droit et société

La gouvernance publique

Daniel Mockle

Série droit

62

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

droit et société

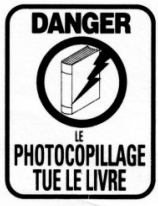
La gouvernance publique

Daniel Mockle

Série droit

62

LGDJ un savoir-faire de Lextenso



© 2022 Droit et Société
Directeur fondateur des collections : André-Jean ARNAUD
Directeurs : Vincent SIMOULIN, Jacques COMMAILLE & Philippe RAIMBAULT
Diffusion : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,
Lextenso, 1 Parvis de la Défense – 92044 Paris la Défense Cedex
EAN : 9782275114934

Le contenu de cet ouvrage n'engage que ses auteurs.

À Hélène

Remerciements

Ces travaux de recherche ont bénéficié du soutien du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSHC) pour les textes qui forment la deuxième partie de l'ouvrage. Sur le thème du « Droit administratif et du nouveau constitutionnalisme », une première subvention remonte à 2004. L'auteur remercie particulièrement François Roch pour les recherches menées en 2004-2005, ainsi que Marie Carpentier pour celles effectuées en 2006-2007. En fonction du thème « Les changements de paradigme dans la rationalisation de la justice », une seconde subvention a été obtenue en 2010. L'auteur remercie Xavier Mondor, Philippe Tousignant, Pascal Marchi, Vanessa Tanguay, Mathieu Vespa et Richard-Alexandre Laniel pour plusieurs travaux de recherche afin de repérer des sources pertinentes. L'auteur remercie le CRSHC pour cet appui, ainsi que pour le respect intégral de la liberté académique des chercheurs. Pour le premier texte de cet ouvrage, l'auteur remercie également Alexis Richard pour les recherches effectuées en 2012 en matière de philosophie politique afin de faire une analyse plus approfondie des références classiques dans ce domaine. Cette collaboration a été stimulante car elle aura permis d'effectuer une relecture d'ouvrages connus de l'auteur en ciblant de façon plus spécifique le bon gouvernement, ainsi que d'autres dimensions liées à cette thématique. En remerciant ainsi tous ceux et celles qui ont participé à ces travaux de recherche, l'auteur assume néanmoins la responsabilité des analyses proposées.

L'auteur remercie particulièrement les *Cahiers de Droit* de la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec) qui offrent la possibilité de récupérer, après une année, les textes dont ils assurent la diffusion. Cette politique favorable à tous les auteurs a ainsi permis la publication de trois textes qui figurent dans cet ouvrage : « La constitutionnalisation des mécanismes et des principes de bon gouvernement en perspective comparée », dans *Cahiers de Droit*, 51, 2, 2010, p. 245-352 ; « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », dans *Cahiers de Droit*, 54, 4, 2013, p. 613-688 ; « Le principe général du bon gouvernement », dans *Cahiers de Droit* 60, 4, 2019, p. 1031-1086. Tous les textes publiés par cette revue font l'objet d'une révision linguistique (travail indépendant fait par une jurilinguiste) et toutes les références font l'objet d'une vérification. Enfin, les textes retenus pour publication ont fait l'objet d'une évaluation par les pairs sous le couvert de l'anonymat. L'auteur remercie également Élisabeth Zoller et Gilles J. Guglielmi pour avoir aimablement permis de reprendre un texte paru dans l'ouvrage *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne* dont ils ont assumé la direction et qui a été publié aux Éditions Panthéon-Assas en 2014.

À l'exception de l'introduction générale et de la conclusion, les textes qui composent cet ouvrage ont fait l'objet d'un laborieux travail de mise à jour.

L'auteur exprime sa gratitude au Département des Sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal pour deux subventions obtenues pour la préparation du manuscrit et les frais de publication. Pour l'élaboration technique du manuscrit, l'auteur remercie particulièrement Simon Saint-Onge.

Sommaire

Introduction générale..... 11

Première partie – La reconnaissance explicite des principes de bonne gouvernance 37
Chapitre 1 : Le principe général du bon gouvernement et la nouvelle gouvernance publique : entre atrophie et réinvention..... 41
Chapitre 2 : Les principes de la nouvelle gouvernance publique 89

Deuxième partie – L'application différenciée des principes..... 111
Chapitre 3 : La constitutionnalisation des mécanismes et principes de bonne gouvernance en perspective comparée..... 115
Chapitre 4 : La justice, l'efficacité et l'imputabilité 207

Conclusion générale 273
Bibliographie thématique 283
Administration publique et administration de la justice 283
Droit, droit public et perspectives externes sur le droit 291
Science politique, philosophie politique et contributions à l'interdisciplinarité..... 299
Table des matières..... 305

