



HAL
open science

Le droit hors de compte. L'aiguillage managérial de la discrétion policière.

Pierre Thévenin

► **To cite this version:**

Pierre Thévenin. Le droit hors de compte. L'aiguillage managérial de la discrétion policière.. *Déviance et Société*, 2016. halshs-01929539

HAL Id: halshs-01929539

<https://shs.hal.science/halshs-01929539v1>

Submitted on 9 Oct 2019

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.

LE DROIT HORS DE COMPTE. L'AIGUILLAGE MANAGÉRIAL DE LA DISCRÉTION POLICIÈRE

Pierre Thévenin

Médecine & Hygiène | « *Déviance et Société* »

2016/2 Vol. 40 | pages 165 à 186

ISSN 0378-7931

Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2016-2-page-165.htm>

Pour citer cet article :

Pierre Thévenin, « Le droit hors de compte. L'aiguillage managérial de la discrétion policière », *Déviance et Société* 2016/2 (Vol. 40), p. 165-186.

Distribution électronique Cairn.info pour Médecine & Hygiène.

© Médecine & Hygiène. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Le droit hors de compte. L'aiguillage managérial de la discrétion policière

En décrivant l'action discrétionnaire des services de police comme une forme latente d'abus de pouvoir, on a souvent méconnu une distinction explicite du droit administratif. Pour un juge, dire qu'un acte relève de la discrétion, c'est le soustraire au contrôle de la loi, par respect pour la liberté de l'administration. Cette théorie nous offre une pierre de touche importante pour comprendre la manière dont l'évolution récente du management de la police affecte le régime d'action des forces de l'ordre. Loin d'impliquer une inflation scandaleuse du domaine de l'arbitraire policier, la nouvelle gestion confisque la liberté des agents d'apprécier la manière opportune d'appliquer la loi.

Pierre Thévenin
École française de Rome

Reprenant l'invitation de Yan Thomas à explorer la capacité du discours juridique à «mettre en forme abstraite le monde social» (Thomas, 2002), cet article mobilise une perspective d'histoire du droit pour interroger les usages extensifs que la sociologie de la police a pu faire de la notion de discrétion.¹ Si le droit fait de la discrétion des agents administratifs un rouage précis de la machinerie juridique, il apparaît que la sociologie de la police des trente dernières années ne s'en est pas toujours assez aperçu. Liées à l'opportunité et à la convenance plutôt qu'à la légalité, les notions de discernement et de discrétion apportent une dimension juridique à une série de concepts pratiques, classiquement ramassés dans l'analyse aristotélicienne de la prudence (Aristote, 1997, 273-314) et la théorie scolastique de la circonspection (Thomas d'Aquin, 1985, 340-341).

¹ Cette étude est le fruit de ma participation en 2012 au programme ANR « Benchmarking : un dispositif de gouvernement par les nombres comme traceur des transformations de l'Etat démocratique contemporain en France ». Je veux remercier Isabelle Bruno et Emmanuel Didier, porteurs de ce projet, de m'avoir associé à leurs travaux. Ma reconnaissance va également à Bruno Aubusson de Cavarlay, Liora Israël, Fabien Jobard, Cédric Moreau de Bellaing, Paolo Napoli et Pierre Vesperini, pour leur lecture et leurs conseils avertis, ainsi qu'aux documentalistes du Cesdip, pour leur accueil ponctuel et bienveillant. Qu'il me soit enfin permis de saluer le souvenir d'Alain Desrosières, dont le séminaire a compté pour l'élaboration des idées qui aboutissent ici.

En repérant certaines tensions entre les usages sociologiques et juridiques de la notion, mon objectif sera double. Je tâcherai d'abord d'identifier le contraste entre une tendance récurrente, dans les descriptions sociologiques de l'action policière, à faire du caractère discrétionnaire de certains actes le gage d'un dérèglement du pouvoir, notamment discriminant et la neutralité absolue que le droit attache aux actes discrétionnaires en les définissant comme des actes exorbitants du droit commun. J'exposerai les grandes lignes de la signification juridique de la discrétion, notamment en droit administratif et je chercherai à montrer que la prise au sérieux de cette tension revêt un intérêt sociologique propre, en proposant un modèle d'analyse de la capacité des dispositifs manageriaux de quantification de la performance policière à « aiguiser » l'activité discrétionnaire des agents de police.

Décrire la discrétion en sociologie de la police

Le mot de « discrétion » souffre en effet de toute une série d'associations péjoratives. Dans les études sociologiques consacrées à la police – à laquelle je me tiendrai ici – il semble avoir été souvent perçu comme l'expression d'un point d'achoppement du pilotage des forces de l'ordre. Alors que les pouvoirs publics assignent aux services de police des fins conformes à l'idéal de justice sur lequel s'appuie l'édification de la cité – veiller à la sûreté personnelle des citoyens, garantir l'application d'une loi égale pour tous, etc. – il arrive que l'action policière se tourne en fait vers des moyens qui contredisent la noblesse de cet idéal. Le mot de « discrétion » attire alors sur lui tout ou partie du scandale que contient une telle distorsion.

Discrétion policière et discrimination

Armés des instruments ethnographiques et statistiques de leur préférence, de nombreux sociologues ont entrepris d'analyser ce renversement en détail. Ils ont ainsi tenté d'observer les manifestations concrètes de la discrétion policière, entendue comme ce facteur précis par où les fins que les pouvoirs publics affichent en matière de sécurité sont trahies par les moyens que la police déploie pour les atteindre. Les travaux de J. H. Skolnick nous donnent un bon exemple du type d'enquête qui sont venues à l'appui de cette conception dans la sociologie américaine des années 1960. Au fil d'une description minutieuse, le sociologue montre que les actes de discrimination raciale dont les agents de police se rendent coupables à l'encontre des minorités ethniques prennent moins la forme d'abus d'autorité à proprement parler que d'actes discrétionnaires (Skolnick, 1966). Quoique les comportements discriminatoires de l'administration contredisent les valeurs fondatrices de la cité, en l'espèce l'isonomie, c'est-à-dire l'égalité devant la loi garantie par la Constitution², ils se réalisent autrement dit, le plus souvent, d'une manière conforme au droit positif. À l'inverse des abus d'autorité, que le droit définit comme des actes illicites (*Code pénal*, a. 432-1), l'acte discrétionnaire présente en effet le caractère incontestable de la légalité. En ce sens

² *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 1. Sur l'isonomie comme principe politique, voir Ostwald, 1969.

l'un des premiers juristes à dénoncer, dans les années 1950, les abus de l'administration américaine contre les Noirs américains qualifiée de *lawlessness policing* les formes diverses et variées de persécution subies par ceux-ci, visant l'illégalité de l'action policière plutôt que la discrétion proprement dite (Hall, 1953). Or l'essor de la première sociologie de la police semble avoir coïncidé avec un certain brouillage de cette distinction. Peu à peu s'est affirmée l'idée selon laquelle « la discrétion policière représentait une déviation préoccupante à l'égard des principes de l'État de droit » (Sklansky, 2005, 39)³. Pour rendre compte de la genèse des discriminations et des injustices policières en général, toute une tradition sociologique s'est alors attachée à mettre celles-ci au compte de la discrétion, transformant la notion en figure dérivée de l'abus.

S'il se trouve dans la position d'un critique, le sociologue qui décrit ainsi le fait discrétionnaire n'est pas comme un plaignant qui réunirait des éléments à charge. Contrairement aux défenseurs des libertés publiques qui « utilisent la procédure et les tribunaux comme un moyen de limiter la discrétion policière » (Kelling, 1999, 33)⁴, la dénonciation qu'articule un tel savoir ne semble pas portée à s'emparer de *l'arme du droit*⁵. La nature du mécanisme discrétionnaire l'oblige au contraire à délaissier le langage juridique pour recourir non seulement à une méthodologie descriptive, mais à un vocabulaire plus métaphorique. On dira par exemple que la discrimination se réalise « sous couvert » ou « à l'abri » de la loi, de manière à reconnaître d'un côté le caractère légal des actes discrétionnaires, tout en insistant de l'autre sur leur caractère inacceptable au regard des justes principes d'égalité ou d'isonomie. Ainsi se présente l'idée directrice qui sous-tend communément la critique sociologique de la discrétion policière : quoique la discrimination sociale entretenue par l'action de la police se réalise sous une forme légale et ne soit donc pas attaquable au moyen du droit, l'observation empirique peut permettre de dénoncer le scandale qu'elle renferme, en le donnant à voir. L'analyse ethnographique ici s'additionne à la pensée juridique. Comme un contrechant s'insinuant dans les silences d'une mélodie musicale, elle vient combler les blancs de la « langue du droit », afin de révéler le scandale que celle-ci abrite, mais qu'elle ne rend pas prononçable.

Ceci nous explique que les sociologies de l'action policière aient souvent pris la forme d'une analyse de la discrétion policière⁶. Le dispositif discrétionnaire y apparaît comme

³ *A worrisome deviation from the rule of law*. En ce sens, je doute que l'auteur ait raison de situer exactement Skolnick dans le sillage de Hall.

⁴ C'était précisément la perspective de Hall.

⁵ Au sens des usages militants du droit, présentés par Israël, 2009. Il est vrai que les victoires juridiques des *civil libertarians*, en inscrivant l'interdiction de la discrimination raciale dans la loi, ont rendu plus poreuse la distinction des registres de la dénonciation juridico-politique et de la description sociologique, telle que je la présente ici schématiquement. Dès lors qu'il est déclaré illégal, l'acte discriminatoire sort en effet de la sphère juridique de la discrétion au sens strict. Pour les besoins de ma démonstration, qui concerne seulement l'intelligence de celle-ci, je m'en tiendrai néanmoins à l'ancienne distinction de ces deux registres de critique, telle qu'elle a pu prévaloir au moins jusqu'aux innovations législatives introduites par les efforts des défenseurs des droits subjectifs.

