de la qualité rédactionnelle pour évaluer la qualité du droit, l'Union Européenne ajoute en 2002 le critère des effets économiques et sociaux de la législation puis, en 2007 celui de ses coûts (Van Den Abeele, 2009). Elle adopte ainsi les critères promus par l'OCDE dès les années 1990, essentiellement axés sur la prise en compte des coûts de la réglementation, et sur son « nécessaire » allègement (Gilberg, 2007, p. 110-111).

L'accent mis sur l'amélioration de la « performance » juridique se manifeste nettement dans les politiques françaises de qualité du droit à partir de 2003 (Gilberg, 2007, p. 430 et suiv.), en référence tant aux programmes de l'OCDE que de l'Union Européenne (par ex. : Mandelkern, 2002 ; Lasserre, 2004). L'appropriation française de ces politiques internationales relatives au droit (qui reste encore à spécifier) se produit dans un contexte favorable : la consolidation de la doctrine du NPM en France (Radaelli et Meuwese, 2009, p. 641), qui se traduit notamment par la « financiarisation de la question administrative » (Bezes, 2008, p. 220). Fait significatif : depuis 2005, le service chargé de proposer et de coordonner les politiques françaises de réforme de l'État (la Direction Générale de la Modernisation de l'État) est rattaché au ministre du budget²¹. Depuis lors, son « département de la qualité réglementaire » axe son action sur

¹⁹ Les rapports annuels du Conseil d'État, destinés au premier ministre, sont l'occasion de souligner des dysfonctionnements et de demander des réformes (Mbongo et Renaudie, 2010).

²⁰ Les références à la politique réglementaire sont insérés dans les rubriques « gouvernance » des deux organisations : voir leurs sites internet respectifs (<http://www.oecd.org/gov/> ; http://ec.europa.eu/governance/governance_eu/index_en.htm). Dans un esprit proche, « le classement dans les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale est expressément conçu pour noter le plus favorablement les procédures qui sont peu chères et rapides » (Rose-Ackerman, 2011, p. 790).

²¹ Au moment où nous achevons ce chapitre, la DGME vient d'être intégrée, avec la Direction interministérielle des systèmes d'information et de communication, à un Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique, placé sous l'autorité du Premier ministre et dirigé par un membre de la Cour des Comptes. Visant à promouvoir « une nouvelle approche de la réforme administrative », le Secrétariat « coordonne, favorise et soutient, au niveau interministériel, les travaux conduits par les administrations en vue d'évaluer et de moderniser l'action publique, afin d'améliorer le service rendu aux citoyens et aux usagers et de contribuer à la bonne gestion des deniers publics ; [il] veille à ce que les

la réduction de la « charge administrative » (Fixari et Pallez, 2007). En d'autres termes, la politique de qualité du droit intègre désormais des préoccupations d'ordre comptable, qui soumettent les producteurs de droit à de nouvelles contraintes. En 2006, des indicateurs relatifs aux délais d'élaboration des projets de lois et des décrets d'application (Gilberg, 2007, p. 219 et suiv.) sont introduits, qui valorisent essentiellement la rapidité d'exécution (Koubi, 2011). Par ailleurs, l'obligation de réaliser une étude d'impact préalablement à l'élaboration des projets de loi est constitutionnalisée en 2008²². Instrument privilégié de l'OCDE en matière de réglementation (Radaelli, 2004), cet outil est symptomatique des transformations managériales des politiques publiques (encadré 2).

Encadré 2 : L'étude d'impact, outil de « managérialisation » du droit
Mesurant, *ex ante*, les effets d'une nouvelle réglementation sur une variété de domaines (impacts sur les collectivités territoriales, impacts sociaux, environnementaux, économiques et financiers), l'étude d'impact a pour objectif d'éclairer le choix des membres de l'Assemblée Nationale qui voteront la loi, mais aussi et surtout, de s'assurer que le coût de cette dernière ne sera pas supérieur aux bénéfices qu'elle procurera. L'étude d'impact conduit ainsi à mettre en doute la nécessité même du recours à un texte de droit comme outil d'action publique. Destinée à rendre le processus d'élaboration des textes « plus transparent et responsable » (Radaelli, 2004, p. 723), l'étude d'impact s'inscrit dans les politiques contemporaines qui visent d'une part à réduire l'autonomie des administrations en leur enjoignant de « rendre des comptes » (devant les élus, devant les citoyens) et d'autre part, à diminuer les coûts de l'action publique (Bezes, 2005). Significativement, le site de la Direction Générale de la Modernisation de l'État propose aux administrations une aide à la réalisation de l'étude d'impact sous la forme d'un outil de simulation de la charge administrative (OSCAR), qui calcule « la complexité d'une démarche administrative en termes de temps passé et de coût pour l'utilisateur et l'administration »²³.