Introduction générale

En dépit de son apparente simplicité, la gouvernance reste un sujet difficile. Comme en témoigne la diffusion d'une encyclopédie de la gouvernance en 2007 avec plus de cinq cents entrées [1], la croissance numérique des contributions sur cette thématique ne facilite pas son unité conceptuelle. À l'origine, dans la perspective des orientations définies par la Banque mondiale sous forme de critères (*indicators*), le mode de fonctionnement des États était directement visé pour une « bonne gestion du développement » [2]. D'emblée, la gouvernance a présenté une dimension publique qui est devenue plus visible avec la publication d'ouvrages où le fonctionnement de l'État constitue le principal objet d'analyse [3]. Mais dans la mesure où la gouvernance a connu un immense succès, cette dimension publique est devenue moins évidente. La gouvernance d'entreprise, la gouvernance corporative (*corporate governance*), la cybergouvernance, la gouvernance associative (*collaborative governance*), ainsi que la gouvernance internationale, en sont des exemples. La gouvernance a été analysée comme un phénomène éminemment politique qui semblait irréductible à la rationalité du droit [4]. Si la science politique joue un rôle important dans l'analyse de ce phénomène [5], l'insistance sur « la bonne gouvernance » a permis de mieux cerner son identité et

1. Mark BEVIR (dir.), *Encyclopedia of Governance*, 2 volumes, Sage, Londres / Berkeley (CA), 2007.
2. Helmuth K. ANHEIER, Matthias HABER et Mark A. KAYSER, *Governance Indicators: Approaches, Progress, Promise*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
3. Par ordre chronologique : Jon PIERRE et B. Guy PETERS, *Governance, Politics and the State*, Macmillan, Londres, 2000 ; Arnaud CABANES, *Essai sur la gouvernance publique*, Gualino, Paris, 2004 ; Ron HODGES (dir.), *Governance and the Public Sector*, Elgar, Cheltenham (GB), 2005 ; Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État. La question du droit dans la gouvernance publique*, Bruylant, Bruxelles, 2007 ; Mark BEVIR (dir.), *Public Governance*, Sage, Berkeley (CA) / Londres, 2007 ; Stephen BELL et Andrew HINDMOOR, *Rethinking Governance: the Centrality of State in Modern Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009 ; Stephen P. OSBORNE (dir.), *The New Public Governance? Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*, Routledge, Londres / New York, 2010 ; Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Éditions Revue de Droit, Sherbrooke (QC), 2011 ; Paul Dragos ALIGICA, Peter J. BOETTKE et Vlad TARKO, *Public Governance and the Classical-Liberal Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2019 ; Jacob TORFING et al., *Public Governance Paradigms Competing and Co-Existing*, Edward Elgar Publ., Cheltenham (GB) / Northampton (MA), 2020 ; Paul JOYCE et al. (dir.), *Good Public Governance in a Global Pandemic*, IIAS Public Governance Series, Bruxelles, 2020.
4. Les principaux concepts ne relèvent pas forcément du droit comme en témoignent les « *key concepts* » recensés par Mark BEVIR, *Key Concepts in Governance*, Sage, Los Angeles, 2009.
5. B. Guy PETERS, « Governance as Political Theory», dans David LEVI-FAUR (dir.), *The Oxford Handbook of Governance,* Oxford University Press, Oxford / New York, 2012, p. 19. La revue

son contenu, notamment par l'énumération de ses antonymes, comme la corruption et le népotisme. Quelques principes (*normative principles*) apparaissent de façon récurrente : la transparence, la redevabilité ou l'imputabilité (*accountability*), l'efficacité et l'impartialité à des fins de « bonne gouvernance » [6]. La notoriété de ces principes a contribué de façon substantielle à un décentrement vers les sciences de la gestion. Peu importe la nature publique ou privée des organisations, la nécessité de revoir leur mode de fonctionnement a favorisé l'essor de mécanismes issus du management. Dans plusieurs ouvrages, la gouvernance publique et le management public constituent le cadre d'une analyse unifiée [7].

En dépit de cette orientation, la gouvernance offre des dimensions qui dépassent le fonctionnement des États, tant pour les modalités de leur organisation, que pour celles de l'action publique [8]. La gouvernance de l'internet et du cyberespace en est un bon exemple [9], bien que l'évolution de ce domaine soit marquée de plus en plus par un contrôle accru de l'État et des États, tant au niveau national que supra-national [10], ainsi que par la transformation numérique des services publics [11]. La gouvernance des mers et des océans en offre un autre exemple, avec une dimension publique évidente compte tenu des enjeux juridiques et environnementaux [12]. La gestion de biens communs et de ressources naturelles peut également faire l'objet d'une analyse centrée sur la gouvernance [13]. Cette analyse de la gouvernance correspond à une orientation particulière qui est connue, soit celle d'un décentrement de l'action publique au-delà de l'État en vue de décrire un processus de coordination entre des acteurs, des groupes sociaux, ainsi que des

Governance (Oxford) a démarré en 1998. Elle est présentée sous les rubriques *Political Science & Studies*, ainsi que *Public Policy & Administration*. La *Revue Gouvernance / Governance Review* est diffusé depuis 2004 par le Centre d'études en gouvernance de l'Université d'Ottawa (CDN). La revue *Regulation and Governance* est diffusée par Wiley (NJ) depuis 2007, et *Politics and Governance* (diffusée par Cogitatio) qui est davantage une revue européenne, a produit son premier numéro en 2013.