⁶ Comme le dit bien Monjardet, la description de la discrétion constitue « un lieu commun des travaux anglo-saxons sur la police, l'objet d'un chapitre obligé de tout ouvrage » (Monjardet, 1996, 37). Le contraste est saisissant avec la disparition de la « *discretion suspicion* » des travaux de théorie du droit, dès la fin des années 1980 (sur ce point voir Sklansky, 2005, 93).

l'aspect institutionnel d'un renversement par où c'est l'exécution d'une loi juste qui provoque l'injustice. Déclinée de multiples manières, cette représentation traverse de nombreuses enquêtes de terrain. Dans une étude menée en 2004 en grande banlieue parisienne, Fabien Jobard découvre par exemple que la majorité des personnes inculpées pour outrage à personne dépositaire de l'autorité publique proviennent d'un « groupe d'ascendance et de consonance » maghrébin (Jobard, 2005b, 3)⁷. Selon l'auteur, l'inculpation en question « incarne auprès des personnes poursuivies *la dimension discrétionnaire du pouvoir policier* » (Jobard, 2005b, c'est moi qui souligne). Le choix de ces termes est riche de sens. Manifestement, l'expression « dimension discrétionnaire du pouvoir policier » constitue la paraphrase savante d'une dénonciation que les acteurs, selon toute vraisemblance, expriment dans des termes plus proches du lexique de l'injustice (« c'est abuser », « trop injuste », « pourquoi moi ? »...) ⁸. Le sentiment d'injustice est donc traduit dans le vocabulaire des sciences sociales (« dimension du pouvoir »), lui-même qualifié par un emprunt au droit administratif (« discrétion »). Ce type de glissement montre bien comment la notion administrative de discrétion tend à être associée en vrac à un marqueur d'injustice. Elle apparaît comme l'enveloppe, comme l'apparence euphémisée de l'injustice sociale et de la discrimination. Mettre au jour, grâce aux moyens combinés de l'ethnographie et de la quantification statistique, la discrimination territoriale et/ou ethnique qui accompagne l'exécution discrétionnaire de la loi : voilà bien le programme et la contribution du sociologue critique, sa manière de dénoncer la distorsion, à la fois ironique et honteuse, qui fait que c'est l'exécution de la loi qui est source d'injustice.

La discrétion comme interférence politique

La perspective sociologique ne s'est pas pourtant tout entière décidée à associer la discrétion policière à un nuage « d'écarts au droit » (Jobard et Zimolag, 2005a, 105) plus ou moins nettement définis. Elle l'a également perçue comme un facteur interne, susceptible de compliquer l'encadrement hiérarchique de l'action policière.

Pour comprendre ce point, il faut rappeler qu'au sens administratif, la discrétion se présente avant tout comme la liberté d'ajuster la loi aux circonstances particulières qui entourent son application. En exerçant sa discrétion ou son discernement, un agent administratif ne fait pas autre chose qu'apporter un certain complément à la loi, comme s'il intercédaient en sa faveur afin d'accompagner son application au cas concret⁹. Or, il est clair qu'une telle complétion de la loi ne peut manquer de soulever des difficultés à la fois théoriques

⁷ La prise en compte de la discrimination raciale dans la sociologie de la discrétion policière est cependant plus récente en France qu'aux Etats-Unis ou au Royaume Uni, comme le souligne Fassin (2012, 217-219). Pour une explicitation de l'hypothèse selon laquelle les infractions à personnes dépositaires de l'autorité publique (IPDAP) « incarnent mieux que toutes autres les discriminations susceptibles d'être produites au long de la chaîne pénale, par la justice et l'institution policière qui l'alimentent », voir l'enquête complémentaire de Jobard et Nevanen (2007, 246), qui soulignent aussitôt le caractère « discrétionnaire » du contrôle discriminant de ces infractions (note 3).

⁸ Dans son analyse de l'expérience que font de la police les jeunes des quartiers populaires, Didier Fassin accorde une place prépondérante au « sentiment d'injustice » éprouvé par les jeunes garçons soumis à des interpellations intempestives et vexatoires (Fassin, 2012, 19-23).

⁹ Sur la liberté d'adapter la loi aux circonstances comme principe du développement de la police, voir Napoli, 2003.

et pratiques. Comment peut-on diriger les services de police, si les agents « ne sont pas de purs exécutants d'ordres reçus de haut, mais développent au contraire, dans les interstices des règles institutionnelles, des pratiques sans lesquelles ces mêmes règles se révéleraient inapplicables » (Macchi, 2002, 1719) ? Ce problème n'a pas manqué d'occuper les sociologues qui ont cherché à éclairer les pouvoirs publics en matière de ce que l'anglais nomme *policing*.

Schématiquement, on peut repérer plusieurs attitudes à l'égard de ce problème. L'intercession discrétionnaire de l'agent en faveur de la loi a d'abord pu faire figure de facteur parasite, risquant de brouiller l'évidence de la « chaîne hiérarchique » censée schématiser l'organisation interne des services de police. Cette représentation fut particulièrement vivace dans les États-Unis du premier après-guerre, marqués par la promotion « pluraliste » et « moderniste » d'un « *good government managerialism* » (Sklansky, 2005, 1730). Appelant à resserrer le contrôle hiérarchique des agents de police, de nombreux sociologues ont alors donné une image tout à fait négative de la discrétion. Par souci de lutter contre la corruption qui minait la police américaine des années 1950 et 1960, un réformateur comme O.W. Wilson appelait à restreindre autant que possible la discrétion des agents, afin qu'ils soient « capables d'opérer de manière semi-automatique, c'est-à-dire avec le minimum d'auto-détermination consciente, comme un pianiste en concert » (cité par Kelling, 1999, 6)¹⁰. On ne saurait présenter la discrétion sous un jour moins favorable. Si le sociologue critique, en observant le fait social de la discrimination policière, introduisait une dissonance dans la mélodie du droit administratif, c'est maintenant l'agent de police qu'on invite à donner de la partition hiérarchique l'exécution la plus littérale qui soit, sans appoggiatures ni *rubato*. Car une fois immiscée dans la chaîne opérationnelle qui relie la loi à son exécution, la liberté discrétionnaire des agents risque d'interférer avec le commandement des forces de police. L'auteur de l'une des principales monographies consacrées au problème de la discrétion policière, H.G. Williams, peut donc donner pour but pratique à son enquête de « dégager les moyens théoriques de contrôler les initiatives informelles et irrégulières des personnels de police » (Williams, 1984, 113)¹¹.

Tout en acceptant le constat de la capacité d'interférence de la discrétion, Dominique Monjardet a montré, dans une analyse fameuse, que l'inversion de la chaîne hiérarchique qui résultait de la série de ces « initiatives informelles et irrégulières » des agents n'avait pas vocation à rendre la police plus corrompue, ni à menacer sa capacité de veiller sur l'ordre public. Certes, les policiers les moins gradés, notamment les brigadiers, sont libres de réinterpréter *de facto* les ordres qu'ils reçoivent de leurs supérieurs (Monjardet, 2008, 94), mais en aucun cas cela ne signifierait un « encadrement défaillant » des policiers (Monjardet, 1995, 37). Rejetant l'association des illégalismes à la discrétion policière, Dominique Monjardet réduit au contraire celle-ci à « une évidence de fait », dont la reconnaissance

¹⁰ *Capable of operating semi-automatically, i.e. with a minimum of conscious self-direction, as in performance by a pianist.*

¹¹ « *to obtain the theoretical tools to control informal and uneven decision making* ». L'étude classique que Kenneth Culp Davis a proposée de la discrétion policière, conçue comme « selective enforcement », par les agents, des politiques municipales, visait également à dégager le moyen de rendre aux dirigeants la capacité d'établir de véritables *guidelines* de l'action policière (Culp Davis, 1975, 173).

ouvre la voie à une réorganisation des forces de police. Dépassant le modèle « industriel » de l'analyse du travail policier, fondé sur la conception mécanique de la répartition du travail qui était encore celle de Wilson ou Williams, le regard sociologique doit désormais s'attacher à mettre en valeur la capacité de sélection des tâches qui serait propre aux agents, et par conséquent la discrétion elle-même (Monjardet, 1995, 39-40). Cela aura supposé de contrer deux tendances. En premier lieu la tendance à dénier l'importance de l'autonomie des agents, particulièrement répandue chez les magistrats, les hauts fonctionnaires ou les ministres « pour qui on en sait assez sur la police quand on sait à qui il faut transmettre ses ordres » (Monjardet 2008, 45 ; Culp Davis, 1975, 52). La tendance, ensuite, à laisser « le terme anglais de discrétion connoter une “discretionnarité” [sic] elle-même évocatrice d'arbitraire » (Monjardet 1995, 37). De manière significative, Monjardet n'introduit cette réhabilitation de la discrétion que par référence à la réticence dont témoignent les policiers qu'il interroge à reconnaître devant lui la part de liberté dont ils disposent. Confronté à cette réticence, le sociologue déplore un « malentendu », rappelant aux policiers la définition juridique exacte de la discrétion, qui consiste en « l'application d'un jugement sur ce qu'il y a lieu ici et maintenant de faire ou de ne pas faire » (Monjardet 1995, 38). Comment s'étonner, cependant, de la réticence des policiers ? Il est difficile de la supposer tout à fait étrangère au discours critique des sociologues eux-mêmes, qui s'est tant employé et s'emploie encore bien souvent à présenter la discrétion comme une figure contiguë de l'abus.

