



HAL
open science

La gouvernance et le droit

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. La gouvernance et le droit. Mélanges Paul Amselek, Bruylant, pp. 189-207, 2005, 2-8027-1923-8. hal-01759961

HAL Id: hal-01759961

<https://hal.science/hal-01759961>

Submitted on 5 Apr 2018

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

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

LA GOUVERNANCE ET LE DROIT

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
CERSA-CNRS

In : *Mélanges Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 189-207

Le thème de la « gouvernance » connaît de nos jours une vogue spectaculaire : non seulement le recours à des méthodes nouvelles, dites de « gouvernance », serait devenu indispensable pour répondre à la « crise de gouvernabilité » que connaissent les sociétés contemporaines¹, mais encore ces méthodes » seraient diffusées, à tous les niveaux de l'édifice social (international, régional, national, local) et dans les organisations de toute nature (État, partis politiques, entreprises...) ; le discours de la gouvernance se situe ainsi sur deux registres, l'un normatif et prescriptif, l'autre descriptif et analytique, entre lesquels les glissements sont constants. Sous-tendue par un ensemble de représentations, liées entre elles en formant une idéologie cohérente², la gouvernance est utilisée comme moyen de légitimation des pouvoirs en place et moteur de changement politique : les institutions financières internationales se sont faites les ardentes propagatrices de la promotion dans les pays en développement des procédés de « bonne gouvernance » ; mais la gouvernance constitue aussi un excellent analyseur pour rendre compte de l'inflexion des formes traditionnelles d'exercice de l'autorité. Désormais omniprésent dans le discours politique, le thème de la gouvernance fait parallèlement l'objet d'une large diffusion dans l'ensemble des sciences sociales³.

Dès l'instant où la gouvernance touche aux technologies de pouvoir, la question de la relation qu'elle entretient au droit ne peut manquer de se poser : le droit constitue en effet le vecteur privilégié d'expression du pouvoir⁴, l'enveloppe dans laquelle se coulent les rapports de domination ; au cœur des modes de « gouvernement » classiques, caractérisés par l'asymétrie, l'inégalité, l'unilatéralité, la forme juridique est nécessairement affectée par la promotion d'un style nouveau de décision et d'action, reposant sur la coopération et la recherche d'adhésion. Or, paradoxalement, la notion de gouvernance est rejetée hors des catégories de pensée, voire du champ de perception, des juristes : alors que les travaux précurseurs de Paul AMSELEK⁵ semblaient devoir conduire à une réceptivité particulière des juristes à une problématique permettant de synthétiser quelques-unes au moins des grandes tendances d'évolution de la technique juridique, la science juridique reste l'une des rares sciences sociales dans lesquelles la notion n'a pas vraiment droit de cité. Cette exclusion contraste avec l'accueil réservé à la notion de « régulation

¹ CURAPP, *La gouvernabilité*, PUF, 1996

² P. MOREAU DEFARGES, « Gouvernance : une mutation du pouvoir ? », *Le Débat*, n° 115, mai-août 2001, pp. 165 sq et *La gouvernance*, PUF, Coll. Que sais-je, n° 3676, 2003.

³ J. CHEVALLIER, « La gouvernance : un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, n° 105, 2003.

⁴ D. LOSCHAK, « Le droit, discours de pouvoir », *Itinéraires, Mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 429 sq.

⁵ Voir notamment « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982, pp. 287 sq.

», à laquelle la gouvernance est pourtant consubstantiellement liée : sans doute, la notion était-elle familière aux sociologues du droit qui avaient, depuis longtemps, fait de la régulation l'un des attributs du droit, en tant que dispositif d'encadrement des conduites, mais aussi mis en évidence, à partir des travaux de N. Luhmann et G. Teubner, l'émergence avec l'État providence d'un « droit régulateur », cherchant à agir sur les équilibres sociaux⁶ ; mais la notion est désormais utilisée, dans une troisième acception, précisément pour synthétiser certains des aspects nouveaux que prendrait le droit dans les sociétés contemporaines, l'avènement d'un « droit de régulation » manifestant le passage d'un droit abstrait, général et désincarné à un droit concret et ancré dans la réalité⁷. Or, un lien étroit existe entre régulation et gouvernance : si l'idée de régulation renvoie à une certaine fonction à remplir, à certains objectifs à atteindre, à savoir le maintien d'un équilibre d'ensemble, sa mise en œuvre concrète implique le recours à des modes nouveaux d'exercice du pouvoir ; la régulation présuppose la gouvernance, avec laquelle elle forme un couple indissociable.

En suivant la voie ouverte par Paul AMSELEK, on montrera que si, dans une première approche, la gouvernance semble se situer en marge du droit, ce qui explique l'indifférence affichée par les juristes à son endroit (I), elle tend inévitablement à se juridiciser, en passant par le canal du droit (II) ; dès lors, elle ne saurait manquer d'influer sur les conditions d'emploi de la technique juridique (III).

I / LA GOUVERNANCE EN MARGE DU DROIT

Commandée par une rationalité d'ordre politique, la gouvernance se situe à première vue dans un rapport d'extériorité au droit : il s'agit d'infléchir le style d'action publique, en impliquant de nouvelles catégories d'acteurs dans l'élaboration des choix collectifs ; la gouvernance se développe ainsi apparemment en dehors des procédures formelles d'édiction du droit, dont la configuration reste inchangée. Néanmoins, ce nouveau style d'action publique est bel et bien porteur de représentations et de valeurs différentes de celles sur lesquelles repose le modèle juridique classique : la gouvernance laisse entrevoir un autre mode de pilotage du social, reposant sur la coopération des acteurs plutôt que sur l'unilatéralité ; la logique managériale de l'efficacité tend dès lors à la concevoir comme alternative au droit.