Ainsi, le droit est plus que jamais conçu comme un instrument de politique publique, qui doit, à l'instar des autres, respecter les normes d'efficience à présent prépondérantes. Le centre de gravité de la définition de la « qualité du droit » s'est donc progressivement déplacé : la légistique plutôt formelle des années 1980 s'est combinée à une conception matérielle au sein de laquelle les impératifs d'efficacité (centrés sur l'atteinte des objectifs) se sont mués en exigences d'efficience (visant la meilleure utilisation des ressources disponibles). En d'autres termes, « bien » écrire le droit, ce n'est pas seulement suivre des canons rédactionnels et s'assurer que le texte sera applicable, c'est aussi respecter des délais et des indicateurs financiers. Pour les fonctionnaires en charge de sa rédaction, les consignes d'écriture se combinent avec le travail sur tableaux de bord et la production de chiffres relatifs aux coûts et délais, intégrant le droit dans ce dispositif de « contrôle par la production et le traitement de

systèmes d'information et de communication concourent à améliorer la qualité, l'efficacité, l'efficience et la fiabilité du service rendu et à simplifier les relations entre les usagers et les administrations de l'État, et entre celles-ci et les autres autorités administratives» (décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012).

²² La loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, complétée par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 (article 8).

²³ <http://www.modernisation.gouv.fr/index.php?id=848> (consulté le 25-10-2012).

l'information » (Ogien, 1995, p. 67) caractéristique des nouvelles formes de surveillance exercées sur les administrations (Bezes, 2005, p. 31-33).

Dans ce contexte, les doléances des membres du conseil d'État quant à la (toujours) mauvaise confection des textes prennent sens : l'expertise et le contrôle spécifiques en matière de légistique formelle qu'ils revendiquent semble avoir peu de poids face aux exigences de performance assignées à la production des textes.

3.3 Les concurrences institutionnelles pour le contrôle des pratiques juridiques

Pour autant, il serait faux de considérer que le Conseil d'État s'oppose, ou ne fait que suivre, bon gré mal gré, les transformations des politiques de qualité du droit. Il demeure en effet un *senior player* dans la concurrence interinstitutionnelle pour la définition du droit de l'État.

Il a d'abord joué un rôle moteur dans l'émergence des études d'impact en France (Gilberg 2007, p. 430 et suiv.). Salué tout au long du dernier rapport de l'OCDE relatif à la politique réglementaire française (OCDE, 2010), ce rôle est aussi rappelé par le vice-président du conseil lors d'un colloque organisé en 2007 sous l'égide de cette organisation : après avoir déclaré que « légiférer et réglementer, c'est évidemment dépenser », il rappelait que « légistes et budgétaires ont donc à l'évidence un projet et un combat à soutenir et à mener en commun »²⁴. Associés à la production de guides sur les études d'impact²⁵, les membres du conseil en contrôlent aussi l'élaboration, *via* le SGG, puis la validité lors de l'examen des projets de lois devant les sections administratives du conseil. De surcroît, le Commissaire à la simplification, chargé, depuis 2010, de vérifier la conformité de ces études lorsque la réglementation concerne les entreprises, est lui aussi un conseiller d'État. Plus généralement, les outils de « surveillance par l'information » évoqués précédemment ont aussi fourni aux membres du conseil des moyens de renforcer leur contrôle sur les pratiques d'écriture du droit. Mis en place au SGG en 1997, l'outil informatique SOLON (pour Système d'Organisation en Ligne des Opérations Normatives) en est une bonne illustration. Permettant de dématérialiser les procédures allant de la conception du texte par les ministères à sa publication au *Journal Officiel*, SOLON permet au SGG d'administrer l'ensemble du processus d'élaboration du droit : cet outil suit en temps réel sa progression, génère automatiquement des alertes pour signaler les retards et les blocages (Gilberg, 2007, p. 252). Rénové en 2007, il renforce la centralisation du processus (les droits d'accès à SOLON ont été limités) (Gilberg, 2007, p. 251) et, du même coup, le contrôle exercé par le SGG.