À l'exception de cette valorisation pour le moins paradoxale de la discrétion, qui n'en fait valoir le sens juridique qu'au corps défendant des policiers, il est clair que les deux dimensions de la prévention sociologique contre la discrétion administrative se rejoignent en partie. D'un côté, l'étude de la discrétion doit permettre de montrer que c'est elle qui constitue le ressort institutionnel de « l'écart au droit ». De l'autre, elle doit satisfaire une préoccupation organisationnelle, visant à dégager le modèle d'un contrôle efficace de l'action de la police, soit en contenant cette marge d'appréciation dans les bornes les plus étroites possibles, selon la ligne « moderniste », soit au accordant la réorganisation des forces de l'ordre à la prise en compte de sa réalité de fait.

L'inclusion juridique de la discrétion

Nous avons donc repéré les deux principaux aspects de la prévention qui peut conduire les sociologues à prêter une valeur négative à la discrétion : son rôle dans la formation des « écarts au droit » et son interférence dans la mise en œuvre hiérarchique des politiques de sécurité. Or, on peut remarquer ici un certain paradoxe. D'un côté, les sociologues parlent la langue du droit, puisqu'ils s'appuient sur un concept – la discrétion – qui appartient au droit administratif le plus orthodoxe qui soit. De l'autre, ils attachent à ce terme une valeur de scandale ou d'interférence qui sont en tout point étrangers à la logique juridique¹². Ces associations reposent en effet sur des considérations soit de justice socio-

¹² Comme je l'ai indiqué, si D. Monjardet repousse ces associations négatives, c'est précisément en revenant à la définition juridique que je veux maintenant prendre en compte de manière explicite.

politique (l'injustice de la discrimination), soit d'encadrement bureaucratique (les aléas du pilotage hiérarchique des services de police). Voici qui creuse un écart très net entre l'appréhension sociologique de la discrétion et sa conception proprement juridique. Car non seulement la notion de discrétion n'a rien, en droit, de scandaleux, mais elle apparaît strictement nécessaire au fonctionnement de l'ordre juridique. Tâchons maintenant de mieux comprendre ce point.

La discrétion comme élément immune de l'*executio legis*

Selon une opinion juridique répandue (Merkel, 1927 ; Hauriou, 1933 ; Piras, 1964 ; Picard, 1989), le propre de l'acte discrétionnaire est de venir préciser la loi générale¹³. À la limite, une composante discrétionnaire appartient à toute forme d'application de la loi, dans la mesure où la norme légale, formulée par un énoncé général, ne sera jamais assez précise pour pouvoir s'appliquer telle quelle aux situations particulières. C'est pourquoi le droit autorise, entre la loi et son application, l'entremise d'un agent, auquel il accorde une « réserve d'indépendance » destinée à le laisser apprécier la manière dont il convient, dans le cas particulier, d'ajuster la loi aux faits¹⁴. Qu'il faille spécifier la loi avant de pouvoir l'appliquer ; que cette spécification implique la libre appréciation subjective d'un agent, c'est donc le droit qui non seulement le théorise, mais le permet, en aménageant l'espace juridique nécessaire au déploiement de cette liberté. La doctrine juridique de l'*executio legis*, dont la formulation remonte au moins à la pensée juridique du XIX^e siècle, a contribué à cette construction. En présentant l'activité discrétionnaire comme une activité cognitive vouée à préciser les termes trop vagues de la norme, elle aura permis à l'acte discrétionnaire d'apparaître comme un « complément subjectif à la norme qu'il s'agit d'appliquer » (Piras, 1964, 67)¹⁵.

Non seulement les juristes n'ont pas manqué de thématiser de longue date l'intercession discrétionnaire de l'agent, mais les professeurs de droit ont proposé d'en décomposer analytiquement les éléments. Un manuel italien propose ainsi de considérer que la discrétion s'exerce en quatre sens, selon que l'agent détermine le *an* (« si oui ou non »), le *quid* (« quoi »), le *quomodo* (« comment ») ou le *quando* (« quand ») de l'application de la loi (Alpa et Garofoli, 2011, 1323-1325). Au plan du « *an* », il revient à l'agent de police d'apprécier, en premier lieu, s'il convient d'appliquer ou non la loi à une circonstance particulière

¹³ Il m'apparaît peu probable qu'un examen du sens de la notion de discrétion en *common law* fasse apparaître des éléments récalcitrants à l'argumentation que j'élabore ici à partir de quelques grandes traditions de droit civil. Kenneth Davis me fait remarquer que le terme est utilisé génériquement par les *appellate courts* pour désigner les décisions des *trial judges*. En tout état de cause, un exercice de droit administratif comparé me semble un préalable nécessaire à l'importation en France des réflexions des sociologues américains sur la discrétion policière, dont Sklansky remarque à juste titre qu'elles « reposent largement sur les décisions de justice et la doctrine juridique [américaine] » (Sklansky, 2005, 1704).

¹⁴ La discrétion apparaît ainsi comme la retombée procédurale de la défaillance générique de la loi, dont le *Politique* de Platon offrait la théorie classique. Pour établir la nécessité de « gouverner sans loi » (ὄν νόμων ρχέιν), Platon avançait en effet que « la loi ne sera jamais capable de saisir [...] ce qu'il y a de plus juste pour tous [...], car la diversité qu'il y a entre les hommes et les actes, et le fait qu'aucune chose humaine n'est, pour ainsi dire, jamais en repos, ne laissent place, dans aucun art à un absolu qui vaille pour tous les cas et tous les temps » (Platon, 1935, 60).

¹⁵ « *Un completamente soggettivo della norma da applicare* ».

(*an convenit agere* – « si oui ou non il convient d'agir »). Étrangement, la première capacité légale que le droit reconnaît à l'agent est ainsi de nature négative, puisque c'est celle de *ne pas* sanctionner l'infraction qu'il constate. L'indulgence constitue un tel cas d'abstention. Il s'agit, pour la police, d'une manière de se raviser, en « retenant » *in extremis* le geste de l'intervention souveraine. Comprenons bien : cette décision de « fermer les yeux » est encore conçue par le droit comme une manière d'appliquer la loi, application qui s'arrête seulement à la décision prise par l'agent de s'abstenir d'agir, au motif que la loi n'a pas lieu, à son sens, de s'appliquer¹⁶. Les spécifications juridiques ultérieures de l'acte discrétionnaire, telles que les énonce la doctrine, valent alors pour le cas positif, dans lequel l'agent juge opportun d'intervenir. Alors il lui faudra spécifier l'objet (*quid*) qu'il estime devoir donner à son intervention, c'est-à-dire le fait qui, parce qu'il transgresse la loi, justifie son opération. Puis, l'agent choisit la manière (*quomodo*) dont il convient de répondre à ce fait. Il fixera notamment le degré de la sanction qu'il faut lui apporter (suffit-il d'un rappel à la loi ? faut-il dresser un procès-verbal ? ou procéder une arrestation ?). Enfin, il appartient à l'agent de choisir le bon moment (*quando*) pour intervenir, en tenant compte des circonstances (pour interpellé un suspect, mieux vaut par exemple attendre qu'il ait quitté l'espace public, etc.).

Peu importe la nature didactique de ces analyses. Ce qu'elles suffisent à faire comprendre, c'est que toutes ces options s'ouvrent à l'agent administratif avec le même degré de légalité. La loi ne pousse l'agent ni à intervenir ni à ne pas intervenir. S'il décide d'intervenir, elle ne le pousse pas plus à répondre à l'infraction par une interpellation que par une simple amende. Le domaine de la discrétion se définit par ce caractère flottant, c'est-à-dire par le fait qu'en termes de légalité stricte, le choix entre ces différentes options (*an*, *quid*, *quomodo*, *quando*) demeure indifférent. Comme l'exprime encore cette autre définition, la discrétion représente pour le droit : « l'espace de choix résiduel qui apparaît lorsque la règle d'action ne prédétermine pas complètement les agissements de l'administration » (Romano, cité par Casetta, 2003, 350).

Il en ressort un point de procédure décisif pour le droit administratif, c'est que les critères qui commandent le choix de ces modalités d'intervention ne peuvent jamais s'exprimer en termes de légalité, mais seulement en termes d'opportunité et de convenance¹⁷. Ces deux notions forment la clé de voûte de la matière. La discrétion se définit comme la capacité d'évaluer la convenance et l'opportunité dans le domaine de l'*executio legis*. Aucune autorité judiciaire ne pouvant se déclarer compétente pour juger d'une question d'opportunité, ni le juge administratif ni le juge judiciaire ne voudront se substituer aux services de l'administration pour évaluer l'opportunité d'une décision prise sous le sceau de la dis-

¹⁶ Dans son étude de la répression des infractions routières, Renée Zauberman a bien noté que la première manifestation des pouvoirs discrétionnaires du gendarme était de « constater ou non, d'enregistrer ou non, de transmettre ou non les infractions qui passent à portée de sa perception » (Zauberman, 1998, 45). Ne faut-il pas pourtant ajouter que cette liberté « bien réelle » fut également instituée par le droit et, pour cette raison, nommée par lui ? La question porte alors sur la nature de la marge de manoeuvre observée : selon moi cette vérité que l'auteur déclare « sue d'expérience » forme surtout la contrepartie d'un dispositif intégrant de l'ordre juridique.

¹⁷ Il existe en ce sens une correspondance directe entre la sphère juridique de la discrétion (dont le contenu n'est précisément pas défini en termes de légalité) et ce que les policiers appellent « l'opération », par opposition à la « conception ». Sur cette opposition, voir De Laubadère, 1997, 203.

création. Dans un cas d'outrage à agent, par exemple, le juge typiquement ne se prononcera pas sur le fait de savoir s'il était opportun, de la part du policier qui a constaté l'acte d'outrage, de dresser un procès-verbal plutôt que de fermer les yeux. Parce qu'elle repose sur l'appréciation d'une simple « opportunité », cette décision relève du discernement exclusif de l'agent de police. Elle appartient à un instant et à un lieu, à une situation dont on ne saurait abstraire la forme générale pour reposer la question à nouveaux frais, *ex post facto*, ainsi qu'il est d'usage au tribunal. En d'autres termes les questions d'opportunité sont des questions impossibles à réitérer. La décision discrétionnaire les a tranchées sitôt apparues, une fois pour toutes. Les questions de légalité, par contraste, s'installent dans un temps ouvert où la récurrence est de mise, appelant un réexamen des faits dans l'après-coup.