A) *La gouvernance, extérieure au droit*

La gouvernance est sous-tendue par une logique différente de celle qui gouverne le droit : alors que celui-ci s'exprime à l'impératif, sous la forme de commandements obligatoires émanant d'une autorité investie du pouvoir de décision et conformément aux règles fixées pour leur élaboration, la gouvernance relève d'une *approche pluraliste et interactive* de l'action collective ; prenant acte de la complexité des problèmes et de l'existence de pouvoirs multiples, il s'agit de parvenir à des compromis acceptables, par les vertus de l'échange. La gouvernance implique tout à la fois l'élargissement du cercle des acteurs associés aux processus décisionnels et la recherche systématique de solutions de type consensuel : comme le souligne Philip Schmitter⁸, « la gouvernance est une méthode ou un mécanisme de régulation d'une vaste série de problèmes ou conflits, par laquelle/lequel des acteurs parviennent régulièrement à des décisions mutuelle-

⁶ J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, pp. 830 sq.

⁷ G. TIMSIT, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996, pp. 375 sq. ; M. A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *Dalloz*, 2001, I, pp. 610 sq.

⁸ « Réflexions liminaires à propos du concept de gouvernance », in *La démocratie dans tous ses états*, Bruylant, 2000, pp. 51 sq.

ment satisfaisantes ou contraignantes, à travers la négociation et la coopération » ; elle se caractérise par des « formes horizontales d'interaction entre acteurs qui ont des intérêts contradictoires mais qui sont suffisamment indépendants les uns des autres pour qu'aucun d'eux ne puisse imposer une solution à lui seul, tout en étant suffisamment interdépendants pour qu'ils soient tous perdants si aucune solution n'était trouvée ».

La logique de la gouvernance s'est ainsi diffusée à tous les niveaux de l'action collective, en marge des procédures juridiques classiques. Le concept de « gouvernance globale »⁹ a ainsi été forgé pour rendre compte de l'émergence dans la vie internationale de nouvelles catégories d'acteurs, venant briser le monopole que les États détenaient sur les relations internationales : les dispositifs traditionnels, de nature inter-étatique, sur lesquels reposait l'ordre international dès lors ne suffisent plus ; des mécanismes nouveaux, destinés à assurer une confrontation élargie des points de vue, sont devenus indispensables. Ces nouveaux acteurs (Organisations non-gouvernementales, firmes multinationales, communautés d'experts...) sont désormais présents dans les arbitrages internationaux, non seulement indirectement, par l'intermédiaire des États avec lesquels ils entretiennent des rapports permanents, mais encore directement, par l'association aux travaux de clubs de réflexion (tels le forum de Davos) ou d'organisations internationales, qui tendent de plus en plus à s'ouvrir vers l'extérieur. Au niveau européen, l'association étroite des groupes d'intérêt aux processus décisionnels a tendu à faire de l'Europe un véritable laboratoire du modèle de gouvernance. Sur le plan interne, la fonction de régulation assignée à l'État appelle l'inflexion des modes d'exercice de pouvoir et le passage des formes traditionnelles du « gouvernement » aux procédés nouveaux de la « gouvernance » : c'est en effet en associant les intéressés à la définition des règles du jeu qu'un bon équilibre d'ensemble pourrait être atteint ; la solution des problèmes collectifs ne relève plus dès lors de la responsabilité exclusive de l'État mais implique la participation des acteurs sociaux, prêts à dépasser la défense de leurs intérêts catégories pour tenter de dégager un intérêt commun et collaborer à la mise en œuvre des choix collectifs. L'action publique devient ainsi la résultante d'un processus long, complexe, sinueux, auquel sont invités à prendre part de multiples acteurs. Des porte-parole représentatifs des différents groupes sociaux vont être associés à l'élaboration des politiques : cette ouverture vise à localiser les sources potentielles de conflit, à baliser les terrains d'affrontement, à situer les zones de compromis envisageables ; et elle autorise la recherche active d'accords, la négociation de compromis. L'ouverture n'est cependant pas totale : l'accessibilité des acteurs sociaux aux processus décisionnels dépend des ressources qu'ils peuvent mobiliser, de leur degré d'organisation, ainsi que de leur aptitude à se plier aux contraintes du jeu collectif. La logique de la gouvernance pousse cependant à aller au-delà de cette association des groupes d'intérêt, en élargissant le cercle des acteurs impliqués et en créant de nouveaux lieux d'échange : un espace de « débat » tend ainsi à se construire en amont de l'espace de « négociation » ; il s'agit d'ouvrir les processus décisionnels en direction de la « société civile », d'entendre la « voix des citoyens », dans le cadre d'une « politique délibérative », élargissant le champ du débat autour des grands choix collectifs. On oscille dès lors entre des « gouvernances instrumentales », visant à une meilleure efficacité de l'action publique, et des « gouvernances procédurales », visant à ouvrir l'action publique aux citoyens, aux groupes, aux communautés¹⁰. Au niveau territorial aussi, le style d'action publique change, les élus étant amenés à tenir compte de l'existence d'acteurs multiples (grandes entreprises publiques et privés, groupes d'ingénierie urbaine, administrations sectorielles, groupes d'intérêt, associations...), dont la coopération est nécessaire pour la mise en

⁹ J.N. ROSENAU, E.O. CZEMPIEL (Eds.), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992.