6. Jan TEORELL, « Good Governance », dans Bertrand BADIE et al. (dir.), *International Encyclopedia of Political Science*, Sage, Berkeley (CA), disponible en ligne ; Bo ROTHSTEIN, « Good Governance », dans David LEVI-FAUR (dir.), préc., note 5, p. 143 à la p.147 (Good governance as absence of corruption) et p. 150 (Good governance as government efficiency).
7. Tony BOVAIRD et Elke LOEFFLER (dir.), *Public Management and Governance*, 3e éd., Routledge, Londres / New-York, 2016 ; Paul JOYCE (dir.), *Governance and Public Management*, Palgrave Macmillan, Londres, 2021.
8. Philippe MOREAU DESFARGES, *La gouvernance*, PUF, Paris, 2003 ; Anne M. KJAER, *Governance*, Polity Press, Malden (MA), 2004.
9. Luca BELLI, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Berger-Levrault, Paris, 2016.
10. Le Parlement européen a adopté le 14 avril 2016 le *Règlement général sur la protection des données* (RGPD) qui est devenu directement applicable dans l'ensemble des États membres de l'Union le 25 mai 2018 : *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, J.O. de l'Union européenne, 59e année, L. 119, 4 mai 2016.
11. Michael E. MILAKOVICH, *Digital Governance. New Technologies for Improving Public Services and Participation*, Routledge, Londres / New-York, 2011.
12. André MONACO et Patrick PROUZET (dir.), *Governance of Seas and Ocean*, Wiley, 2015.
13. Laurent BAECHLER et Elinor OSTROM, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, Bruxelles, 2010.

organismes publics et privés, en vue de définir des objectifs et d'atteindre des résultats discutés collectivement, d'où l'idée de *collaborative governance* [14]. Cette notion est apparue comme le prolongement de la thématique de la démocratie participative née quelques décennies auparavant [15]. La démocratie participative, ou démocratie citoyenne, n'en est pas moins restée un champ d'étude spécifique, sans passage obligé par le cadre conceptuel de la gouvernance [16]. Dans une perspective de science politique, mais aussi de droit public, elle représente une thématique autonome [17]. Malgré cette différence dans les approches

14. Jan KOOIMAN (dir.), *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, Sage, Londres / Newbury Park (CA), 1993 ; Roderick A. W. RHODES, *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Open University Press, Buckingham (PA), 1996 ; Christopher ANSELL, « Collaborative Governance », dans David LEVI-FAUR (dir.), préc., note 5, p. 498. Dans une perspective plus proche du droit administratif américain : Jody FREEMAN, « Collaborative Governance in the Administrative State », dans *University of California at Los Angeles L. Rev.*, 45, 1997, p. 1.
15. Carole PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970 ; Benjamin BARBER, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, Los Angeles, 1984 (Traduction : *Démocratie forte*, Desclée de Brouwer, Paris, 1997).
16. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997, p. 311 (La politique délibérative – Un concept procédural de démocratie) ; Michael GOLD (dir.), *New Frontiers of Democratic Participation at Work*, Routledge, Londres, 2003 ; Jean-Pierre GAUDIN, *La démocratie participative*, Armand Colin, Paris, 2007 ; Loïc BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie*. *Actualité de la démocratie participative*, Seuil, Paris, 2008, à la p. 15 (Le nouvel impératif participatif).
17. Aurélie DUFFY-MEUNIER (dir.), *Quels espaces pour la démocratie participative ? Perspectives comparées*, Mare & Martin, Paris, 2021 ; Collectif, *La démocratie participative*, dans *Pouvoirs*, 175, 2020 ; Marie-Hélène BACQUÉ et Yves SINTOMER (dir.), *La démocratie participative. Histoire et généalogie*, La Découverte, Paris, 2011. Avec la thématique de la « démocratie administrative », il est possible de remonter plus en amont. Pour la France : Bruno DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », dans *RFAP*, 2011, p. 21 à la p. 28 (travaux de Jean Rivero). Pour le monde anglo-américain : Jerry FRUG, « Administrative democracy », dans *University of Toronto Law J.*, 40, 1990, 559 ; Dwight WALDO, « Development of Theory of Democratic Administration », dans *American Political Science Rev.*, 46, 1952, p. 81.

des contributions ont visé explicitement la gouvernance dans sa dimension démocratique et participative [18], ainsi que citoyenne [19] et interactive [20].