La contribution des conseillers d'État à la surveillance des pratiques juridiques, au sein de leur institution-mère ou depuis les postes-clés qu'ils occupent dans d'autres institutions publiques, est donc indéniable. Mais la nature de cette surveillance se transforme : elle porte désormais moins sur la valeur intrinsèque du droit que sur des

²⁴ Allocution d'ouverture de Jean-Marc Sauvé lors des Sixièmes rencontres internationales de la gestion publique, organisées conjointement par l'OCDE et l'IGPDE (Institut de la gestion publique et du développement économique, organisme de formation et de recherche rattaché aux ministères économiques), les 5 et 6 juillet 2007 à Paris : http://www.conseil-etat.fr/media/document/gestion_publicque_6eme_rencontre_050707.pdf

²⁵ Le premier est élaboré en 2006 par le SGG (SGG, 2006) ; le deuxième est issu de l'Autorité de la Concurrence (2012), présidée par le conseiller d'État Bruno Lasserre, l'un des promoteurs des études d'impact en France (Lasserre, 2004).

procédures relevant de critères gestionnaires²⁶. D'instance principale de normalisation de l'action publique, le droit est à son tour objet d'évaluation (Caillosse (b), 2010, p. 355). En ce sens, le conseil d'État lui-même contribue à l'instrumentalisation du droit.

Cette évolution est ambiguë. La posture d'évaluateurs du droit désormais endossée par les conseillers d'État limite le processus d'hétéronomie dont les études d'impact pourraient être porteuses : ce sont toujours des juristes qui « jugent » le droit. Dans le même ordre d'idées, la participation à la mise en forme des politiques communautaires en matière de réglementation semble constituer un moyen d'en gommer les aspects les plus éloignés de la « manière française » de faire le droit, dont les cours à l'ENA sont l'illustration. C'est ainsi que procède le conseiller d'État Dieudonné Mandelkern : chargé de l'élaboration du premier rapport européen sur l'amélioration de la réglementation (2001), il en retranscrit les principes dans un rapport français en 2002. Son introduction évoque la spécificité de l'« approche française de la qualité de la réglementation », laquelle devrait tenir à distance les politiques fondées sur le « moins réglementer » (Mandelkern, 2002, p. 7-8). C'est un rapport « très conseil d'État » estime un conseiller interrogé au cours de cette recherche, signifiant par là qu'il tente de combiner formalisme et matérialisme, sans adopter complètement les critères de l'Union Européenne et de l'OCDE. On peut ainsi faire l'hypothèse que la double attention à la légistique formelle et matérielle est une des clés du maintien des prérogatives des juristes d'État sur les politiques d'élaboration du droit (encadré 3).

Encadré 3 : Des rapports différenciés à la légistique chez les conseillers d'État ? Jalons pour un approfondissement de la recherche

Pour expliquer pourquoi le Conseil promeut à la fois les aspects formels et matériels de la légistique, il faudrait évoquer la diversification des profils de ses nouveaux membres, où les titulaires de diplômes de droit se raréfient alors que les diplômes en économie ou en sciences sont plus fréquents (Rouban, 2008 p. 33-34). Plus généralement, il serait nécessaire de mettre au jour les logiques permettant de rendre compte des différences de rapport au droit existant parmi les membres du Conseil : de nombreux indices indiquent que certains promeuvent un usage économique de la légistique, tandis que d'autres défendent d'abord et avant tout une approche formelle.

Analysant le positionnement du Conseil d'État face à d'autres institutions, notre approche reste donc trop globalisante, et ne prend pas en compte les investissements différenciés des membres du conseil dans la « cause » de la légistique. Expliqué par nos sources (présentant, sous des formes diverses, la « parole officielle » de l'institution), cet écueil pourrait être levé par une méthodologie plus attentive aux acteurs, repérant systématiquement quels conseillers investissent cet enjeu, avec quels arguments, et depuis quelles positions (dans et hors du conseil). Karine Gilbert (2007, p. 119) note à ce sujet que le Conseil et le SGG auraient des définitions différentes de la légistique, plus formelle pour le premier, plus politique pour le second.

