



---

**Chaire de Recherche du Canada  
en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie**  
<http://www.chaire-mcd.ca/>

## DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA CHAIRE MCD

—  
**numéro 2004-02**

*Les idées exprimées dans ce document n'engagent que l'auteur. Elles ne traduisent en aucune manière une position officielle de la Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie.*

**Chaire de Recherche du Canada  
en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie**

Université du Québec à Montréal  
CP 8888, succursale Centre-Ville  
Montréal, Québec  
CANADA H3C 3P8



**DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA Chaire MCD – 2004-02**  
Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie  
<http://www.chaire-mcd.ca/>

**DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA CHAIRE MCD**

**DROIT & GOUVERNANCE :  
VERS UNE « PRIVATISATION » DU DROIT**

**LAW & GOVERNANCE:  
TOWARDS A “PRIVATIZATION” OF LAW**

Laurent Pech

Chercheur post-doctoral à la Chaire MCD

**Mars 2004**

N.B. La présente étude a inspiré la rédaction d'un article « Le droit à l'épreuve de la gouvernance » publié dans l'ouvrage dirigé par R. Canet et J. Duchastel, *La régulation néolibérale. Crise ou ajustement ?*, Montréal, Athéna éditions, à paraître en 2004.



## **SOMMAIRE**

**Introduction** : 1 à 9

### **I. – LA PRIVATISATION DE LA PRODUCTION NORMATIVE** : 10 à 35

- A. – La multiplication des producteurs de droit : 11 à 20
- B. – La multiplication des interactions dans les procédures d'élaboration du droit : 21 à 35

### **II. – LA PRIVATISATION DE L'APPLICATION DU DROIT** : 36 à 47

- A. – Le code de conduite, instrument privilégié du droit de la gouvernance : 37 à 40
- B. – Le pragmatisme, qualité privilégiée dans la mise en œuvre du droit de la gouvernance : 41 à 47

## **CONTENTS**

### **I. – THE PRIVATIZATION OF NORMATIVE PRODUCTION**

- A. – The multiplication of legal norm producers
- B. – The multiplication of interactions in law-making processes

### **II. – THE PRIVATIZATION OF LAW IMPLEMENTATION**

- A. – The Code of conduct, privileged tool of the Law of governance
- B. – Pragmatism as the privileged mode of implementing the Law of governance



## **RÉSUMÉ**

La mondialisation en affectant les modalités d'organisation et de fonctionnement des États, a fini par affecter les formes et les modalités de la régulation juridique obligeant à repenser le droit. C'est là qu'intervient la doctrine de la « gouvernance » en offrant un cadre de référence qui permet à la fois d'analyser et de justifier l'ensemble des évolutions et réformes qui conduisent à une remise en cause de la conception « moderne » du droit.

Notre hypothèse est qu'une conception néolibérale du droit est en voie de consolidation via la mise en œuvre des principes de la gouvernance, mise en œuvre portée, fortifiée, par les « juristes du marché ». Cette conception est le fruit du constat suivant : la crise de la régulation contemporaine dans un contexte où, à l'échelle supranationale, l'État-nation perdrait le contrôle de la règle de droit et où, à l'échelle nationale, le droit formel étatique tout comme les institutions de la démocratie représentative seraient marqués par leurs déficiences.

Ce constat légitime l'émergence d'un droit souvent qualifié de « post-moderne », reposant sur une légitimité procédurale. Mais la « privatisation » du droit ainsi autorisée, et qui peut être décelée tant au stade de la production normative qu'au stade de l'application des normes, peut faire l'objet de certaines réserves tant sur le terrain de la légitimité que de l'efficacité.



## **SUMMARY**

By upsetting the organizational and functional modes of States, globalization has finally disrupted the modes of legal regulation compelling us to rethink Law. The “governance” doctrine has played its role in the process, offering a conceptual model that helps to analyze and justify the trends and reforms that undermine the “modern” conception of Law.

Our working hypothesis is that a neoliberal conception of Law is being reinforced by the implementation of a “governance” set of principles. The neoliberal conception of Law is the product of the following diagnosis: the crisis in contemporary regulation in a context in which the Nation-State is losing control of normative production at the supranational level; whereas at the national level, the formal state law and institutions of representative democracy allegedly show their deficiencies.