Malgré ces dimensions plus générales, la gouvernance publique est devenue un champ spécifique d'études pour la science politique, l'administration publique, le management public, et dans une mesure moindre, pour le droit public [21]. Depuis plus d'une décennie, l'OCDE publie des études sur la gouvernance publique [22], avec une majorité de monographies ayant pour objet le fonctionnement d'un État [23]. Au niveau national, des programmes d'études spécialisées ont été créés (*Schools of Governance* pour tous les cycles) [24], ainsi que des instituts

18. James G. MARCH et Johan P. OLSEN, *Democratic Governance*, Free Press, New York, 1995 ; Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, Éditions Revue de Droit, Sherbrooke (QC), 2011, à la p. 307 (gouvernance réflexive) ; Pierre de MONTALIVET (dir.), *Gouvernance et participation*, Bruylant, Bruxelles, 2011 ; Amit RON, « Modes of Democratic Governance », dans David LEVI-FAUR (dir.), préc., note 5, p. 472 ; Frank FISCHER, « Participatory Governance : From Theory to Practice », dans David LEVI-FAUR (dir.), préc., note 5, p. 457, à la p. 463 (Empowered Participatory Governance) ; André-Jean ARNAUD, *La gouvernance. Un outil de participation*, LGDJ /Lextenso, Paris, 2014 ; Hubert HEINELT (dir.), *Handbook on Participatory Governance*, Edward Elgar, Cheltenham (GB) / Northampton (MA), 2018 ; Stephen ELSTUB et Oliver ESCOBAR (dir.), *Handbook of Democratic Innovation and Governance*, Edward Elgar, Cheltenham (GB) / Northampton (MA), 2019.
19. Susan D. PHILLIPS, « The New Citizenship and Governance : Alternative Intersections », dans David LEVI-FAUR (dir.), précité note 5, p. 485 ; Gilles J. GUGLIELMI et Élisabeth ZOLLER (dir.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne,* Éds. Panthéon-Assas, Paris, 2014.
20. Jacob TORFING et al., *Interactive Governance. Advancing the Paradigm*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
21. Mark BOVENS, Paul HART et B. Guy PETERS (dir.), *Success and Failure in Public Governance: a Comparative Analyzis*, Edward Elgar, Cheltenham (GB) / Northampton (MA), 2001; Mark BEVIR, *Public Governance*, préc. note 2 ; Ali FARAZMAND (dir.), *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance*, Springer, Berlin, 2018, 8 volumes (cet ouvrage a également été publié en espagnol avec M. O. GAMBI, *Enciclopedia Global de Administration Publica, Politicas Publicas y Gobernanza*, Springer, 2018) ; Ali FARAZMAND et Jack PINKOWSKI (dir.), *Handbook of Globalization, Governance and Public Administration*, Routledge, New-York, 2006 (50 contributions).
22. Pour les pays francophones : ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, *Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique*, disponible en ligne. L'usage de l'anglais est plus répandu (OECD *Public Governance Review*), avec néanmoins une liste importante de documents pour les pays hispanophones (*Estudios de la OECD sobre Gobernanza Publica*).
23. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique : France. Une perspective internationale sur la Révision générale des politiques publiques,* Paris, Publications de l'OECD, 2012.
24. À titre d'exemple, la North Rhine-Westfalia Shool of Governance a été créée en 2006 à l'Université de Duisburg-Essen. L'OCDE a développé un « Global Network of Schools of Government ».

à des fins de réflexion et de coordination [25]. Sur le plan académique, la gouvernance publique est présentée comme « un domaine d'étude interdisciplinaire » [26]. Elle peut ainsi faire l'objet de contributions suivant des exigences propres à plusieurs disciplines, la science politique étant néanmoins la plus active dans ce domaine [27]. Elle peut être déclinée en fonction de tous les domaines de l'action publique, comme par exemple, la gouvernance territoriale [28], la gouvernance environnementale [29] et la gouvernance de la santé [30].

Avant les événements associés à la pandémie de Covid-19 en 2020 et 2021, la gouvernance publique était devenue prépondérante afin de mesurer les orientations et les mécanismes associés au phénomène contemporain de la gouvernance. Ce changement de perspective doit être relevé dans la mesure où quelques travaux issus de la décennie quatre-vingt dix opposait, en quelque sorte, la gouvernance au gouvernement [31]. Il n'est plus possible de nourrir ce type d'illusions dans un contexte de raidissement des enjeux sécuritaires (sécurité environnementale, sécurité alimentaire, sécurité énergétique, sécurité des frontières, sécurité sanitaire) où le rôle des États est devenu prépondérant [32]. En dépit de ce contexte, un certain recul reste nécessaire, car avant 2020, une approche plus nuancée par rapport à la thématique « governance without state » a émergé afin de réserver à