Il y a près d'un siècle, Paul Duez résumait bien cette différence formelle. L'acte discrétionnaire, écrivait-il, se caractérise par son « immunité juridictionnelle », c'est-à-dire par « l'incompétence du juge administratif à apprécier une question non de légalité, mais d'opportunité » (Duez, 2006, 22). Non seulement les éléments discrétionnaires d'un acte administratif sont exorbitants du droit commun – tout comme d'autres actes administratifs non discrétionnaires – mais ils sont proprement *immunes* et *incontrôlables*¹⁸.

Deux figures ambivalentes de l'application de la loi : discrétion et arbitraire

Quoi qu'on veuille penser de l'intérêt descriptif des notions juridiques ou de leur valeur d'usage pour les sciences sociales, il faut bien reconnaître que la notion de discrétion joue un rôle à la fois explicite et crucial dans la vie de l'administration. Elle ne possède pas le moins du monde, en droit, la valeur péjorative que lui a associée une certaine tradition sociologique, attentive tantôt aux discriminations sociales, tantôt aux obstacles structurels qui contrarient le pilotage politique des forces de police.

Certains théoriciens ont donné à l'inclusion juridique de la discrétion une portée plus considérable encore. Pour les juristes de l'école normativiste viennoise, la discrétion ne constitue pas une marque spéciale du droit de l'administration, par opposition à la juridiction de droit commun¹⁹, mais représente un élément générateur de l'ordre juridique tout entier²⁰. À la limite, ce n'est pas seulement l'agent administratif ni le policier à qui des pouvoirs discrétionnaires sont explicitement reconnus afin qu'il puisse appliquer la loi *opportunément*. C'est tout interprète « authentique » du droit, c'est-à-dire tout magistrat

¹⁸ La remarque de J.-P. Brodeur, selon laquelle « ce qui est perçu comme un débordement policier de la légalité est en réalité institué par la loi elle-même » (cité par Jobard, 2005a, 104) n'apparaît de ce point de vue que comme la paraphrase d'une construction juridique commune.

¹⁹ Pour distinguer la discrétion administrative des formes communes de liberté juridictionnelle, la doctrine a notamment présenté la première comme une « interprétation de second ordre ». Par opposition à l'interprétation de « premier ordre » du juge, l'interprétation proprement discrétionnaire n'envisage pas seulement le sens de la loi, mais l'intérêt que peut trouver l'État à appliquer celle-ci de telle ou telle manière (Romano, 1906, 17). Si cette conception est exacte, il faut refuser d'assimiler le gendarme à un juge, comme le propose R. Zaubermaier (1998), non parce que le gendarme aurait moins de liberté que le juge, mais au contraire parce qu'il en aurait davantage.

²⁰ Pour Kelsen par exemple, « il n'est aucun organe de l'appareil juridique auquel le droit ne laisse au moins un certain degré de discrétion dans l'exercice de ses fonctions », (Kellens, 1971, 373).

ou tout officier de justice, qui dispose d'une marge, explicite ou non, de discrétion. Cette conception porte à son comble la neutralité axiologique de la discrétion. Une fois rapportée à l'administration (Merkel, 1927), elle implique que les agissements qui prennent forme à l'intérieur des limites de la sphère discrétionnaire seront immanquablement « conformes au droit ». L'acte discrétionnaire désigne alors une action dont le contenu est à la fois non juridique (au double sens de non prévu par la loi et d'immune au plan juridictionnel) et conforme au droit.

Que les juristes n'aient jamais critiqué la discrétion *per se*, nous le devons à cette validité générique des actes discrétionnaires, plutôt qu'à un conservatisme politique de principe, qui porterait la profession à soutenir en chœur les instances dominantes du pouvoir symbolique. Toute l'histoire du droit administratif, spécialement au XIX^e siècle, vient confirmer ce point. D'un côté, cette histoire se présente essentiellement sous la forme d'une geste libérale et progressiste, toute tendue vers la réclamation d'une restriction des pouvoirs de l'administration (Piras, 1964, 73). De l'autre côté, jamais cette réclamation ne s'est exprimée sous la forme d'une mise en équivalence univoque de la discrétion et des abus de l'administration. Ainsi, même lorsqu'ils ont souhaité limiter le pouvoir de l'administration et dénoncé ses excès, les juristes n'ont pas procédé à une critique de la discrétion en tant que telle.

Une thèse parue en 1906 à Paris sous le titre *Étude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif* donne un bon indice de la manière dont ils s'y sont pris (Cruet, 1906). Écrit dans une veine énergique (Audren, 2013), l'ouvrage veut montrer le caractère inachevé de « l'avènement de la loi » porté, selon la formule de Michelet, par la grande Révolution de 1789. Quoique affichés par la constitution comme des normes intangibles et par conséquent « advenus », les droits de l'homme et du citoyen sont en réalité minés par la perpétuation d'une tradition de gouvernement parallèle, droit venue de l'Ancien Régime, dont le trait distinctif est de soustraire l'action de l'administration à toute forme de contrôle judiciaire. Selon l'auteur, Jean Cruet, cette tradition de l'arbitraire gouvernemental constituerait une véritable continuation déguisée, au sein de la République même, du système de l'Ancien Régime, survivance dont le césarisme politique du Second Empire aura donné l'exemple le plus éclatant. Voilà donc le véritable scandale de l'histoire institutionnelle : « l'arbitraire, nié comme principe, s'épanouit comme méthode de gouvernement » (Cruet, 1906, 5).

Ce langage inciterait à voir dans la manière dont les juristes libéraux du XIX^e siècle ont dénoncé l'arbitraire administratif une prémonition des descriptions sociologiques de la discrétion policière. La proximité sémantique des termes d'*arbitrium* et de discrétion viendrait d'ailleurs conforter cette impression²¹. Une différence sensible demeure néanmoins entre ces deux registres de critique. Car Cruet lui-même, bon juriste, ne s'attaque pas à l'arbitraire *per se*. Son approche libérale vise uniquement les manifestations excessives de ce qu'il perçoit comme une « liberté de l'administration ». Il prend soin, autre-

²¹ Dans la langue du droit commun européen, l'*arbitrium*, en tant que libre faculté d'appréciation, par le juge, du sens d'une loi, semble à peu près synonyme de ce que l'on appellerait aujourd'hui discrétion (Meccarelli, 1998).

ment dit, de distinguer un arbitraire régulier d'un arbitraire abusif, comme entre deux manifestations antinomiques d'un même principe d'action. Le point de rupture de l'une à l'autre est marqué par le moment où la « liberté de l'administration », dit-il, « [porte] atteinte à la liberté des administrés » (Cruet, 1906, 7). La logique de cette argumentation est nettement philosophique. S'il s'agit d'assurer la concorde d'une pluralité de libertés (celle des individus et celle de l'État), en aucun cas il n'est question de réclamer la suppression des pouvoirs discrétionnaires de l'administration. Au contraire, ces pouvoirs sont nécessaires à la vie de celle-ci, car : « la loi ne peut tout prévoir et tout dire, et si elle parvenait à supprimer d'une manière absolue l'arbitraire dans les rapports de l'administration et des administrés, elle réduirait la fonction administrative à l'application automatique de textes rigides, s'adaptant mal aux circonstances de temps et de fait. L'arbitraire, dans une certaine mesure, c'est la liberté de l'administration » (Cruet, 1906, 7)²².

La chose est claire et son principe nous est désormais connu. De l'avis même d'un défenseur des libertés républicaines, il faut que l'administration se réserve une marge d'appréciation discrétionnaire de l'opportunité, nécessaire au déroulement d'une bonne *executio legis*.

Si le droit inclut l'arbitraire du gouvernement, c'est donc à lui d'en exclure aussi les excès. Pour couper court aux manifestations abusives de l'arbitraire gouvernemental, Cruet recommande de retirer à l'administration la possibilité *légitime* de violer les libertés publiques et individuelles. Pour prévenir le dévergondage d'un arbitraire abusif, il suffira de détecter, puis de tarir ses sources dans le système du droit positif. Cruet repère deux sources de cet ordre. Dans le premier cas, la loi manque de « détermination » et ce sont les lacunes du droit qui entrent en cause. De fait, l'administration du XIX^e siècle éprouvait d'autant moins de difficulté à piétiner les droits individuels que leur protection légale était incertaine et médiocre. Expulsions intempestives, internements arbitraires, manipulations du suffrage électoral, entraves à la liberté de réunion trouvaient un ressort aussi commode qu'habituel dans l'indétermination de la loi. Dans le second cas, c'est l'absence de recours juridictionnel qui profite à l'arbitraire gouvernemental. Cruet entre alors dans la question des procédures, pour examiner tantôt les clauses qui limitent la recevabilité des recours pour excès de pouvoir (Cruet, 1906, 258), tantôt l'immunité contestée des actes de gouvernement (Cruet, 1906, 228). Les origines juridiques du phénomène de l'arbitraire indiquent alors, selon l'auteur, le remède qu'il faut lui apporter. Il suffit que le législateur détruise ces deux poches d'indétermination, en complétant d'un côté la législation et en élargissant de l'autre la gamme des droits de recours. Comme c'est au fond toujours le cas, la critique juridique se solde par une simple exhortation du législateur et du conseil d'État à réviser l'arsenal juridique. L'action combinée de ces deux instances devrait permettre de combler les lacunes du droit et les zones d'ombre procédurales où s'alimente la tradition « césariste » de l'arbitraire gouvernemental. Ce réformisme juridico-libéral a sa devise : « la démocratie doit tuer l'arbitraire » (Cruet, 1906, 13). Ajoutons : mais pas au point d'éliminer la discrétion.