This diagnosis justifies the emergence of a “Postmodern Law” whose legitimacy is essentially “procedural.” The “privatization” of the Law which has been consequently allowed, may however be questioned on legitimacy and efficiency grounds.



## DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA Chaire MCD – 2004-02

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie  
<http://www.chaire-mcd.ca/>

*« Je crois en Dieu et je crois dans le marché »,  
Kenneth Lay, dirigeant jusqu'en 2002 du groupe  
Enron (Entretien, *San Diego Union Tribune*, 2 fév.  
2001)*

*« Le problème quand on donne trop d'importance à  
l'argent, c'est que l'on n'en donne plus assez aux  
valeurs morales et chrétiennes », Calisto Tanzi,  
dirigeant jusqu'en 2004 de Parmalat (Cité dans *Le  
Monde*, 22 déc. 2003)*

*« But a Constitution is not intended to embody a  
particular economic theory, whether of paternalism  
and the organic relation of the citizen to the state or  
of laissez faire. It is made for people of  
fundamentally differing views, and the accident of  
our finding certain opinions natural and familiar,  
or novel, and even shocking, ought not to be  
conclude on judgment upon the question whether  
statutes embodying them conflict with the  
Constitution of the US », Juge Holmes (opinion  
dissidente, *Lochner v. People of State of New York*,  
198 U.S. 45 (1905), pp. 75-76)*



## DROIT & GOUVERNANCE : VERS UNE « PRIVATISATION » DU DROIT

Laurent PECH\*

**1. – La doctrine de la gouvernance.** – Le visage de la mondialisation libérale pour le droit, c'est la gouvernance ! Expliquons-nous. La mondialisation des échanges joint à l'influence du libéralisme économique, en affectant les modalités d'organisation et de fonctionnement des États<sup>1</sup>, a fini par affecter les formes et les modalités de la régulation juridique jusqu'à obliger « à repenser le droit »<sup>2</sup>. C'est là qu'intervient la doctrine de la

---

\* Docteur en droit (Faculté de droit, Aix-en-Provence, France), chercheur post-doctoral à la Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, UQAM. Pour toute discussion avec l'auteur : [laurentpech@aol.com](mailto:laurentpech@aol.com).

<sup>1</sup> La remise en cause des fonctions régulatrices de l'État, voir son existence en tant qu'ordre politique, par l'importance croissante des flux transnationaux de tout ordre tout comme la concurrence d'acteurs divers, a fait l'objet de très nombreuses études. Dans cette bibliographie immense, signalons pour une introduction aux enjeux de la mondialisation, l'ouvrage de P. de Senarclens, *La Mondialisation : théories, enjeux et débats*, 3<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2002. Pour une première mise en perspective de la reconfiguration, voir le dépassement du cadre étatique, cf. en anglais, J. Rosenau & E. Czempiel, *Governance without Government*, Cambridge University Press, 1992 ; S. Strange, *The retreat of the state*, Cambridge University Press, 1996 et en français, B. Badie, *Un Monde sans souveraineté : les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, 1999 ; J. Habermas, *Après l'État-nation - Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000 ; U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Aubier, 2003.

<sup>2</sup> J. Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in C.-A. Morand, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 38. Dans un très bel ouvrage, André-Jean Arnaud souligne avec force que « le juriste ne saurait donc faire l'impasse d'une réflexion sérieuse sur ce thème, tant il est vrai que c'est une véritable révolution qu'engendre la tendance affirmée à la globalisation dans le champ d'exercice, le mode de production et de mise en œuvre d'une régulation par le droit jusqu'ici réservée exclusivement aux États dans le cadre de leur souveraineté », *Critique de la raison juridique vol. 2 Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003, p. 12. L'auteur souligne également que « pour nous autres, juristes, l'enjeu véritable se situe au niveau de la découverte de la *raison* à l'œuvre dans ce nouveau type d'organisation et de régulation sociale. L'importance de la question réside dans le fait que, avec la globalisation, c'est d'un changement de paradigme qu'il s'agit », *op. cit.*, p. 43. On signalera également la belle synthèse opérée par J.-B. Auby pour qui la globalisation « s'est emparée et s'empare du droit, provoque en lui des phénomènes nouveaux de brassage, d'interconnection, de transversalité... qui transforment sa morphologie », *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003, p. 9.