¹⁰ J.G. PADIOLEAU, « L'action publique post-moderne : le gouvernement politique des risques », *Politiques et management public*, 1989, n° 4, pp. 85 sq.

œuvre des politiques locales¹¹. Enfin, l'efficacité de l'action publique suppose de remédier aux effets négatifs des cloisonnements administratifs, par l'établissement de relations d'échange et de coopération entre services, ainsi que de promouvoir les agents au rang d'acteurs à part entière : les politiques actuelles de modernisation administrative reposent sur l'idée que les fonctionnaires doivent être associés, non seulement à la mise en œuvre, mais encore à la conception même des réformes¹².

Ce développement des procédés de gouvernance s'effectue en marge des procédures juridiques et dans d'autres lieux : le *caractère informel* des dispositifs de gouvernance contraste avec le formalisme des modes d'élaboration du droit ; dominée par une logique d'ordre politique, la gouvernance échappe apparemment aux contraintes du formalisme juridique. Néanmoins, les processus interfèrent inévitablement : si la gouvernance prolifère à *la périphérie de l'ordre juridique*, elle n'en influe pas moins sur lui ; le droit tend à n'être plus que l'enveloppe formelle d'un jeu à finalité coopérative. Plus généralement, c'est un nouveau style d'action publique, misant non plus sur l'unilatéralité et la contrainte comme dans le modèle juridique classique mais sur la coopération et sur l'adhésion qui se dessine à travers le thème de la gouvernance : si ce style est compatible avec la persistance des formes juridiques, qu'il vide cependant d'une partie de leur substance, il n'en implique pas moins une dévalorisation de la conception traditionnelle du droit ; la gouvernance laisse ainsi entrevoir un modèle de gouvernement des conduites échappant à l'empreinte du droit.

B) La gouvernance, alternative au droit

L'essor des procédés de gouvernance témoigne de l'insuffisance des mécanismes juridiques classiques pour faire face aux problèmes auxquels sont confrontées les sociétés contemporaines : la rationalité coopérative qui les sous-tend se situe aux antipodes de la conception traditionnelle du droit ; le modèle de gouvernance apparaît, dans cette perspective, non plus comme une simple adjutant, mais bien comme un *substitut* au modèle de gouvernement passant par le canal du droit et misant sur les ressorts de la dogmatique juridique.

Au principe de la gouvernance, il y a le souci d'*efficacité* de l'action publique, qui est désormais érigée en impératif catégorique : la gestion publique n'est plus entourée d'une légitimité de principe ; encore faut-il que les gestionnaires apportent la démonstration concrète du bien-fondé des actions engagées, de la qualité de la « performance publique ». Or, le recours à l'outil juridique, non seulement n'apparaît plus comme la garantie de cette efficacité¹³, mais encore tendrait à la contredire, en raison du formalisme et de la rigidité afférentes au droit¹⁴ : l'action publique serait d'autant plus efficace qu'elle s'affranchirait davantage du carcan juridique ; et la gouvernance offrirait une voie alternative au droit. Cette vision se traduit d'abord par la réduction du particularisme des règles juridiques applicables à l'action publique : celle-ci ne présenterait pas une singularité telle qu'elle devrait être soumise à des règles dérogatoires au droit commun ; et l'existence d'un droit administratif, irrémédiablement marqué du sceau de l'unilatéralité, et conçu comme un droit d'inégalité et de privilège, serait contraire au nouveau contexte dans lequel se déploie l'action publique. La gouvernance contribue donc à saper les

¹¹ P. LE GALÈS, « Du gouvernement des villes à la gouvernance urbaine », *Revue française de science politique*, 1995, n° 1, pp. 73 sq.

¹² J. CHEVALLIER, « Les fonctionnaires et la modernisation administrative », *Revue administrative*, n° 271, janv.-fév. 1993, pp. 5 sq et « Prévenir l'échec », *Revue française d'administration publique*, n° 87, juillet-sept. 1998, pp. 389 sq.

¹³ J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'administration publique*, n° 24, oct.-déc. 1982, pp. 679 sq.

¹⁴ J. CAILLOSSE, J. HARDY, *Droit et modernisation administrative*, La Documentation française, 2000, pp. 22 q.

fondations sur lesquelles le droit administratif s'est édifié¹⁵. Ensuite, l'action publique tend à passer par d'autres canaux que le vecteur juridique classique. Le mouvement de déréglementation s'est ainsi traduit, moins par un recul de l'intervention publique, que par le recours à des procédés plus souples d'encadrement des comportements. La réglementation comporte en effet bien des inconvénients et son application est entravée par de nombreux obstacles : par son uniformité, elle s'adapte mal à la diversité des situations ; par sa stabilité, elle est rapidement frappée d'obsolescence ; par son aspect coercitif, elle suscite des réactions de passivité et de fuite. Aussi l'État cherche-t-il plutôt à modeler les comportements, par l'utilisation de moyens d'influence : il ne s'agit plus de contraindre mais de convaincre, par le recours à des stimulants divers ; plus économique dans son usage, plus souple dans ses effets, et sans doute plus efficace dans ses résultats, l'incitation devient un instrument privilégié de régulation. La gouvernance entraîne ainsi un réajustement des modes d'intervention publique. Enfin, la part du droit tend à être plus floue dans l'action publique : les mécanismes juridiques sont en effet combinés avec des mécanismes extra-juridiques, selon un agencement complexe¹⁶ ; l'idée de commandement fait place à la vision nouvelle d'un droit servant à formaliser les compromis négociés dans le cadre des processus de gouvernance.