²² Les auteurs actuels ne semblent pas penser autrement. Pour Étienne Picard, sans discrétion, « il y aurait toutes raisons de craindre que la décision finale [de l'administration] soit en pratique inadaptée, voire incohérente » (Picard, 1989, 298).

Il apparaît que les pouvoirs discrétionnaires de l'administration reçoivent en droit deux sortes de justification. On leur apporte ou bien une justification générale – en concevant la formation de l'ensemble de l'ordre juridique comme l'ajustement discrétionnaire perpétuel d'un système de normes abstraites (c'est la théorie de l'école normativiste viennoise) – ou bien une justification particulière – lorsqu'on reconnaît à l'administration une marge irréductible de liberté, dont la seule limite « philosophique » est marquée par la liberté des individus ou l'intérêt de l'État (c'est la théorie française, celle de Cruet mais également d'André Hauriou). On pourrait penser que cette alternative ne constitue jamais, au fond, qu'un chapitre de la théorie du droit administratif. Nous allons cependant voir maintenant à quel point ces indications sont précieuses pour bien cerner l'évolution contemporaine du régime d'action des forces de sécurité.

L'aiguillage managérial de la sphère discrétionnaire

La théorie juridique de la discrétion offre un point d'appui remarquable pour saisir les effets de l'application à la police contemporaine des méthodes du *New Public Management* (NPM). L'originalité la plus apparente de ces méthodes, dérivées du management par objectif, consiste à amener les services de police à rendre compte de manière chiffrée de l'évolution de leur performance. Or cette exigence amène avec elle une reconfiguration inédite des pouvoirs discrétionnaires de l'agent, que l'on n'a pas assez remarquée.

Si l'application des méthodes du NPM à la police à partir des années 1980, en Angleterre et à New York puis en France a déjà fait l'objet d'un certain nombre d'études²³, la littérature consacrée à l'évolution récente de la police et des politiques publiques de sécurité semble s'être penchée de préférence sur les thèmes de l'équilibre des missions répressive et préventive de la police (ARSS, 1998 ; Robert et Pottier, 2004), de l'épanouissement d'un « besoin de police » dans la population (Loubet del Bayle, 2001) ou des errements statistiques qui accompagnent la « politique du chiffre » (Mucchielli, 2008 ; Aubusson de Cavarlay, 2009). Or ces problématiques, souvent solidaires des orientations explicites du discours politique, n'ont guère été rattachées à la question, apparemment plus technique, de la discrétion administrative.

La discrétion, effet d'aubaine

Cela est d'autant plus regrettable que le nouveau management de la police doit précieusement une part essentielle de son originalité au fait d'avoir fait de la discrétion policière un principe positif. Comme l'écrivait William Kelling, l'un des principaux inspirateurs de cette ligne de pensée, au moment même où triomphait aux États-Unis la nouvelle approche des thématiques de sécurité : « pour réinventer le *policing*, les dirigeants de la police contemporaine n'ont pas d'autre choix que d'envisager de nouvelles méthodes pour contrôler po-

²³ Sur les prémisses de ce phénomène en Angleterre dans les années 1980, voir Guyomarch, 1992. Sur sa réception française à partir de la fin des années 1990, voir Didier, 2011a ; Bruno et Didier, 2014. Pour New York, voir Eterno et Silverman, 2012.

sitivement la discrétion policière» (Kelling, 1999, 13)²⁴. Cette proposition inédite prend acte de la critique sociologique de la discrétion que nous avons rappelée plus haut. Les sociologues tendaient à exposer le phénomène de la discrétion à la manière d'un scandale, en révélant son rôle de ressort légal des pratiques discriminatoires ou d'obstacle au contrôle des forces de l'ordre. Au contraire, le nouveau manager appelle à valoriser pleinement la discrétion²⁵. Pour ce faire, il ne se contente pas de retourner contre les critiques « libertariennes » la théorie des justifications juridiques de la discrétion administrative, en présentant la discrétion comme un mal « inévitable » dont la loi ne saurait se passer si elle veut s'appliquer (Kelling, 1999, 25). Il y voit un effet d'aubaine proprement gestionnaire, une « opportunité inhérente » (Kelling, 1999, 25)²⁶ de restaurer l'ordre public.

Tout un mouvement de pensée se développe alors pour appeler à « canaliser (*channel*) », « guider », « structurer » la discrétion. En donnant des « directives (*guidelines*) » aux policiers, pour les aider à comprendre quel usage faire de leur discrétion (« *how to use their discretion* »), il s'agit d'organiser la marge de liberté des agents, pour ne pas la laisser dépendre de leur seul « caprice personnel (*whim*) » (Kelling, 1999, 16), mais plutôt l'insérer dans une stratégie globale d'*active policing*. Cet aiguillage de la discrétion est même présenté comme l'enjeu cardinal de la réinvention de la police. Il s'agit de rompre avec la vision « idéologique » qui réduit la mission de la police à assurer l'application de la loi, vision qui explique le déni dont la discrétion fait l'objet non seulement dans l'opinion, mais auprès des dirigeants eux-mêmes²⁷. Les « *positive policies* » reposeront désormais sur la reconnaissance du travail substantiel de la police, destiné à restaurer l'ordre social en faisant preuve de discernement dans l'application de la loi (Kelling, 1999, 2).

Assurément, ces déclarations sont de nature programmatique. Elles relèvent de la simple déclaration d'intention. Mais l'appel à structurer la discrétion va de fait s'appuyer sur la mise en œuvre de techniques de management spécifiques qui, elles, remettent en jeu la valeur réelle de la discrétion.

Management et mesure

L'influence du NPM se fait sentir d'une manière plus subtile que les grands revirements qui se jouent sur le devant de la scène politique. Dans le cas de la police, on a pu remarquer qu'elle se distribuait de manière presque homogène tout au long de la chaîne hiérarchique, du ministre jusqu'aux simples gardiens, en passant par les commissaires, acteurs privilégiés de la nouvelle gestion²⁸. En effet, l'intégralité des services est concernée par le

²⁴ « *The reinvention of policing profoundly challenges contemporary police leaders [...] to consider new methods of active political and community control of police discretion* ».

²⁵ Kelling illustre ce point par une anecdote. Un agent l'ayant arrêté pour excès de vitesse, et lui ayant demandé : « aviez-vous une raison de rouler à 72 miles/heure ? » – question qui « manifestait son autorité discrétionnaire » – Kelling se félicite : « je ne ressentis ni colère ni injustice » ; « le respect que me témoignait l'officier [à travers cette question] me poussait à le respecter lui aussi » (Kelling, 1999, 16).

²⁶ « *Inherent opportunity* » (Kelling, 1999, 25).

²⁷ Monjardet partage ici l'analyse de Kelling (Monjardet, 2008, 94).

²⁸ Entretien avec le commissaire Razafindranaly, réalisé avec Emmanuel Didier en avril 2012. Voir aussi Bruno et Didier, 2013.

nouvel appel lancé aux forces de sécurité. Chaque agent doit s'efforcer d'« améliorer la productivité [de la police] », pour reprendre les termes emblématiques d'une circulaire de 1983, par laquelle le gouvernement de Margaret Thatcher introduisait l'une des premières tentatives de réforme du management de la police²⁹. Cette exigence de « productivité », clé de voûte de la nouvelle raison gestionnaire, présente un caractère à la fois synoptique et diffus. Elle n'a pas la clarté ni le tranchant d'un commandement hiérarchique traditionnel, puisque les commandants sont les premiers à s'appliquer à eux-mêmes les nouveaux mots d'ordre. Elle ne place pas non plus les agents dans l'obligation de faire une chose déterminée (remplir sa mission, délivrer une prestation, accomplir un acte, intervenir sur le terrain, etc.), obligation qui s'exprimerait par l'émission d'un ordre hiérarchique. L'appel à l'efficacité vient plutôt modifier l'environnement de travail des agents, en incitant chacun, quel que soit son grade, à apporter la preuve qu'il a atteint – ou manqué d'atteindre – ses objectifs. Mais en quoi une telle incitation modifie-t-elle le sens proprement administratif de l'action des agents ?

Pour comprendre cet effet incident, il faut préciser l'usage que le NPM fait de la quantification. Le NPM se distingue en effet par le fait d'accorder une importance cardinale à l'exigence de mesure. Indépendamment de ce que la mesure mesure (une baisse ou une augmentation, etc.), il importe par dessus tout de faire en sorte que les agents se mettent à compter³⁰. Ce faisant, l'important n'est pas de fournir au dirigeant des mesures fiables ou complètes, afin de lui apporter une image fidèle de la réalité de l'activité des services qu'il contrôle, selon le vieil *ethos* de « l'inspection » bureaucratique ou la « métrologie réaliste » de l'ancienne statistique d'État (Desrosières, 2012, 267). L'important est plutôt de placer l'agent lui-même dans la position d'un « *calculating self* », c'est-à-dire de le pousser à mesurer de manière chiffrée les progrès de sa propre performance (Miller, 1992). Avant même d'être incité à faire preuve d'initiative, l'agent est amené à faire le compte de ses interventions. Dans ce schéma, le gestionnaire ne fait pas ouvertement figure de commandant : il ne se présente pas comme un supérieur qui viendrait vérifier que son subordonné a bien accompli la mission qui lui avait été impartie en premier lieu. Le *manager* se trouve plutôt, s'il est permis d'employer une analogie historique, dans la position d'un confesseur. De même que le *confessus* se présente de plein gré devant le confesseur pour présenter le comput de ses mérites et de ses fautes, l'agent est invité à venir « s'entretenir » de ses résultats avec son manager. Ainsi la littérature managériale prétend faire de l'évaluation chiffrée l'enjeu d'une incitation plutôt que d'une obligation. Par là elle ménage une sorte de scène fictive, dans laquelle l'agent fait état de ses résultats comme s'il s'agissait des conclusions d'un exercice introspectif³¹. Bien sûr il y a loin de cette scène idéale à la réalité. Nul n'ignore la part ina-

²⁹ « *Manpower, effectiveness and efficiency in the police service* », Home Office Circular, cité par Guyomarch, 1992, 432.