« gouvernance » en offrant un cadre de référence qui permet à la fois d'analyser et de justifier les changements en cours.

Les tenants de cette doctrine plaident pour « un certain type d'organisation et de fonctionnement des appareils publics, mêlant des principes démocratiques et managériaux »<sup>3</sup>. D'abord influente au sein des organisations internationales à vocation économique<sup>4</sup>, la doctrine de la gouvernance démontre également son influence à l'échelle nationale<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> J.-B. Auby, « La bataille de San Romano », *Actualité juridique du droit administratif*, 2001, p. 914.

<sup>4</sup> Cf. également notre présentation dans le document de travail relatif à « L'Union européenne : entre "déficit démocratique" et nouvelle gouvernance » », octobre 2002, disponible sur le site de la Chaire. Nous rappelions que si le mot gouvernance a été utilisé en France au XIII<sup>e</sup> siècle comme équivalent de « gouvernement » (l'art de gouverner), il a fini, si l'on en croit les dictionnaires de langue française, par renvoyer au XV<sup>e</sup> siècle, aux simples bailliages de l'Artois et de la Flandre ou encore, plus récemment, à l'ensemble des services administratifs d'une région au Sénégal. La résurgence du mot gouvernance trouve son origine dans la doctrine libérale anglo-saxonne. Dans les années soixante-dix, ce concept visait à justifier la démocratisation du fonctionnement des entreprises (*corporate governance*), avant d'être plus largement exploité par les experts des institutions internationales comme la Banque mondiale ou le FMI et, plus tardivement, par les agences de développement gouvernementales notamment nord-américaines. Dans ce dernier cadre, les définitions d'une « bonne gouvernance » reposent avant tout sur une énumération de critères censés assurer le « bon » fonctionnement économique de la société. Ainsi, pour prendre l'exemple de la Banque mondiale, dans son premier rapport consacré expressément à la gouvernance, celle-ci est définie comme « the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development », *Governance and Development*, Report n°10650, 1992, p. 3 (disponible sur le site de la Banque mondiale : [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)). L'appel à une bonne gouvernance sera plus tard décrit comme un « predictable, open, and enlightened policymaking (that is, transparent processes); a bureaucracy imbued with a professional ethos; an executive arm of government accountable for its actions; and a strong civil society participating in public affairs; and all behaving under the rule of law », *Development in practice : Governance – the World's Bank experience*, Report n°13134, 1994, p. vii. Plus clairement politique puisqu'elle énumère les missions d'un gouvernement, la définition donnée par l'agence américaine pour le développement international ([www.usaid.gov](http://www.usaid.gov)), repose également sur une énonciation de certains critères : « While many citizens of developing countries value characteristics associated with democracy (e.g., elections, human rights, and representation), they are often equally interested in qualities such as public accountability, responsiveness, transparency, and efficiency. "Good governance" assumes a government's ability to maintain social peace, guarantee law and order, promote or create conditions necessary for economic growth, and ensure a minimum level of social security ». Plus détaillée, la définition donnée par l'agence canadienne de développement international ([www.acdi-cida.gc.ca](http://www.acdi-cida.gc.ca)) expose plus ouvertement les conséquences de la vision libérale de l'art de gouverner à laquelle doivent se soumettre les pays en voie de développement : « La « bonne » gouvernance est l'exercice du pouvoir par les divers paliers de gouvernement de façon efficace, honnête, équitable, transparente et responsable. Les programmes sur la gouvernance touchent une grande variété de domaines. Par exemple, le renforcement des compétences dans le secteur public améliore l'efficacité de la fonction publique par l'institution de réformes organisationnelles, administratives et stratégiques. La décentralisation du gouvernement, tant interne qu'externe (au profit de diverses institutions supranationales), accroît l'efficacité et l'obligation de rendre des comptes en faisant en sorte que le gouvernement soit présent à tous