Cette présentation montre cependant que l'idée d'une gouvernance alternative au droit est illusoire : si elle agit sur le droit, en modifiant sa consistance et sa substance, la gouvernance, non seulement a besoin d'un cadre institutionnel pour se développer, mais encore ne peut se passer d'une traduction juridique ; elle est en réalité *enkystée dans des processus juridiques* dont elle est indissociable.

II / LA JURIDICISATION DE LA GOUVERNANCE

Si la gouvernance déborde les procédures juridiques classiques, elle n'échappe pas pour autant à l'emprise du droit. D'abord, elle a besoin pour se déployer que soit établi un cadre stable d'interaction, que soient définies certaines règles du jeu : elle implique par-là même un élément d'« extériorité institutionnelle »¹⁷, c'est-à-dire l'existence d'une instance dotée des ressources nécessaires pour initier le processus, sélectionner les participants, conduire les négociations, jeter les bases d'un accord possible ; et cet encadrement suppose nécessairement le recours au droit. Mais la gouvernance postule aussi que les compromis obtenus ne puissent être remis en cause, qu'ils s'imposent à tous, qu'ils soient dotés de force obligatoire : elle ne peut rester cantonnée dans l'informel ; le produit des négociations doit être cristallisé, objectivé par le recours au registre juridique. *Transcrite dans le langage et dans les formes du droit*, la gouvernance peut dès lors venir se greffer sur les procédures juridiques classiques.

A) La procéduralisation

La procéduralisation de la gouvernance procède d'un mouvement bien connu : d'abord officieux et informels, les contacts indispensables établis avec les acteurs sociaux tendent irrésistiblement à l'officialisation et à la formalisation ; encadrés par des règles de plus en plus précises, ils deviennent un des éléments constitutifs du processus formel de prise des décisions. Cette dynamique est depuis longtemps illustrée par l'essor des procédures de consultation : que la consultation s'adresse à l'ensemble du public ou aux seuls représentants des groupes d'intérêt, elle évolue dans tous les cas dans le sens d'une *institutionnalisation* croissante ; de même que l'« enquête publique », qui dans les pays anglo-saxons donne lieu à l'ouverture d'un véritable débat,

¹⁵ J. CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *Actualité juridique-droit administratif*, mars 1999, p. 195.

¹⁶ D. MOCKLE, « Gouverner dans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit*, Vol. 43, n° 2, Montréal, juin 2002, pp. 143 sq.

¹⁷ J.G. PADIOLEAU, préc.

entouré de formes quasi-juridictionnelles, a donné aux intéressés la possibilité d'intervenir dans l'élaboration des décisions qui les concernent le plus directement, la prolifération de « structures consultatives » a permis d'associer de manière permanente les groupes d'intérêt à la prise des décisions, en les intégrant au cœur de l'appareil d'État. Et si la lourdeur de cette « administration consultative » pousse à privilégier des dispositifs plus souples de « concertation », celle-ci tend elle-même à glisser vers un formalisme croissant. Ainsi, l'élargissement du cercle des acteurs impliqués, inhérent à la logique de la gouvernance, n'est pas chose nouvelle ; et l'expérience montre qu'il débouche inévitablement sur une complexification du système de décision formel.

Les formes nouvelles de gouvernance obéissent à cette même *trajectoire d'institutionnalisation*, passant par le canal du droit. Au niveau international, cette trajectoire se traduit par un processus de *reconnaissance*, qui fait accéder les nouveaux acteurs émergents au rang de partenaires à part entière des États et des organisations internationales. La procédure d'accréditation confère ainsi aux organisations non-gouvernementales un statut consultatif auprès de l'ECOSOC, qui leur permet de participer aux activités de l'ONU — la réforme de ce statut en 1996 ayant élargi ces possibilités d'intervention ; corrélativement, les organisations non-gouvernementales seront appelées à effectuer pour le compte de l'Organisation des missions de sous-traitance, notamment en matière humanitaire. Ce partenariat s'est étendu, dans le cadre de l'« Entente globale » (*Global Compact*) à d'autres acteurs privés, tels les syndicats et les firmes multinationales. De même la « *comitologie* » pratiquée au niveau européen aboutit à impliquer directement les groupes d'intérêt dans l'élaboration des politiques communautaires. Par ailleurs, les organisations non-gouvernementales vont être associées à la réflexion sur les grands problèmes internationaux et à l'élaboration des normes nouvelles du droit international : les « forums » réunis à leur initiative, parallèlement aux manifestations tenues sous l'égide des organisations internationales seront ainsi progressivement intégrés aux processus décisionnels, dans la voie tracée en 1992 par la Conférence de Rio sur l'environnement ; des dispositifs officiels de communication vont assurer l'articulation entre ces deux mondes au départ étanches, celui constitué par les représentants des États, celui formé par les porte-parole auto-proclamés de la « société civile internationale » — comme l'a montré de manière très explicite le Sommet pour le développement durable de Johannesburg de 2002. La création au niveau européen, d'un « Forum permanent de la société civile » s'inscrit dans la même perspective, avec l'étape supplémentaire que constitue la mise en place d'un système permanent d'échange. Sans doute, cette institutionnalisation n'est-elle pas complète : à côté des organisations non-gouvernementales désormais intégrées dans le système de décision et d'action international, on voit réapparaître sans cesse des francs-tireurs, qui récusent l'ordre international en vigueur et entendent le combattre à partir d'une position d'extériorité (voir les manifestations récurrentes organisées depuis Seattle à l'occasion des grandes réunions internationales) ; cependant, là encore, des passerelles sont en voie d'être établies, en vue de canaliser ce potentiel de contestation.