25. INSTITUT FRANÇAIS DE GOUVERNANCE PUBLIQUE, *Livre blanc de la gouvernance publique. De l'action publique performante à la démocratie refondée*, Éds. Edilivre, Paris, 2019 (cet ouvrage regroupe en grande partie des contributions de personnes exerçant ou ayant exercé des responsabilités publiques en France). Au Canada, l'Institut sur la gouvernance / Institute on Governance existe depuis 1990. Ses travaux visent les administrations publiques. Au Québec, l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques (IGOPP) a été créé en 2005 à Montréal. Les publications disponibles sur le site WEB reflètent la distinction faite entre les organisations publiques et privées; Institut sur la gouvernance d'organisations publiques et privées, en ligne : <https://igopp.org>.
26. Benoît RIGAUD, « Gouvernance publique », dans ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE, *Dictionnaire encyclopédique de l'administration publique*, Montréal, disponible en ligne.
27. Morton EGEBERG et Jarle TRONDAL, *An Organizational Approach to Public Governance: Understanding and Design*, Oxford University Press, Oxford, 2018 ; Paul Dragos ALIGICA et al., *Public Governance and the Classical – Liberal Perspective,* préc., note 3.
28. Romain PASQUIER, Vincent SIMOULIN et Julien WEISBEIN (dir.). *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, LGDJ, Paris, 2013.
29. Adil NAJAM, Mihaela PAPA et Nadaa TAIYAB, *Global Environmental Governance. A Reform Agenda*, International Institute for Sustainable Development / Institut international du développement durable, Winnipeg (CDN), 2006.
30. Patricia SIWEK, *Gouvernance de la santé, les acteurs institutionnels*, Le Coudrier, Lyon, 2011 ; Ramiro AURIN (dir.), *La gobernanza en la salud publica. Ideologia o excelencia?*, Almazura, Cordoue, 2017.
31. Roderick A. W. RHODES, « The New Governance: Governing without Government », dans *Political Studies,* 44/4, 1996*,* p. 652 ; B. Guy PETERS et Jon PIERRE, « Governance without Government? Rethinking Public Administration », dans *Journal of Public Administration Research and Theory*, 8/2, 1998, 223.
32. Sur les enjeux sécuritaires, voir notamment : Alexandra GHECIU et William C. WOHLFORTH (dir.), *The Oxford Handbook of International Security,* Oxford University Press, Oxford, 2018 (48 contributions) ; John L. CAMPBELL et John A. HALL, *The World of States*, Bloomsbury, Londres, 2015.

des espaces géographiques spécifiques cette problématique de relativisation de l'État [33].

I. La nouvelle gouvernance publique

Fait plus significatif, la gouvernance publique est également devenue un objet d'étude à titre de « nouvelle gouvernance publique » [34], ce qui oblige à réfléchir sur le sens de cette évolution. En France, la question avait été formulée dès 2005 [35]. Cette nouvelle orientation a déjà fait l'objet de nombreuses contributions. L'évolution de l'action publique a été marquée par le développement de la contractualisation, de la réglementation intelligente, des formules de rechange (engagements volontaires, normes de substitution, réglementation négociée), des outils de gouvernance, ainsi que par l'utilisation des mécanismes de la nouvelle gestion publique qui mettent en lumière le recours à la planification stratégique et l'élaboration de documents de type « stratégies ». De même, les modalités propres à l'organisation et au fonctionnement des administrations publiques ont été revues afin d'introduire de nouvelles formules comme les agences qui sont orientées vers la mise en œuvre de la nouvelle gestion publique avec des objectifs et des indicateurs de rendement, ainsi que les partenariats public-privé. Si l'attrait de la « nouveauté » reflète ces transformations, c'est en réalité la diversification croissante des mécanismes qui caractérise cette évolution, par rapport au modèle précédent, que par commodité, et avec les nuances requises, nous pouvons décrire à titre de « modèle classique ».

La progression de cette nouvelle gouvernance publique se traduit par l'ascension de « nouveaux » principes transversaux qui ne relèvent plus d'une seule discipline. Les travaux de la Commission de Venise sur les notions de « bonne gouvernance » et de « bonne administration » offrent des pistes de réflexion pour établir une typologie. Dans son analyse du concept de bonne gouvernance, la

33. Thomas RISSE (dir.), *Governance Without a State? Policies and Politics in Areas of Limited Statehood*, Columbia University Press, New York, 2011 ; Anke DRAUDE, Tanja A. BÖRZEL et Thomas RISSE (dir.), *The Oxford Handbook of Governance and Limited Statehood,* Oxford University Press, Oxford, 2018.