Cependant, la perspective matérielle tend à banaliser leur expertise : cette dernière n'est « en aucun cas l'exclusivité de personnes ayant une formation juridique ni un domaine d'action pour lequel les juristes seraient nécessairement mieux préparés que

²⁶ L'évolution du contentieux administratif témoigne lui aussi d'un assouplissement dans l'attachement à la légalité et aux contraintes formelles, au profit d'une appréhension plus managériale du droit (Caillosse (b), 2010). Plus généralement, l'organisation même de la justice administrative a intégré ces principes managériaux (accélération des procédures, simplification de la forme des décisions...) (Sauvé, 2012).

des personnes ayant d'autres compétences professionnelles », souligne un spécialiste suisse de la légistique (Mader, 2001, p. 121). Le recours aux techniques économétriques pour de nombreuses études d'impact (Gilberg, 2007, p. 393 et suiv.) indique que les administrateurs formés à l'économie y jouent un rôle significatif. Plus largement, cette posture matérielle justifie l'engagement de hauts fonctionnaires extérieurs au conseil d'État dans la promotion et le contrôle de la qualité réglementaire. Des responsables du Ministère de l'Economie et des Finances critiquent ainsi la définition de celle-ci, pour son trop grand attachement aux exigences formelles, et demandent une meilleure prise en compte des critères financiers de l'OCDE (Hainque et Montin, 2011). Dans son dernier rapport sur l'évaluation des politiques réglementaires en France, l'OCDE suggère d'ailleurs que la Cour des Comptes devienne un acteur de la « gouvernance réglementaire » (OCDE, 2010, p. 15). En d'autres termes, la concurrence entre institutions juridiques et institutions financières pour le contrôle de la production normative pourrait bien s'intensifier dans les prochaines années.

Conclusion

Dans les années 1980-1990, l'inscription de la légistique dans les politiques de modernisation de l'État relevait principalement d'une préoccupation juridique, portée par les conseillers d'État : la bonne confection des textes était pensée comme une garantie de leur régularité juridique, elle-même gage d'efficacité administrative. Dans les années 2000, l'intégration de préoccupations gestionnaires à la légistique (sous le label de l'efficacité juridique) inverse la donne : au droit condition d'efficacité tend à se substituer l'efficacité comme condition du droit. Portées par les luttes de pouvoir liées aux politiques de réforme de l'État – dans lesquelles les membres du Conseil cherchent à conserver leur position, ces transformations ont modifié la surveillance juridique exercée sur les fonctionnaires. Celle-ci s'est déplacée de la mise en forme du droit vers une évaluation de ses usages, ouvrant ainsi la porte à d'autres « surveillants » que les juristes d'État.

Comme en témoignent les cours contemporains de légistique à l'ENA ainsi que les dispositifs de qualité du droit (qui oscillent entre technique d'écriture et attention aux impératifs comptables) et comme le suggèrent les analyses de Claudio Radaelli et Anne Meuwese (2009) relatives aux appropriations du programme « Better Regulation » dans les pays européens, la définition de la légistique et les dispositifs de contrôle des pratiques juridiques des administrations sont l'objet de concurrences entre acteurs publics. La légistique, en tant que savoir disciplinaire et discipline des pratiques, est devenue un enjeu dans les affrontements pour le pouvoir dans et sur l'État, voire sur les États. Dans les rapports de l'OCDE qui, depuis une dizaine d'années, pointent, pays par pays, les « bonnes » ou « mauvaises » pratiques en la matière, l'encadrement de l'écriture juridique dépasse la seule surveillance des fonctionnaires : c'est bien la surveillance des États qui semble en jeu, et qui se fait aussi au nom de la libéralisation des marchés (OCDE, 2005). Loin d'annoncer le déclin de la régulation juridique des conduites gouvernementales, ce « monitoring » confirme l'importance accordée au droit dans la restructuration des États, et à travers celle-ci, dans les recompositions contemporaines de l'ordre capitaliste (Dezalay et Garth, 2002, 2010 ; Levi-Faur, 2005). Tel qu'analysé à partir du Conseil d'État, l'essor de la légistique est particulièrement révélateur de cette surveillance juridique renouvelée, à la fois acclimatée à la tradition juridique française et fortement contrainte par des enjeux économiques qui dépassent ce cadre national.