La mise en forme juridique de la gouvernance est plus explicite encore dans l'ordre interne. Tandis que les procédures consultatives classiques sont suffisamment souples et adaptables pour permettre d'associer en permanence de nouveaux groupes d'intérêt organisés aux processus décisionnels, devenant ainsi le lieu privilégié d'exercice de la gouvernance, des mécanismes juridiques viennent officialiser la présence des citoyens. La procédure de l'enquête publique est ainsi dotée d'un champ d'application de plus en plus large, en étant systématiquement utilisée dans tous les cas où l'action publique a des effets individualisables et des destinataires localisables. Les techniques de consultation directe des citoyens connaissent partout un spectaculaire essor, aussi bien au niveau national qu'au niveau local : c'est ainsi qu'en France, les pratiques de consultation des habitants, qui s'étaient développées en marge de la légalité, à l'initiative des élus municipaux¹⁸, ont été d'abord légalisées (loi du 6 février 1992) — avec reconnaissance ultérieure (loi du 4 février 1995) du droit d'initiative des habitants en matière d'aménagement du

¹⁸ M. PAOLETTI, *La démocratie locale et le référendum*, L'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 1997.

territoire — avant d'être étendues aux autres niveaux territoriaux et dotées d'une portée décisionnelle, par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003¹⁹ : les citoyens acquièrent par-là prise directe sur le processus formel de décision. Plus significativement encore, les nouvelles formes de « débat public », apparues de manière très pragmatique autour des grands choix collectifs, tendent à être progressivement encadrées par le droit. Sans doute, le débat reste-t-il parfois cantonné dans l'informel, comme en témoignent les nouvelles « conférences de citoyens », par lesquelles un échantillon représentatif de la population est appelé à formuler un avis sur un problème complexe²⁰, ou encore les « États généraux » réunis pour débattre des orientations de certaines grandes politiques sectorielles ; mais il peut être aussi fortement institutionnalisé : la réalisation des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national suppose ainsi, depuis la loi du 2 février 1995, le déroulement, sous l'égide d'une « commission nationale du débat public »²¹ ; ce dispositif, réajusté en 2002 (loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, titre IV et décret du 22 octobre 2002) aboutit à intégrer le « moment délibératif » dans le processus formel de décision, en l'érigeant en formalité substantielle.

La logique de la gouvernance est donc progressivement officialisée dans des procédures qui la transcrivent en termes juridiques et assurent par-là sa connexion aux processus formels de décision. Elle trouve aussi une expression juridique spécifique dans la technique contractuelle.

B) La contractualisation

La contractualisation constitue un instrument privilégié de formalisation de la gouvernance : elle donne en effet une traduction juridique à l'approche pluraliste et consensuelle de l'action publique qui est au principe de la gouvernance. La contractualisation implique des relations juridiques fondées, non plus sur l'unilatéralité et la contrainte, mais sur l'*accord de volontés* : elle présuppose que soit prise en compte l'existence d'acteurs autonomes, dont il s'agit d'obtenir la coopération ; et elle passe par un processus de négociation, visant à définir les contours d'une action commune. On retrouve donc bien la logique qui est celle de la gouvernance. Sans doute, la contractualisation est-elle assortie d'une inflexion de la conception traditionnelle du contrat — entendu comme un acte synallagmatique, reposant sur le libre échange de consentements et sur l'égalité des parties : les frontières entre contrat et acte unilatéral d'une part, contrat et conventions plus souples de « partenariat » d'autre part, apparaissent souvent floues ; néanmoins, à travers l'essor de ces « règles publiques négociées », c'est bien un mouvement de juridicisation de la gouvernance qui se profile. L'existence d'un cadre contractuel a pour effet d'assurer la stabilité et la pérennisation du système de relations noué entre les différents acteurs concernés.

Si la contractualisation n'est pas un phénomène nouveau, elle n'en connaît pas moins un spectaculaire développement. Déjà des conventions de partenariat permettent aux organisations internationales d'obtenir le concours des nouveaux acteurs de la société internationale aux opérations humanitaires ainsi qu'aux actions de développement durable²².

Au niveau interne, la contractualisation apparaît comme le moyen d'associer de manière stable les divers partenaires concernés à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques pu-

¹⁹ Le nouvel article 72-1 § 2 de la Constitution prévoit que « dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité ».

²⁰ La formule a été expérimentée pour la première fois en France en juin 1998 à propos de l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés (OGM) en agriculture et dans l'alimentation (voir sur cette expérience D. BOY, D. DONNAT-KAMAL, P. ROQUEPLO, « Un exemple de démocratie participative : la conférence de citoyens sur les OGM », *Revue française de science politique*, 2000, n° 4/5, pp. 779 sq.

²¹ S. VALLEMONT (Ed.), *Le débat public : une réforme dans l'État*, LGDJ, Coll. Systèmes, 2001.