³⁰ John Eterno et Eli Silverman ont rapporté l'adage colporté dans les rangs de la police de New York depuis que son activité est pilotée d'après les méthodes du NPM : « *what counts, matters* » (ce qui compte, c'est ce que l'on compte) (Eterno et Silverman, 2012, ch. 1 et ch. 3). Mais la formule doit aussi se comprendre à l'envers : « *counting matters* » (ce qui compte, c'est de compter).

³¹ Cet effet de subjectivation expliquerait l'aspect « cérémoniel » des réunions au cours desquelles les commissaires d'arrondissement de Paris doivent présenter les résultats de leurs services devant le Préfet de Paris (Didier, 2011a). On voit bien que cette manifestation s'apparente, pour les intéressés, à une confession publique de leurs réussites et surtout de leurs échecs. Pour filer l'analogie, on pourrait considérer l'assignation de nouveaux « objectifs » comme l'indication d'un véritable tarif pénitentiel : en atteignant ces nouveaux objectifs d'ici à la séance ultérieure, l'agent (ou le service) pourra racheter les « insuffisances » révélées à l'occasion de celle-ci. La mesure chiffrée et la batte-

vouable de contrainte qu'elle suppose. Mais l'essentiel est que le management par objectifs s'appuie sur une représentation de ce type pour réorganiser l'action concrète des services.

Car si cette gestion repose sur l'incantation fictive de la motivation, de la spontanéité et de l'implication des individus, ses effets sur la réalité du travail, eux, sont bien réels. Parmi ceux-ci, le premier est de contraindre les agents à mesurer leur activité. Un rapport de l'ENA sur le management de la police, datant de 1993, nous donne une illustration très claire de l'importance de procéder à une évaluation chiffrée de l'activité. Les auteurs de ce document, qui recommande d'introduire dans la police française le management par objectif développé en Angleterre dans le comté du Kent, consacrent tout un chapitre à déplorer que « la police nationale [française] ne mesure pas son activité » (ENA, 1993). À l'inverse, les rédacteurs du rapport, de retour d'Angleterre, admirent que : « la force de police du Kent [se soit] résolument engagée dans un management par objectifs, afin de mesurer mensuellement l'adéquation de la réponse policière aux besoins du public. Ont ainsi été mis en place des *indicateurs* mesurant la qualité du travail des brigades ainsi que des indicateurs individuels de performance » (ENA, 1993).

Cet enthousiasme ne doit pas nous étonner, puisqu'il s'agit de plier l'administration de la police à la nouvelle exigence managériale de mesure. Remarquons d'ailleurs que les rédacteurs n'ont pas pris soin de détailler les modalités techniques de la mesure de « l'adéquation de la réponse policière aux besoins du public » ni la nature des indicateurs (*benchmark*) utilisés par la police du Kent pour évaluer la performance des brigades et des individus. C'est là le signe par excellence de la logique du « *counting matters* » : il importe avant tout d'instituer une mesure, quelle qu'elle soit. Bien entendu le NPM n'a pas manqué d'inventer des instruments de quantification idoines qui, sans se borner à la statistique proprement dite, englobent également la comptabilité, les indicateurs de performance (*benchmark*) et les palmarès (*ranking*). Mais précisément, cette nouvelle panoplie d'instruments provient du besoin spécifique qu'elle vient satisfaire : l'exigence, strictement managériale, de faire quantifier la performance (Desrosières, 2012 ; Didier, 2011).

Performance et opportunité

Or en plaçant les policiers dans la nécessité de compter, le NPM tend à compliquer singulièrement la situation dans laquelle ceux-ci se trouvent sur le terrain. Loin d'être superficielles, ces nouvelles modalités d'évaluation modifient en profondeur ce qu'on a pu décrire comme leur « régime d'action » (Bruno et Didier, 2013). Schématiquement, l'intervention policière traditionnelle apparaissait comme le résultat d'une composition entre les différents paramètres suivants : les termes de la loi, l'observation des faits (le constat d'une infraction, la production d'une preuve, etc.), le consentement aux directives hiérarchiques, le soin de préserver l'ordre social³². Autrement dit, comme nous l'avons vu,

rie des indicateurs serviraient de moyens destinés à extorquer la reconnaissance publique de la faute – comme de petits instruments de torture spirituelle ordinaire.

³² Bien entendu ces dimensions peuvent intervenir, pour ainsi dire, en négatif : il est possible qu'une action de police méconnaisse les termes de la loi, ou se fasse volontairement au détriment de l'ordre social, contre la hiérarchie, au mépris des faits, etc.

l'opération de police se présentait comme le moment d'une rencontre entre le droit et les faits, soumise à la discrétion des agents chargés de l'assurer. Or, l'arrivée du NPM vient ajouter un nouveau paramètre à tous ceux-ci : le chiffre. Ce n'est pas seulement que l'agent soumis aux méthodes du management par objectif se mette à compter, alors qu'il négligeait jusqu'ici de le faire. C'est qu'il n'a désormais plus d'autre choix que d'anticiper la nécessité où il va bientôt se trouver – soit à titre individuel soit avec son service – d'apporter la preuve chiffrée de sa performance. Une telle modification n'a rien d'accessoire. Elle affecte la nature même de l'action policière.

En effet, ce nouveau régime d'action touche directement à la dimension discrétionnaire de l'intervention policière. Si l'action de la police change de nature, ce n'est pas à cause d'une évolution de la législation ni du droit à proprement parler, ni par une transformation sociétale, c'est d'abord par l'effet de cette « restructuration » des pouvoirs discrétionnaires de l'agent. Cette reconfiguration ne relève pas de l'idiosyncrasie sociologique et personnelle des agents (leurs préférences politiques, leurs préjugés, leur pédigrée géoculturel...) qu'indique une sociologie des personnels de police. Au plan discursif, elle est rendue désirable par les théoriciens de la tolérance zéro, comme Kelling. En pratique, elle est réalisée par les techniques du management par objectif, qui rendent les agents comptables et compteurs de leur action devant leur hiérarchie.

C'est ici qu'il importe particulièrement de rappeler les anciennes conceptions juridiques. Nous l'avons vu, le droit justifiait l'existence d'une marge de discrétion administrative par l'importance d'ajuster la loi aux circonstances qui entourent son application concrète. En termes juridiques, cet ajustement répondait à une exigence soigneusement distinguée de toute considération de légalité : l'opportunité. Le domaine juridique de la discrétion s'ouvrait en même temps qu'on basculait d'une question de légalité dans une question d'opportunité. Or, la nouvelle gestion managériale vient précisément briser ce caractère immune de la sphère d'appréciation discrétionnaire. Le management par objectif pénètre là où le droit n'osait rentrer. Comme dit Kelling, il remplit les trous (« *filling the void* ») qu'il croit déceler dans les manuels de formation des policiers, puisque ceux-ci manquent d'enseigner aux agents « l'usage qu'ils doivent faire de leur discrétion » (Kelling, 1999, 16). Il ne s'agit pas là d'un simple complément pédagogique, ni d'un appendice sociologique au droit administratif. Par le détour de l'instauration d'objectifs chiffrés, le management investit précisément ce domaine réservé, où l'agent était jusqu'alors seul à décider de l'opportunité d'intervenir. Ce faisant, il confisque à l'agent une part de sa discrétion, pour la confier à un protocole abstrait d'évaluation comptable, destiné à mesurer la fameuse « productivité » dont Margaret Thatcher réclamait qu'on l'augmente dans les services de police.

Reprenons, pour préciser ce point, l'analyse juridique des éléments de la discrétion, déclinée à travers les paramètres du *an*, du *quid*, du *quando* et du *quomodo*. Considérons le premier de ces paramètres, qui correspond à l'appréciation par l'agent de l'intérêt que présente le fait d'intervenir. Il est évident, de ce point de vue, que la mise en place d'une quantification managériale des objectifs de l'action policière entame directement la liberté juridique de l'agent d'apprécier selon les circonstances l'intérêt d'agir ou non. Le zèle qu'on a sou-

vent reproché aux services de police soumis à ce qu'on appelle la « politique du chiffre » suffirait à le confirmer. En anticipant la nécessité de rendre compte de manière chiffrée de leur activité, les agents sont inéluctablement portés à renoncer à leur liberté traditionnelle – mais aussi juridique – de fermer les yeux, c'est-à-dire de ne pas intervenir. L'initiative de l'agent – pour employer un mot crucial du langage managérial – doit être nécessairement *positive*, s'il faut qu'elle « entre en compte ». Il ne s'agit plus dès lors de la même discrétion : la question du « *an convenit agere* (s'il convient oui ou non d'intervenir) » ne se pose plus dans les mêmes termes, puisqu'à l'intérêt de l'intervention elle-même se mêle subrepticement celui de devoir comptabiliser une action³³. La possibilité de ne pas intervenir s'en trouve immanquablement écartée du champ des options qui s'offrent à l'appréciation de l'agent. Or, ce simple déplacement suffit à requalifier la sphère discrétionnaire.