34. Stephen P. OSBORNE, précité note 3 ; Douglas F. MORGAN et Brian J. COOK (dir.), *New Public Governance. A Regime-Centered Perspective*, Routledge, New-York, 2014 ; Stephen P. OSBORNE et Zoe RADNOR, « The New Public Governance and Innovation in Public Services », dans Jacob TORFING et Peter TRIANTAFILLOU (dir.), *Enhancing Public Innovation by Transforming Public Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 54 ; Jacob TORFING et Peter TRIANTAFILLOU, « What's in a name? Grasping new public governance as a political-administrative system », dans *International Review of Public Administration*, 18/2, 2013, 9. Sur cette perspective de nouveauté en France : André BARILARI et Michel BOUVIER, *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'État*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2010 ; Yves CHAPPOZ et Pierre-Charles PUPPION, « Une nouvelle gouvernance et de nouvelles politiques publiques territoriales », dans *Gestion et Management public*, 2013/4, 2, p. 1.

35. Sylvie TROSA et Bernard PERRET, « Vers une nouvelle gouvernance publique? La nouvelle loi budgétaire, la culture administrative et les pratiques décisionnelles », dans *Esprit*, 2005, 312, p. 65.

Commission constate que la responsabilité, la transparence et la participation sont les éléments qui sont prépondérants dans les références des acteurs internationaux [36]. Prudente, la Commission énumère de façon plus exhaustive ces éléments qui, outre les précédents, incluent l'efficience, l'effectivité, l'ouverture, la prévisibilité, l'État de droit, la cohérence, l'équité, l'intégrité (la lutte contre la corruption), la célérité (la conclusion des procédures dans des délais raisonnables), la protection des droits de l'Homme et la simplification des procédures. Elle ne les définit pas comme des principes, contrairement à l'initiative de la Commission européenne qui, dans le Livre blanc de 2001 sur la gouvernance européenne, avait identifié cinq principes de « bonne gouvernance » : l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence [37].

Mais au-delà de ces approches institutionnelles, des principes de bonne gouvernance font désormais l'objet d'une reconnaissance explicite dans de nouvelles constitutions nationales, notamment celles du Maroc (2011) et de la Tunisie (2014). Comme ce sont les services publics et l'administration publique qui sont visés, il est possible, sur le plan chronologique, de remonter à la Constitution de 1996 de l'Afrique du Sud. Au chapitre 10, elle reconnaît l'existence de *Basic values and principles governing public administration*. L'article 195 énumère des principes (*principles*) qui correspondent aux orientations contemporaines de la gouvernance publique, notamment la transparence, l'*accountability*, la participation, l'efficience, l'impartialité, la neutralité et l'intégrité [38]. Le Titre XII de la Constitution marocaine énumère des « principes généraux » pour les services publics, en indiquant qu'« Ils sont soumis aux normes de qualité, de transparence, de reddition des comptes et de responsabilité » (art. 154). En contrepartie, « les agents des services publics exercent leurs fonctions selon les principes de respect de la loi, de neutralité, de transparence, de probité et d'intérêt général » (art. 155). Le contrôle et l'évaluation dans la gestion des deniers publics est prévu à l'article 156. Enfin, « une charte des services publics fixe l'ensemble des règles de bonne gouvernance » (art. 157) [39]. De ces énumérations, il faut retenir que l'affirmation de quelques principes qui vont dans le sens de la continuité et que la « nouveauté » n'est pas forcément une dimension déterminante. Le Titre premier de la Constitution tunisienne énumère « des principes généraux », notamment, pour l'administration publique, « les principes de neutralité, d'égalité et de continuité du service public, conformément aux règles de transparence, d'intégrité, d'efficacité et de responsabilité » (article 15) [40]. En revanche, d'autres

36. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Bilan sur les notions de « bonne gouvernance » et de « bonne administration »*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, Étude n° 470 / 2008.
37. COMMISSION EUROPÉENNE, *Gouvernance européenne – un Livre blanc*, Bruxelles, 25 juillet 2001, disponible en ligne.
38. *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, Act. No. 108 of 1996, dans *Government Gazette*, 17678, 378, 18-12-1996. Sous forme d'ouvrage: *Constitution of the Republic of South Africa*, *1996*, 14e éd., Juta Law, Le Cap, 2017.
39. *Constitution du Maroc*, Dahir no. 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la constitution.
40. *Constitution de la République tunisienne du 27 janvier 2014*.

constitutions récentes se limitent à énoncer le respect des exigences de bonne gouvernance dans la conduite des affaires publiques, comme c'est le cas pour le Sénégal (2001) [41], la Côte d'Ivoire (2016) [42], ainsi que la Thaïlande (2017) [43]. La reconnaissance de ces principes n'est pas un phénomène universel. Elle peut néanmoins être reproduite dans plusieurs aires géographiques.