Bibliographie

- « Quel avenir pour les directions juridiques ? », Actes du colloque du dixième anniversaire de la Direction des Affaires Juridiques de Berçy, 11 février 2009 : <http://www.economie.gouv.fr/daj/colloque-quel-avenir-pour-directions-des-affaires-juridiques>
- Autorité de la Concurrence, *Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel des projets de textes normatifs*, Paris, La Documentation française, 2012.
- Bergeal, Catherine, *Savoir rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire...*, Paris, Berger-Levrault, 1997.
- Bernard, Michel, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'Etat sous la Ve République », dans Conseil d'État, *Rapport public 1994*, Paris, La Documentation Française, 1995.
- Bezes, Philippe, « Le renouveau du contrôle des bureaucraties », *Informations sociales*, n° 126, 2005, p. 26-37.
- Bezes, Philippe, « Le tournant néomanagérial de l'administration française », dans Borraz, Olivier, Guiraudon, Virginie (dir.), *Politiques publiques*, t. 1, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2008, p. 215-254.
- Bezes, Philippe, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, Paris, PUF, 2009.
- Biland, Émilie, Kolopp, Sarah, « La fabrique de la pensée d'État, Luttes d'institution et arrangements cognitifs à l'ÉNA (1945-1982) », *Gouvernement et action publique*, v.2, n°2, 2013, p.221-247.
- Bourdieu, Pierre. « Esprits d'État », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 96, n° 97, 1993, p. 49-62.
- Caillosse, Jacques, *Introduire au droit*, Paris, Montchrestien, 1998.
- Caillosse (a), Jacques, « Le discours de la réforme administrative : de quelle réforme administrative le rapport annuel du Conseil d'État dessine-t-il les contours ? », dans Mbongo, Pascal et Renaudie, Olivier (dir.) *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Paris, Éditions Cujas, 2010, p. 125-144.
- Caillosse (b), Jacques, « Droit et évaluation », *Revue française des affaires sociales*, n°1-2, 2010, p. 351-367.
- Cannac, Yves, « Les études réalisées par le conseil d'Etat », *Etudes et Documents du conseil d'Etat*, n° 34, 1982-1983, p. 137-142.
- Chaty, Lionel, *L'administration face au management. Projets de service et centres de responsabilités dans l'administration française*, Paris, L'Harmattan, 1997.
- Chevallier, Jacques, « La juridicisation des principes managériaux », *Politiques et Management Public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 111-134.
- Chevallier, Jacques, « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et Société*, n° 79, 2011/3, p. 623-636.
- Chevallier, Jacques, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1999 (3è éd.).
- Colera, Christophe, *Les services juridiques des administrations centrales*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- Conseil d'État, *Renforcer le potentiel juridique des administrations*, Paris, Conseil d'État, 1983.
- Conseil d'État, *Rapport annuel 1984-1985*, Etudes et Documents du Conseil d'État, n°37, 1985.

Conseil d'État, *La formation juridique des fonctionnaires*, Paris, Conseil d'État, 1988.

Conseil d'État, *Rapport public 2006*, Paris, La Documentation française, 2006.

Conseil d'État, *Rapport public 2008*, Paris, La Documentation française, 2008.

Dezalay, Yves, Garth Briant, *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration des pouvoirs d'État en Amérique latine, entre notables du droit et « chicago boys »*, Paris, Seuil, 2002.

Dezalay, Yves, Garth Briant, *Asian Legal Revivals: Lawyers in the Shadow of Empire*, Chicago, University of Chicago Press, 2010.

Dreyfus, Françoise, "What kind of a citizen for what kind of State?", dans Rouban, Luc (ed.), *Citizens and the New Governance*, Amsterdam, IOS Press-IIAS, 1999, p. 7-13.

Dubois, Françoise *et al.*, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel français », dans CURAPP *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 149-174.

Duran, Patrice, « Légitimité, droit et action publique », *L'Année sociologique*, vol. 59, n° 2, 2009, p. 303-344.

Eymeri, Jean-Michel, *La fabrique des énarques*, Paris, Economica, 2001.

Fixari, Daniel, Pallez, Frédérique, « L'insoutenable légèreté de l'Etat – Une histoire de simplification administrative », *Politiques et management publics*, vol. 25, n° 3, 2007, p. 83-100.

Flückiger, Alexandre, *Les racines historiques de la légistique en Suisse*, Séminaire Commission Européenne, Université de Genève, 19 octobre 2007 : http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/ch_fluckiger.pdf

Foucault, Michel, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971.

Gilberg Karine, *La légistique au concret. Les processus de rationalisation de la loi*, Thèse de droit, Paris, Université Panthéon Assas, 2007.