Les autres aspects de cette transformation sont mieux connus. On a amplement documenté, par exemple, l'influence que les objectifs assignés aux agents pouvaient exercer sur leur manière de classer les faits. À New York, Eli Silverman a montré comment les faits de violence reportés au bureau de police par les plaignants étaient soumis à une manœuvre récurrente de sous-qualification, destinée à orienter la comptabilité de la performance policière dans un sens avantageux pour les services. Cette pratique coïncide exactement avec l'investissement managérial du deuxième paramètre juridique de la discrétion : le *quid*, qui porte précisément sur la latitude laissée aux agents d'apprécier la gravité des faits, quoique les cas-limites reportés par Eli Silverman, où des viols sont enregistrés comme blessures bénignes, sont de nature à apparaître davantage comme des cas d'abus de pouvoir ou de déni de justice que comme des décisions proprement discrétionnaires. De même, on pourrait poursuivre l'analyse à propos du *quando* : n'arrive-t-il pas que les services de police planifient leurs opérations de manière à pouvoir comptabiliser l'évolution de leur performance d'une manière favorable ? On pourrait mener une enquête de terrain, pour rapporter le calendrier de l'action de police à celui de l'enregistrement des données statistiques. Sans préjuger du résultat, on peut facilement imaginer que l'égre-nage temporel des interventions fasse partie de l'arsenal ordinaire de la *chanstique*³⁴.

Il y a bien, en tout cas, une coïncidence certaine entre les nouveaux paramètres de l'action de la police et les différentes dimensions juridiques de la discrétion. À chacune de ces dimensions correspond l'éventualité d'un ajustement de l'opération à des avantages comptables. Or, c'est la notion même de l'opportunité qui s'en trouve redéfinie au passage. Ce qui rend « opportun » ou « convenable » le choix de telle ou telle forme d'*executio legis*, ce ne sont plus seulement des considérations de police au sens strict – c'est-à-dire de maintien de l'ordre – mais également des effets d'aubaine dans le décompte des performances.

³³ Il est remarquable que l'une des études avant-courrières du nouveau management de la police ait dénoncé cet exercice négatif de la discrétion, pour voir dans la « *discretion not to invoke a criminal process* » l'équivalent d'une « *failure of service* » (Goldstein, 1960, 552).

³⁴ Sur la « chanstique », comme ruse policière consistant à anticiper la prise en compte statistique de l'activité administrative et à ajuster celle-ci de manière à produire « les bons chiffres », voir Matelly et Mouhanna, 2007 ; Didier, 2011 ; Impini, 2013 ; Gagneron, Jobic, Ledorh et Proix, 2014.

Nous quittons là explicitement le sens que le droit nous demande d'accorder au mot d'opportunité. Nous nous rapprochons plutôt du domaine du secret et de l'injustifiable. La *chanstique*, qui n'est rien d'autre que le résultat mécanique de ce réaménagement de la discrétion policière, doit demeurer cachée, sauf à provoquer un scandale. De ce point de vue, il n'y a guère de différence entre la fixation politique d'objectifs chiffrés en matière de management policier d'un côté, et la manipulation plus ou moins discrète des mesures de l'activité policière de l'autre. D'un bout à l'autre de l'échelle hiérarchique, le maniement des chiffres prend l'aspect d'une dimension secrète, infra-judiciaire, à peine avouable quoique sue de tous. Il est d'autant plus remarquable d'écouter la réponse d'un directeur de cabinet du ministère de l'Intérieur à la question qu'on lui pose³⁵ sur l'assignation d'objectifs quantifiés aux services de police judiciaire. Pour répondre à la crainte que ces objectifs n'entraîne une suractivité des services de police, le haut fonctionnaire répond précisément... en rappelant la vieille théorie juridique de la discrétion.

C'est un discours qu'il faut relativiser parce que, s'il y a un bien un métier où l'exécutant de base [...] dispose d'une marge de manœuvre énorme, c'est bien la police. C'est celui qui se retrouve à la base qui décide « je fais ou je ne fais pas ». C'est quand même vous, en patrouille, qui décidez d'arrêter un conducteur qui vient de franchir un feu rouge, de l'arrêter ou de pas l'arrêter, de le verbaliser ou pas. [...] Ça, c'est le choix qui va reposer sur la patrouille, et ça, ça existera toujours, quelles que soient les instructions [...] et c'est heureux.

Faut-il voir autre chose ici que le rappel de la vieille théorie juridique de l'*executio legis*, autrement dit de la discrétion administrative ? Mais aussitôt, le haut fonctionnaire reconnaît que cette discrétion est aujourd'hui aiguillée par la logique managériale.

Après, effectivement, vous avez des instructions données et des priorités. Si les instructions données aux patrouilles sont « mettez l'accent sur tel type d'infractions », c'est sûr que la marge de manœuvre va se restreindre dans ce sens, puisqu'il a une obligation de résultat dans tel domaine, et s'il veut montrer qu'il est efficace, voilà.

En se soumettant à la logique de l'évaluation chiffrée, l'agent cède une part de sa discrétion à cette logique elle-même. Le pouvoir *légal* de discrétion est alors confisqué par un dispositif *comptable*.

Alors, je sais que vous avez des gens qui disent : « la hiérarchie nous met la pression pour faire ceci, pour faire cela ». Moi, ça ne me choque pas non plus. Il faut aussi que les choses soient organisées.

Au final, l'aspect passablement embrouillé de cette réponse ne tient pas à la confusion du fonctionnaire interrogé. Il vient de la superposition entre l'ancienne définition juridique de la discrétion et son investissement par le management, c'est-à-dire de la contradiction entre la raison juridique et la volonté « que les choses soient organisées ». À ce jeu, cependant, c'est bien le droit lui-même qui risque d'être mis hors de compte.

³⁵ Les trois citations qui suivent sont extraites d'un entretien réalisé par Emmanuel Didier en novembre 2012.

Conclusion

On aperçoit tout l'intérêt de repartir de la compréhension juridique de la discrétion. C'est ainsi seulement qu'on peut remarquer l'écart entre le contrôle juridique de l'action de la police et son investissement managérial. Notre analyse s'inscrit ainsi dans une tradition récente de la pensée juridique, qui s'attache à observer les répercussions normatives du développement de la pensée managériale. On a souligné par exemple les entorses faites au droit pénal par l'introduction au Royaume-Uni d'amendements directement inspirés du NPM (Lacey, 1994). Ou bien l'on a diagnostiqué, en droit administratif français, le déclin d'une conception autoritaire de la norme générale, et l'émergence d'un droit de l'aléatoire tissé de « normes-objectifs » conçues pour permettre « l'encadrement juridique d'une situation en mouvement » (Hauriou, 1970). De même, il s'agirait ici d'apprendre à saisir l'aspect précis de la conception juridique qui est abandonné, lorsque la pensée managériale se substitue à elle pour imposer aux policiers un nouveau « régime d'action ».

Si notre analyse est bonne, il est clair que « l'injustice » qui accompagne « l'exécution de la loi juste » tend à se perpétuer aujourd'hui non pas du tout à travers un excès de discrétion policière, mais au contraire à travers son défaut. Car le « scandale » contemporain n'est plus uniquement celui de la discrimination qui tend à accompagner l'exécution de la loi. Il est aussi celui de l'incidence des chiffres sur l'appréciation de l'opportunité. Il est même celui des conditions de travail des policiers eux-mêmes, et de l'humiliation en demi-teinte que leur réserve, à eux comme aux autres fonctionnaires qui doivent la subir, le système de l'évaluation gestionnaire. Les policiers ne sont plus aussi libres qu'ils l'étaient de décider de la bonne manière d'appliquer la loi. Ils doivent composer avec les chiffres, et cela prédétermine les choix qui s'offrent à eux. Ainsi qu'on l'a vu, la « langue du droit » s'interdisait cette prédétermination. Le juge jamais ne s'engageait sur le terrain de l'opportunité, qu'il prenait grand soin de distinguer de celui de la légalité. Le manager au contraire s'y installe à son aise. Il appelle à l'esprit « d'initiative », il médite à l'envi sur les *nonprogrammable decisions* et l'importance « d'interpréter la situation », au point de voir la discrétion comme la garantie immanquable de meilleurs « *organizational outcomes* » (Finkelstein et Hambrick, 1990). Nul hasard si c'est au même préfet de police que l'on doit à la fois l'introduction en France de *Compstat*, une méthode d'enregistrement statistique des activités de police conçue pour permettre de leur appliquer les principes du NPM, et la distribution aux nouveaux venus parmi les agents de contrôle de la police d'une brochure invitant à faire preuve d'initiative et de « discernement ». C'est que la discrétion, nous l'avons vu, est le ressort du nouveau régime d'action des forces de l'ordre. C'est un point de croisement entre l'ancienne prérogative légale et la nouvelle exigence de performance.

L'opposition traditionnelle que nous avons rappelée au début de cet article, entre la justification juridique de la discrétion et la perception sociologique du scandale ou de « l'interférence » qu'elle recèle est donc devenue caduque. Ce ne sont plus aujourd'hui des considérations juridiques qui paramètrent le discernement des agents. C'est pourquoi l'on se trompe toujours un peu, lorsqu'on reproduit l'association strictement sociologique entre discrétion policière et discrimination sociale. Faute de tenir compte de l'ancienne justification de la discrétion, on s'empêche en même temps de bien comprendre le réaménagement

ment dont elle fait aujourd'hui l'objet. À la limite, on se priverait même peut-être de l'un des meilleurs moyens de prévenir le risque de « surrégime » auquel le management par objectif expose plus ou moins sensiblement l'action de la police. En redonnant aux agents la possibilité de *ne pas* intervenir, n'enrayerait-on pas du même coup l'appel à « l'augmentation de la productivité » des forces de l'ordre, et les actions *inopportunes* qu'elle ne peut manquer d'entraîner ? En tout cas, il est clair qu'il est devenu urgent, pour nous, de redéfinir ce que nous entendons par « opportunité ».