²² Plus de 200 partenariats ont été mis en place avec les entreprises à cette fin.

bliques. L'économie constitue depuis longtemps le point d'application privilégié des techniques contractuelles : l'État s'est en effet vu contraint de composer avec les pouvoirs économiques privés, en s'efforçant d'obtenir leur collaboration pour la réalisation des objectifs de politique économique ; la contractualisation permet de normaliser ces relations, en précisant les engagements des uns et des autres. Les instruments contractuels se sont ainsi progressivement substitués aux techniques réglementaires classiques, manifestant le passage à une « gouvernamentalité coopérative »²³. Mais le phénomène déborde le domaine économique pour s'étendre aux différents champs d'intervention publique : pour assurer les responsabilités qui lui sont assignées, l'« État régulateur » est tenu de prendre appui sur les acteurs sociaux ; et des conventions viendront officialiser cette coopération.. Cette pratique est particulièrement développée au niveau local : faute de moyens suffisants, les autorités locales sont amenées à faire largement appel aux modes de « gestion déléguée » et aux « conventions de partenariat » ; et les associations sont devenues, aussi bien dans le domaine économique que social ou culturel un partenaire indispensable pour assurer la mise en œuvre concrète des politiques locales. Mais la contractualisation ne permet pas seulement d'officialiser l'association d'acteurs privés à l'action publique : c'est aussi le moyen de promouvoir de nouveaux rapports au sein même de la sphère publique. D'une part, la technique contractuelle servira à assurer la coordination d'entités juridiquement autonomes : on a ainsi assisté en France à l'essor d'une contractualisation « verticale », entre l'État et les collectivités locales ou les entreprises publiques, et d'une contractualisation « horizontale », entre unités administratives de même niveau. D'autre part, la contractualisation sera utilisée comme instrument de dialogue social dans les services (négociations collectives avec les syndicats, « contrats d'intéressement » destinés à assurer le retour vers les agents des gains de productivité, « contrats de performance » visant à responsabiliser les cadres...) ²⁴. Cette pénétration de la logique contractuelle au cœur de la sphère publique soulève plusieurs types de problèmes : celui de la portée juridique de documents dont la nature authentiquement contractuelle peut être mise en doute²⁵ ; celui de la compatibilité de cette contractualisation avec l'existence d'un ordre intérieur administratif²⁶. L'acclimatation de cette logique, au terme d'un travail d'interprétation jurisprudentiel et doctrinal, n'en est dès lors que plus significative.

Même si ces différentes formes de contractualisation s'empilent, s'emboîtent, s'enchevêtrent, apparemment dans le plus grand désordre, elles n'en relèvent pas moins d'une même logique de *juridicisation de la gouvernance*, par laquelle celle-ci s'inscrit dans les formes du droit : la technique contractuelle apparaît comme le moyen de faire coopérer des acteurs divers, situés au sein comme en dehors de l'État, et porteurs de rationalités divergentes ; le contrat est le moyen de formaliser cette coopération. Du fait de cette juridicisation, la logique de la gouvernance, non seulement ne reste pas étrangère au droit, mais encore influe sur la conception du droit.

²³ E. SERVERIN, A. BERTHOUD (Eds.), *La production des normes entre État et société civile*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000. Voir aussi J.P. Gaudin, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses Sciences Po., 1999.

²⁴ Y. FORTIN (Ed.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, L'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 1999.

²⁵ Voir « Les contrats entre personnes publiques », *Actualité juridique-droit administratif*, juillet-août 2000 : le Conseil d'État admet la nature authentiquement contractuelle d'accords entre personnes publiques, tels les contrats de plan, à la condition qu'ils contiennent des clauses suffisamment précises, ayant force obligatoire.

²⁶ A.S. MESCHÉRIAKOFF, « Ordre intérieur administratif et contrat », *Revue française de droit administratif*, 1997, n° 6, pp. 1130 sq.

III / L'IMPACT DE LA GOUVERNANCE SUR LE DROIT

Si la gouvernance n'échappe par à l'emprise du droit, elle vient apparemment se greffer sur des mécanismes de production du droit dont la configuration formelle reste inchangée et en utilisant des techniques juridiques éprouvées : n'entraînant pas de partage réel du pouvoir de décision, la gouvernance se coule dans le moule des procédures consultatives ; et l'accord de volontés qu'elle recherche passe lui-même par le vecteur contractuel classique. A première vue, l'essor des procédés de gouvernance est donc dépourvu d'impact sur la conception traditionnelle du droit, avec laquelle ceux-ci seraient, en fin de compte, compatibles : les modes *politiques* d'élaboration du droit changent sans doute, en revanche les formes *juridiques* restent identiques à elles-mêmes. Cette analyse est cependant trop simple : derrière la gouvernance se profile bel et bien une vision différente de la normativité juridique qu'annonçait en 1982 Paul AMSELEK, en évoquant le double avènement d'une « direction juridique autonome » et d'une « direction juridique non autoritaire » des conduites. Il s'agit dès lors de circonscrire la place que ce « droit de gouvernance » est appelé à occuper.

A) Un « autre droit »

La persistance des formes juridiques classiques ne saurait faire illusion : elle recouvre une inflexion substantielle dans la conception du droit ; négociée dans son élaboration, la norme juridique devient souple dans son application.