Hainque, Michel, Montin, Jean-Charles, « Better Regulation in France », 31 mai 2011 : <http://smartregulation.net/>

Kolopp, Sarah, There is no (institutional) alternative? La formation en économie à l'ENA : des techniques « scientifiques » à l'aide à la décision, 1961-1984, mémoire du master 2 PDI, Paris, ENS / EHESS, 2011.

Koubi, Geneviève, « Centraliser la production du droit et simplifier la présentation du droit », 8 juillet 2011 : <http://koubi.fr/spip.php?article552>

Lasserre, Bruno, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Paris, La Documentation française, 2004.

Lasvignes, Serge, « Editorial », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, numéro spécial « La légistique ou l'art de rédiger le droit », juin 2008, p. 5-6.

Latour, Bruno, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002.

Latournerie, Dominique, « La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration », *Revue Administrative*, n° 204, 1981, p. 591-595.

Levi-Faur, David, « The Global Diffusion of Regulatory Capitalism », *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, vol. 598, 2005, p. 12-29.

Lochak, Danièle, « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », dans CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 141-151.

Lochak, Danièle, *La justice administrative*, Paris, Montchrestien, 1998 (3è éd.).

Lombard, Martine, *Rapport sur les concours externe, concours interne, troisième concours*, Strasbourg, École Nationale d'Administration, 2008.

Long, Marceau, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *Revue française de Droit Administratif*, 8(5), 1992, p. 787-794.

Mader, Lucius, « Evaluating the Effects : A Contribution to the Quality of Legislation », *Statute Law Review*, vol. 22, n° 2, 2001, p. 119-131.

Maïa, Jean, « La légistique au Secrétariat Général du Gouvernement », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, numéro spécial « La légistique ou l'art de rédiger le droit », juin 2008, p. 21-24.

Mandelkern, Dieudonné, *La qualité de la réglementation*, Paris, La Documentation française, 2002.

Mandelkern, Dieudonné, *Mandelkern Group on Better Regulation. Final Report*, 13 novembre 2001 : http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf

Mbongo, Pascal, Renaudie, Olivier (dir.), *Le Rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Paris, Cujas, 2010.

Mockle, Daniel, « La gouvernance publique et le droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, 2006, p. 89-165.

Noreau, Pierre, « La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire », *Politique et sociétés*, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 153-177.

OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, OCDE, 2005.

OCDE, *Mieux légiférer en Europe*. France, OCDE, 2010.

Ogien, Albert, *L'esprit gestionnaire. Une analyse de l'air du temps*, Paris, Editions de l'EHESS, 1995.

Poirmeur, Yves, « Transparence et secret administratifs dans le débat public », dans CURAPP, *Information et transparence administratives*, Paris, PUF, 1988, p. 181-223.

Radaelli, Claudio M., « The diffusion of regulatory impact analysis – Best practice or lesson-drawing? », *European Journal of Political Research*, 43, 2004, p. 723-747.

Radaelli, Claudio M., Meuwese Anne, C.M., « Better Regulation in Europe : Between Public Management and Regulatory Reform », *Public Administration*, vol. 87, n° 3, 2009, p. 639-654.

Rémy, Dominique, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romilly, 1994.

Revue française d'administration publique, « Quelle formation pour les fonctionnaires ? », n° 51, 1989.

Rose-Ackerman, Susan, « Étude d'impact et analyse coûts-avantages : qu'impliquent-elles pour l'élaboration des politiques publiques et les réformes législatives ? », *Revue française d'administration publique*, n° 140, 2011, p. 787-806.

Rouban, Luc, « Le conseil d'État. Sociologie d'un grand corps. 1958-2008 », *Cahiers du CEVIPOF*, 2008, n° 49, p. 1-118.

Sauvé, Jean-Marc, « Le juge administratif au service de l'efficacité », *Revue française de droit administratif*, n° 4, 2012, p. 613 et suiv.

Secrétariat Général du Gouvernement, *Rapport au Premier Ministre du groupe de travail chargé d'une réflexion sur les suites du Rapport public 2006 du Conseil d'Etat*, 2006 : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/074000100/index.shtml>

Van Den Abeele, Eric, « L'agenda Mieux légiférer de l'Union Européenne », *Courrier hebdomadaire du Crisp*, n° 2028-2029, 2009/21-22, p. 5-79.

Vanneuville, Rachel, « Les enjeux politico-juridiques des discours sur l'inflation normative », *Parlement(s)*, n° 11, 2009, p. 81-91.