Pierre Thévenin
 École Française de Rome
 Piazza Farnese, 67
 00186 Roma
 Italie
 p.thevenin@gmail.com

Bibliographie

- ALPA G., GAROFOLI R., 2011, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto, Rome.
- ACTES DE LA RECHERCHE EN SCIENCES SOCIALES, 1998, « De l'État social à l'État Pénal », 124, septembre.
- ARISTOTE, 1997, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin.
- AUBUSSON DE CAVARLAY B., 2009, Comparaisons entre enquêtes de victimation ou de délinquance auto-reportée et statistiques officielles en France, in ROBERT Ph., *Mesurer la délinquance en Europe. Comparer statistiques officielles et enquêtes*, Paris, l'Harmattan, 57-70.
- AUDREN F., 2013, Jean Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois, *RTD Civ.*, 917-921.
- BRUNO I. et DIDIER E., 2013, *Benchmarking. L'État sous pression statistique*, Paris, La Découverte.
- CASSETTA E., 2003, *Manuale di diritto amministrativo*, Milan, Giuffrè.
- CRUET J., 1906, *Étude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif. Des cas où l'autorité gouvernementale et administrative n'est pas tenue, sous des sanctions efficaces, de respecter les droits individuels et la légalité*, Thèse de Université de Paris.
- CULP DAVIS K., 1975, *Police Discretion*, Chicago, West Publishing.
- D'AQUIN Thomas, 1985, *Somme théologique*, IIa IIae, Paris, Cerf.
- DESROSIÈRES A., 2012, Est-il bon, est-il méchant ? Le rôle du nombre dans le gouvernement de la cité néo-libérale, *Nouvelles perspectives en sciences sociales*, 7, 2, 261-295.
- DIDIER E., 2011a, "Compstat" à Paris : initiative et mise en responsabilité policière, *Champ pénal/Penal field* [en ligne], 8, mis en ligne le 25 mars 2011.
- DIDIER E., 2011b, L'État néo-libéral ment-il ? "Chanstique" et statistiques de police, *Terrain*, 57, 66-81.
- DUEZ P., 2006, *Les Actes de gouvernement*, Paris, Dalloz.
- ENA, 1993, *Management et police*, Rapport présenté par Pierre André Durand, Promotion Gambetta.
- ETERNO J. A., SILVERMAN E., 2012, *The Crime Numbers Game: Management by manipulation*, New York, CRC Press.
- FASSIN D., 2012, *La force de l'ordre. Une anthropologie de la police des quartiers*, Paris, Seuil.
- FINKENSTEIN S., HAMBRICK D. C., 1990, Top-Management-Team Tenure and Organizational Outcomes. The Moderating Role of Managerial Discretion, *Administrative Science Quarterly*, 35, 3, Sept., 484-503.
- GAGNERON W., JOBIC Y., LEDORH M., PROIX E., 2014, *L'enregistrement des plaintes par les forces de sécurité intérieure sur le ressort de la préfecture de police*, [rapport public] <http://www.interieur.gouv.fr/Publications/Rapports-de-l-IGABonnes-Feuilles/L-enregistrement-des-plaintes-par-les-forces-de-securite-interieure-sur-le-ressort-de-la-prefecture-de-police>
- GOLDSTEIN J., 1960, Police Discretion Not to Invoke the Criminal Process: Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice, *Yale Law Journal*, 69, 4, 543-594.

- GOLDSTEIN H., 1977, Categorizing and structuring discretion, *Policing a Free Society*, Cambridge Massachusetts, Ballinger Publishing Company, 93-130.
- GUYOMARCH A., 1992, La réforme de la police en Angleterre, un enjeu politique, *Revue française de science politique*, Juin, 417-440.
- HALL J., 1953, Police and Law in Democratic Society, *Indiana Law Journal*, 28, 133-170.
- HAURIOU A., 1970, Le droit administratif de l'aléatoire, *Mélanges Trotabas*, Paris, LGDJ, 197-225.
- HAURIOU A., 1933, Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 231-240.
- IMPINI J.F., 2013, *Un mensonge d'État. L'imposture sécuritaire*, Paris, Michalon.
- ISRAËL L., 2009, *L'arme du droit*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques.
- JOBARD F., 2005a, Le nouveau mandat policier : faire la police dans les zones dites de «non-droit», *Criminologie*, 38, 2, 103-121.
- JOBARD F., ZIMOLAG M., 2005b, Quand les policiers vont au tribunal. Étude sur les outrages, rébellions et violences à agents, *Questions pénales. Bulletin d'information du CESDIP*, Mars, 18, 2, 1-4.
- JOBARD F., NÉVANEN S., 2007, La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005), *Revue française de sociologie*, 2, 48, 243-272.
- KELLING W., 1999, "Broken windows" and police discretion, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, Oct.
- KELSEN H., 1971, « Science and politics », in *What is justice? Collected essays*, Berkeley, University of California Press, 350-375.
- LACEY N., 1994, Government as Manager, Citizen as Consumer: The Case of the Criminal Justice Act 1991, *The Modern Law Review*, 57, 4, Juillet, 534-554.
- LAUBADÈRE A. de, 1997, *Traité de droit administratif*, t. 3, « Les fonctions de protection », Paris, LGDJ.
- LOUBET DEL BAYLE J.-L., VENEZIA J.-Cl., 2001, Vers une monopolisation policière du contrôle social ?, *Les Cahiers de sécurité intérieure*, 44, 207-225.
- MACCHI O., 2002, Recension de Dominique Monjardet, *Ce que fait la police, sociologie de la force publique*, *Annales. HSS*, 57, 6, 1718-1721.
- MATELLY J.H., MOUHANNA C., 2007, *Police: des chiffres et des doutes*, Paris, Michalon.
- MECCARELLI M., 1998, Arbitrium iudicis und officialis im ius commune. Ein Instrument für die Vermittlung zwischen einem allgemeinen Recht und der örtlichen Realität (XIV-XVI Jahrhundert), *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung*, 115, 552-565.
- MERKL A., 1927, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne, Springer.
- MILLER P., 1992, Accounting and Objectivity: The Invention of Calculating Selves and Calculable Spaces, *Annals of Scholarship*, 9, 1/2, 61-86.
- MONJARDET D., 1996, *Ce que fait la police. Sociologie de la force publique*, Paris, La Découverte.
- MONJARDET D., 2008, *Notes inédites sur les choses policières 1999-2006*, Paris, La Découverte.
- MUCCHIELLI L., 2008, Le "nouveau management de sécurité" à l'épreuve : délinquance et activité policière sous le ministère Sarkozy (2002-2007), *Champs pénal/Pénal Field* [en ligne], 5, mis en ligne le 28 avril 2008.
- NAPOLI P., 2003, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, La Découverte.
- OSTWALD M., 1969, *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*, Oxford, Clarendon Press.
- PLATON, 1935, *Politique*, Paris, Les Belles Lettres.
- PICARD E., 1989, Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français, *RIDC*, 11, 295-319.
- PIRAS A., 1964, Discrezionalità amministrativa, *Enciclopedia del diritto*, Milan, Giuffrè, 13, 65-91.
- POTTIER M.-L., ROBERT Ph., 2004, Les préoccupations sécuritaires : une mutation ?, *Revue française de sociologie*, 45, 2, 211-242
- ROMANO S., 1906, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milan, Giuffrè.
- SKLANSKY D.A., 2005, Police and Democracy, *Michigan law review*, 103, 1699-1830.

SKOLNICK J.H., 1966, *Justice without trial. Law enforcement in a democratic society*, New York, John Wiley & Sons.

THOMAS Y., 2002, Présentation, *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 6, 57, 1425-1428.

WILLIAMS H. G., 1984, *The law and politics of police discretion*, Wesport-London, Greenwood Press.

ZAUBERMAN R. 1998, La répression des infractions routières, le gendarme comme juge, *Sociologie du travail*, 40, 1, 43-64.

Summary

The usual sociological description of discretionary police action as verging on abuse of power has often blurred a distinction clearly set up by administrative law. When a judge asserts that an action springs from *discretion*, he waives the whole of his right to look into the matter, as a mark of respect for the Administration's freedom. A valuable touchstone, this theory helps highlighting the impact that recent shifts in police management have had on the course of action of police forces. Far from giving rise to any scandalous surge of arbitrariness in policing the new management confiscates the capacity of police agents to make out the most opportune manner of enforcing the law.

Zusammenfassung

In der Beschreibung polizeilicher Ermessensspielräume als latente Form des Machtmissbrauchs wird häufig eine explizite Unterscheidung im Verwaltungsrecht verkannt. Wenn ein Richter eine Handlung als Ausdruck eines Ermessensspielraums beschreibt, so wird diese Handlung der rechtlichen Kontrolle entzogen aus Respekt vor den Freiheiten der Verwaltung. Diese Theorie ergibt einen wichtigen Baustein in der Erklärung der Auswirkungen aktueller Entwicklungen des Managements der Polizei auf die Arbeit der Sicherheitskräfte. Weit entfernt von einer skandalösen Inflation polizeilicher Willkür führt die neue Steuerung zu Einschränkung der Freiheiten der Polizei das Gesetz situationsangemessen anzuwenden.

Sumario

Al describir la acción discrecional de los servicios de policía como una forma latente de abuso de poder, se ha solidado pasar por alto una distinción explícita del derecho administrativo. Para un juez, decir que un acto es discrecional, supone sustraerlo del control de la ley, para respetar la libertad de la administración. Esta teoría ofrece una piedra de toque importante para comprender cómo la evolución reciente de la gestión de la policía afecta al régimen de acción de las fuerzas del orden. Lejos de implicar una inflación escandalosa del ámbito de arbitrariedad policial, la nueva gestión limita la libertad de los agentes para apreciar la forma oportuna de aplicar la ley.