Foncièrement marqué par l'unilatéralité, le droit se présente classiquement comme un acte d'« autorité », par lequel un auteur, investi d'un pouvoir de commandement, impose certaines normes de conduite aux destinataires. Or, l'essor des techniques de gouvernance montre que ce « capital d'autorité » n'est plus suffisant pour doter le droit de la puissance normative nécessaire : la force de la règle de droit ne provient plus désormais seulement de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend aussi, et peut-être surtout, du consensus dont elle est entourée. Ce consensus suppose sur les destinataires soient partie prenante à son élaboration : la concertation préalable, la participation à la définition de la norme, devient la caution de son bien-fondé ; le droit devient ainsi un *droit négocié*, qui apparaît comme le fruit d'une délibération collective. A une « légitimité intrinsèque » fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, tend à succéder une « légitimité procédurale »²⁷, attachée à ses modes d'élaboration ; le passage par différents lieux de dialogue et forums de discussion permettra de postuler le caractère « rationnel » du contenu de la norme. Les procédés de gouvernance ne sont donc pas seulement le moyen pour le décideur d'enrichir ses sources d'information ou d'impliquer d'autres acteurs dans un processus décisionnel devenu complexe : elles l'obligent à prendre en compte les préférences et les interdits de ses partenaires, en recherchant les voies d'un compromis possible ; l'unilatéralité n'est plus dès lors qu'apparente et recouvre un *partage de fait* du pouvoir de décision. Ce partage devient explicite dès l'instant où l'on s'efforce d'aller au-delà de la simple consultation, en associant les acteurs sociaux à la conception même des décisions, dans le cadre de dispositifs de concertation ; il se profile plus subtilement dans les techniques de contractualisation qui, tout en se développant souvent sous couvert d'une unilatéralité formellement préservée, contribuent à la vider de toute substance. Les progrès de la gouvernance, qu'elle soit sous-tendue par un objectif d'efficacité ou par un souci de démocratisation, tendent ainsi à brouiller la distinction traditionnelle entre *acte unilatéral et contrat*²⁸ : non seulement on passe insensiblement de l'un à l'autre, en suivant une « échelle de con-

²⁷ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1992.

²⁸ J.B. AUBY, « La bataille de San Romano : Réflexion sur les évolutions récentes du droit administratif », *Actualité juridique-droit administratif*, nov. 2001, p. 918 ; J. CAILLOSSE, « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? », *Revue administrative*, n° 328, 2003, pp. 343 sq et n° 329, 20023, pp. 454 sq.

tinuité »²⁹ entraînant du même coup l'apparition de catégories hybrides³⁰, mais encore l'acte unilatéral n'est souvent que l'enveloppe d'un véritable accord négocié ; le mouvement de contractualisation ne se réduit donc pas à la simple prolifération de contrats mais subvertit la forme unilatérale elle-même. La recherche d'un meilleur équilibre entre *loi et contrat*, notamment en matière d'organisation professionnelle et de relations sociales, s'inscrit en fin de compte sur la même trajectoire d'évolution : il s'agit en effet de donner aux acteurs économiques et sociaux une prise nouvelle sur la production du droit, en mettant l'accent sur la négociation collective ; la « gouvernance sociale » implique qu'un poids plus important soit donné aux normes conventionnelles, produit de la négociation entre partenaires sociaux, par rapport aux normes étatiques, résultant des lois et règlements³¹.

La gouvernance affecte aussi le contenu même de la norme. Comme l'a montré Kelsen, le propre du droit est d'être, à la différence des autres dispositifs normatifs qui, comme lui, cherchent à agir sur les comportements, un « ordre de contrainte », c'est-à-dire de réagir par des actes de contrainte aux conduites considérées comme indésirables et contraires à ses prescriptions ; impliquant un véritable « pouvoir d'exigibilité », la contrainte se traduit par la faculté d'obtenir l'exécution par les destinataires indépendamment de leur consentement, et au besoin contre leur gré. Or, la logique de la gouvernance implique au contraire le reflux de ces aspects de contrainte et d'unilatéralité traditionnellement attachés au droit : elle est fondée, on l'a vu, sur une recherche systématique de consensus ; à partir du moment où la norme juridique est ainsi le produit de négociations et où son contenu fait l'objet d'un accord, elle perd toute dimension contraignante pour les destinataires. Les pratiques de gouvernance ne peuvent dès lors manquer de modifier la consistance même des règles de droit : les commandements juridiques tendent à faire place à des techniques plus souples relevant de cette « direction juridique non autoritaire des conduites », dont parlait Paul AMSELEK ; on voit se développer « des formes progressives et graduées d'émergence du droit visant, par l'édiction de règles souples et flexibles, à encadrer la pratique des acteurs sociaux, à orienter leur comportement, à favoriser leur auto-discipline, avant d'en arriver à l'énoncé de normes contraignantes »³². Mais, même si la règle de droit s'exprime formellement à l'impératif, cet impératif devient l'expression d'un *devoir-être construit collectivement*. Corrélativement, les frontières du droit perdent de leur précision : la spécificité de la norme juridique par rapport à d'autres dispositifs normatifs devient moins évidente ; non seulement le droit et le non-droit se combinent selon un alliage variable, mais encore on passe insensiblement de l'un à l'autre, en fonction d'un « échelle de juridicité », dont les contours sont peu discernables³³.

Si la logique de gouvernance travaille bien le droit, reste à en mesurer la portée.

B) Un « droit de gouvernance » ?

Si la gouvernance est bien porteuse d'une conception différente du droit, cela ne préjuge pas de sa sphère d'application concrète. Deux thèses sont à cet égard concevables : ou bien, le « droit de gouvernance » peut être conçu comme répondant à certains problèmes spécifiques et situé en

²⁹ J.M. PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », *Actualité juridique-droit administratif*, mars 2000, p. 187.

³⁰ Comme l'avait déjà relevé Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral. Recherche sur la notion d'acte mixte en droit public*, LGDJ, 1971.

³¹ Le Conseil constitutionnel a cautionné cette évolution, en estimant dans sa décision du 13 janvier 2000 que le législateur ne pouvait remettre en cause le contenu d'accords négociés entre les partenaires sociaux que pour un motif d'intérêt général suffisant.