L'explicitation de principes de bonne gouvernance caractérise également le renouveau constitutionnel au sein du Commonwealth. En 2010, le Kenya a énuméré quelques principes (*good governance, integrity, transparency, accountability*) [44], suivi sur ce plan par le Zimbabwe en 2013 (*transparency, justice, accountability, responsiveness*) [45] et les îles Fidji en 2013 qui ont reconnu plusieurs principes fondateurs parmi lesquels figurent ces références : *good governance, separation of powers, transparency, accountability* [46]. Si cette évolution confirme le rayonnement et l'influence de la Constitution de 1996 de l'Afrique du Sud, elle montre également que ces éléments de référence sont reconnus à titre de « principes ». Dans la mesure où le terme « *values* » conserve une place importante en monde anglophone [47], la place grandissante des « *principles* » dans l'architecture formelle des constitutions doit être soulignée. Au Canada, pour les fins du droit constitutionnel, la Cour suprême utilise le terme « principes » dans les deux versions officielles (français et anglais) de ses arrêts depuis 1998 [48]. Ce terme constitue ainsi la référence [49] même si d'autres référents comme « values » et « standards » sont utilisés ailleurs [50]. Le terme « *values* » a une sens spécifique en anglais, plus proche de « *moral values* », et sa traduction littérale en français n'est

41. *Loi no. 2001-03 du 22 janvier portant constitution modifiée*, dans *JORS*, numéro spécial 5963 du 22 janvier 2001, 27, Préambule (transparence et principe de bonne gouvernance).
42. *Loi no.2016-886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'ivoire, J.O. du 9 novembre 2016*, 129, art. 41.
43. « in accordance with the principles of good public governance» ; *Thailand's Constitution of 2017*, art. 76. Sur le caractère syncrétique de la constitution thaïlandaise, voir Eugénie MERIEAU, *Constitutional Bricolage. Thailand's Sacred Monarchy vs. The Rule of Law*, Bloomsbury, Londres, 2021.
44. *Constitution of Kenya 2010*, art. 10 (2) c).
45. *Zimbabwe's Constitution of 2013*, art. 3 (2) g) (*Founding Values and Principles*).
46. *Constitution of the Republic of Fiji* 2013, art. 1 f) et g).
47. À titre d'exemple : Rosalind DIXON (dir.), *Australian Constitutional Values*, Hart, Oxford, 2018. Pour la distinction entre *values* et *principles*, voir : Gary J. JACOBSOHN, « Constitutional Values and Principles », dans Michel ROSENFELD et András SAJÓ (dir.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 777.
48. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 2 R.C.S. 1998, p. 217, par. 49 (analyse des principes constitutionnels).
49. Sur les principes, voir Jean LECLAIR, « Constitutional Principles in the Secession Reference », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Con*stitution, Oxford University Press, New York, 2017, p. 1009 ; Jean LECLAIR, « Unwritten Constitutional Principles : The Challenge of Reconciling Political and Legal Constitutionalisms », dans *Revue de droit de McGill*, 64, 2019, p. 153.
50. Mathieu DISANT, Gregory LEWKOWICZ et Pauline TÜRK (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

pas exempte de difficultés, car les « valeurs » sont associées à des préférences subjectives [51].

II. L'identité juridique de la gouvernance publique

Si l'évolution du droit constitutionnel confirme l'existence de ces principes, l'identité juridique de la gouvernance publique n'en est pas pour autant simplifiée. Des dimensions plus générales relèvent de la science politique, notamment en administration publique. Les recherches récentes montrent son caractère multidimensionnel, mais aussi son potentiel fédérateur pour des domaines qui ont de la diffculté à déterminer des points de convergence [52]. En ayant recours à la métaphore du diamant, des chercheurs scandinaves ont mis en lumière la coexistence de plusieurs types de paradigmes, qui sans être forcément contradictoires, correspondent à plusieurs types de finalité dans la perspective de la gouvernance publique [53]. En reprenant les thèses formulées par Pollitt et Bouckaert [54], ils montrent la pérennité des composantes classiques du modèle wébérien (notamment la réaffirmation du rôle du droit administratif et la préservation du statut distinct du service public), auxquelles s'ajoutent des éléments de type « néo » où l'on retrouve plusieurs caractéristiques de la nouvelle gouvernance publique qui est davantage orientée vers les citoyens en termes de services et de consultation, mais également vers des mécanismes d'évaluation des résultats [55]. La pression à l'innovation est considérable pour les administrations publiques [56]. Le modèle classique de la gouvernance publique est loin d'être désuet, mais il est désormais infléchi par ces nouvelles dimensions. Dans cette perspective évolutive, deux professeurs coréens ont proposé une typologie ordonnée suivant trois modèles fondamentaux : la gouvernance proprement juridique (*legal governance*) issue du modèle wébérien, la gouvernance axée sur l'évaluation des organisations

51. À titre d'exemple, pour la Cour suprême du Canada : Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les voies du droit », PUF, Paris, 1997. Pour le droit britannique, voir : Rachel CAHILL-O'CALLAGHAN, *Values in the Supreme Court. Decicions, Division and Diversity*, Bloomsbury, Londres, 2021.
52. Pour la thématique générale de la gouvernance : Laurence E. LYNN Jr, « The Many Faces of Governance : Adaptation? Transformation? Both? Neither? », dans David LEVI-FAUR (dir.), préc., note 5, p. 49, à la p. 50 (What is New Governance?). Pour les relations entre les champs de l'administration publique et du droit : Dacian C. DRAGOS et Philip M. LANGBROEK, « Law and Public Administration : A Love-Hate Relationship? », dans Edoardo ONGARO et Sandra VAN THIEL (dir.), *The Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe*, Volume 2, Palgrave Macmillan, Londres, 2018, p. 1067, à la p. 1074 (Good Governance as an Overarching Principle for Both Discilplines?).
53. Jacob TORFING et al., *Public Governance Paradigms. Competing and Co-Existing*, Edward Elgar, Cheltenham (GB) et Northampton (MA), 2020, à la p. 18 (The Public Governance Diamond).
54. Christopher POLLITT et Geert BOUCKAERT, *Public Management Reform: A Comparative Analysis of* NPM*, the Neo-Weberian State and New Public Governance*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2011.
55. Jacob TORFING, préc., note 53, à la p. 77.
56. Eva SORENSEN, « Governance and Innovation in the Public Sector », dans David LEVI-FAUR (dir.), préc., note 5, p. 215.

(*performance-based governance*), et enfin, la gouvernance participative ou associative (*consensus-oriented governance*) que nous avons déjà évoquée [57]. Ce sont ces deux dernières qui contribuent de façon substantielle à infléchir le modèle classique vers des mécanismes et des principes qui correspondent à la nouvelle gouvernance publique. S'il en résulte la perspective d'un modèle néo-wébérien en matière d'administration publique, le fait le plus important n'en reste pas moins que la nouvelle gouvernance publique est présentée comme une alternative (ou un ajout significatif) au nouveau management public [58].

Cette gouvernance juridique est désormais plus composite en associant les composantes classiques de l'action publique à des dimensions, qui sans être radicalement nouvelles, acquièrent une importance accrue, notamment l'expertise [59], l'élaboration du droit souple [60], la normalisation [61], la recherche de formules de substitution [62], ce qui correspond en grande partie à la formule retenue par Jacques Caillosse à propos de « l'outillage juridique de la gouvernance » [63]. Pour reprendre un constat déjà formulé par Jacques Chevallier, le « droit de gouvernance » n'est pas pour autant un modèle juridique alternatif [64]. À l'ère de la gouvernance, le droit administratif reflète des éléments de transformation, sans qu'il y ait pourtant rupture pour un autre type de droit administratif [65]. La gouvernance juridique forme un tout qui allie renouveau et continuité.

L'importance de la gouvernance juridique apparaît constante dans l'énumération des principes formulés par les organisations et les acteurs internationaux. Une « bonne gouvernance publique » présuppose des acquis fondamentaux : l'État de droit et la *Rule of Law*, la séparation des pouvoirs, la protection des droits et libertés, l'indépendance du système judiciaire, pour ne donner que ces exemples. Caractérisée par la prépondérance de ses caractéristiques juridiques,

57. Dongsung KONG et Kiwoong YOON, « Modes of Public Governance: A Typology Toward a Conceptual Modeling », dans *World Political Science Review*, 14, 2018, p. 145.
58. Jacob TORFING, préc., note 53, à la p. 125 ; Douglas F. MORGAN et Brian J. COOK, préc., note 34 ; Jacob TORFING et Peter TRIANTAFILLOU, préc., note 34. Les plus récentes recherches montrent la recherche de solutions alternatives au NMP : Christopher ANSELL et Jacob TORFING, *Public Governance as Co-Creation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021. Pour un tableau comparatif, voir Erik Hans KLIJN, « New Public Management and Governance: A Comparison », dans David LEVI-FAUR (dir.), préc., note 5, 201, à la p. 209.
59. Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 25 et s.
60. Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ / Bruylant, Paris / Bruxelles, 2009.
61. Hélène AUBRY et al., *La normalisation en France et dans l'Union européenne. Une activité privée au service de l'intérêt général ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 2012 ; Valérie LASSERRE, préc., note 59, p. 205 et s. ; Alice TURINETTI, *La normalisation. Étude en droit économique*, Connaissances et Savoirs, Paris, 2018.
62. Daniel MOCKLE, préc., note 5, à la p. 71 (recherche de solutions de rechange à la réglementation).
63. Jacques CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, 2e éd., LGDJ, Paris, 2017, à la p. 124.
64. Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », dans les *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 189, à la p. 207.
65. Henri BOUILLON, *Le droit administratif à l'ère de la gouvernance. Les idées politiques du droit administratif*, Mare et Martin, Paris, 2021, à la p. 182.