³² J.L. AUTIN, « L'usage de la régulation en droit public », in M. MIAILLE (Ed.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1995, pp. 43 sq.

³³ J. CAILLOSSE, in *Revue administrative*, p. 352.

marge du droit classique ; ou bien, il peut être perçu comme illustrant une tendance lourde d'évolution du droit dans les sociétés contemporaines.

La confrontation avec les thèses relatives au « *droit de régulation* » est sur ce point éclairante. Pour les uns³⁴, le droit de « *la* » régulation constituerait une nouvelle branche du droit, transcendant la distinction classique du droit privé et du droit public : s'appliquant aux secteurs économiques ouverts à la concurrence, il aurait pour fonction de maintenir dans ces secteurs un équilibre entre la protection de la libre concurrence et la réalisation d'autres objectifs ; et il prendrait appui sur l'existence d'autorités nouvelles, cumulant plusieurs types de pouvoirs mais dont la mise en œuvre est subordonnée au respect de certaines exigences fondamentales (principe d'impartialité, principe de transparence, principe de proportionnalité). D'autres³⁵ inscrivent l'émergence du droit « *de* » régulation dans une perspective plus large d'évolution du phénomène juridique : le droit de régulation constituerait en effet une nouvelle figure, un « autre corps » du droit, n'ayant plus guère à voir avec le « droit réglementaire » classique ; succédant au droit « abstrait, général et désincarné », « droit jupitérien »³⁶ exprimant la transcendance étatique, il serait caractérisé « par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir ». Au lieu d'être imposé de l'extérieur, il serait « l'action du groupe sur lui-même », la contrainte s'effaçant au profit de mécanismes de coopération. La problématique de la gouvernance englobe et dépasse celle de la régulation : comme la régulation, elle suppose un mode plus souple d'action, caractérisé par la flexibilité, l'adéquation au réel, la réflexivité ; mais elle met aussi l'accent sur les formes d'exercice du pouvoir requises pour atteindre ces objectifs, à savoir l'association des différents acteurs concernés à la définition des choix collectifs. Le « droit de régulation » sera d'autant plus pertinent et efficace qu'il est le produit de la démarche pluraliste et interactive qui est au cœur de la logique de gouvernance.

Ainsi conçue, la gouvernance constitue un modèle d'exercice du pouvoir d'application très générale, transposable à tous les niveaux et dans toutes les sphères de l'organisation sociale³⁷. Corrélativement, la logique de la gouvernance tend à pénétrer l'ensemble du droit, aussi bien privé que public : l'idée qu'il convient d'associer les différents acteurs concernés à l'élaboration de la norme et de préférer le consensus à la contrainte est désormais communément admise ; à tous les niveaux, les producteurs de droit sont invités à se conformer aux préceptes de la gouvernance. Cela ne signifie pas pour autant qu'on soit en présence d'une configuration juridique radicalement nouvelle : ces préceptes étaient déjà plus ou moins présents dans le droit classique, comme en témoigne l'existence des procédures consultative et contractuelle ; et le « droit de gouvernance » ne rompt pas avec les canons de la dogmatique juridiques, comme l'atteste la perpétuation des formes juridiques traditionnelles. Le droit de gouvernance ne saurait donc être perçu comme un substitut au droit classique : en réalité, la gouvernance « associe, selon des modalités infinies, droit « dur » (*hard law*), écrit, aux effets nets, et droit « mou » (*soft law*), mouvant, évolutif »³⁸ ; et si elle travaille le droit existant, c'est en restant sous l'empire de sa rationalité. Au demeurant, la logique de la gouvernance peut aussi contribuer à la consolidation des principes juridiques traditionnels : la « bonne gouvernance » prônée par les institutions financières internationales pour les pays en développement, implique, non pas l'affranchissement par rapport

³⁴ M.A. FRISON-ROCHE, préc.

³⁵ G. TIMSIT, préc.

³⁶ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint Louis, Coll. Droit, 2002.

³⁷ Le rapport sur les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale, présenté en annexe de la loi de financement de la sécurité sociale publiée au Journal Officiel du 24 décembre 2002, parle ainsi d'une « nouvelle gouvernance » du système de santé et d'assurance maladie ; la réforme des hôpitaux annoncée en juin 2003 entend pour sa part promouvoir une nouvelle « gouvernance hospitalière » etc...

³⁸ P. MOREAU DEFARGES, *op. cit.* p. 63.

à ces principes, mais bien au contraire une attention plus soutenue portée aux garanties juridiques, à travers l'approfondissement des implications de l'État de droit ; la bonne gouvernance vient ainsi en renfort de l'orthodoxie juridique.

Contrairement aux apparences, la gouvernance ne reste donc pas étrangère au monde du droit : non seulement elle tend irrésistiblement à se juridiciser, par le biais de la procéduralisation et de la contractualisation, mais encore elle influe sur la conception du droit, en favorisant la promotion d'un droit négocié et souple, aux antipodes du droit de commandement traditionnel. Néanmoins, le « droit de gouvernance » ne saurait être conçu comme un modèle juridique alternatif : la gouvernance se coule dans le moule du droit existant, dont elle modifie seulement les conditions d'élaboration et la portée normative ; et elle prend aussi appui sur la rationalité juridique classique. Sous ces réserves et avec ces limites, le concept de gouvernance n'en est pas moins de nature à éclairer certaines des transformations du droit dans les sociétés contemporaines.