Si l'émergence du mot de gouvernance est nette, remarquons cependant que, « comme pour les modes de rechange, la même inflation terminologique traduit cette recherche de nouveaux modes de gouvernement : « gouvernance », « gouvernabilité », « gouvernementalité »<sup>6</sup>. Cette inflation terminologique laisse supposer que la quête du sens exact de ces nouveaux concepts ne saurait être que difficile<sup>7</sup>. La définition précise de la notion de gouvernance est ainsi susceptible de varier selon les acteurs concernés et les intérêts poursuivis<sup>8</sup>. Signalons cependant la définition offerte par A.-J. Arnaud qui, tout en notant que la gouvernance est « constituée d'un faisceau de concepts », analyse celle-ci « comme un mode de participation à l'exercice de l'autorité politique, économique et administrative dans la gestion des affaires publiques à tous les niveaux, du global au local, qui est le fait d'institutions publiques, du secteur privé et de la société civile. Elle comprend les mécanismes complexes, les processus et les institutions au travers desquels les citoyens – individuellement ou en association – et les personnes morales appartenant à ces divers secteurs, ainsi que les alliances institutionnelles (...)

---

les niveaux d'administration. La lutte contre la corruption existante ou possible permet d'exercer tous les attributs susmentionnés de la bonne gouvernance. Un système juridique et judiciaire indépendant, accessible et impartial est la base même d'une gestion honnête et équitable. Un gouvernement municipal efficace satisfait la plupart des besoins fondamentaux des populations urbaines, ce qui permet aux autres paliers de gouvernement de s'occuper d'autres tâches. » On notera que la démocratie, pas plus que le respect des droits fondamentaux, ne sont retenus comme critères d'une « bonne gouvernance ». Et si l'État de droit (*rule of law*) est souvent mentionné comme élément d'une bonne gouvernance, le concept est défini, non pas de manière substantielle, mais avant tout sous l'angle restrictif et formel du principe de légalité : les normes juridiques doivent être prévisibles, intelligibles et non-rétroactives. Il s'agit ainsi d'assurer, semble-t-il avant tout, un environnement juridique propice à l'investissement étranger.

<sup>5</sup> De manière générale, pour une instructive étude en français quant à la généalogie du concept, cf. A. Kazancigil, « La gouvernance : itinéraires d'un concept », *Mélanges Guy Hermet*, Ed. Karthala, 2002, p. 121 et s.

<sup>6</sup> D. Mockle, « Mondialisation et État de droit », in D. Mockle (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruylant, 2002, p. 73.

<sup>7</sup> Selon Jean-Pierre Gaudin, « le mot lui-même fait problème. Il résonne de manière douce et presque caressante, mais n'évoque souvent rien de précis », *Pourquoi la gouvernance ?*, Presses de Sciences Po, 2002, p. 10.

<sup>8</sup> J. Pierre, « Understanding Governance », in J. Pierre (ed.), *Debating Governance: Authority, Steering and Democracy*, Oxford University Press, 2000, p. 1 et s ; R. Rhodes, « Governance and Public Administration », *idem*, p. 54 et s.



promouvent et articulent leurs intérêts, gèrent leurs désaccords et exercent leurs droits et obligations »<sup>9</sup>.

L'ambiguïté du terme notée, il apparaît ainsi possible de schématiser le concept : la « gouvernance » s'apparente à un système – qui se veut démocratique – de gestion des structures collectives<sup>10</sup>, mais c'est un système qui rejette toute hiérarchie et s'efforce de préserver le libre jeu des membres de la société : « A l'âge gouvernemental, l'État, gardien sévère de l'unité, est un guide idéologique, diffuseur de la foi nationale. A l'ère de la gouvernance, le politique, vidé de toute finalité, ne sert plus qu'à surveiller que le jeu social ne se déroule pas trop mal »<sup>11</sup>.

**2. – L'intention idéologique.** – Si la fin des idéologies est postulée ou du moins le caractère apolitique de la gouvernance, remarquons cependant que c'est un système néolibéral de gestion de la société qui est proposé. Il repose, en effet, sur la croyance que la mise en place d'une mécanique organisationnelle semblable au marché engendre organiquement des équilibres consensuels et heureux.

Deux évolutions sont particulièrement caractéristiques : est justifié un effacement des frontières entre sphères publiques et privées et une redéfinition de l'intérêt général qui deviendrait une construction multiforme, ouverte et permanente<sup>12</sup>. Quant aux caractéristiques générales de ce système de gouvernance, quatre éléments clés sont à noter : « les flux et les réseaux comme source et condition de la richesse et du pouvoir ; la participation d'acteurs multiples, unis par un marchandage multiforme et permanent ; des normes diverses, règles du jeu, elles aussi en négociation constante ; enfin, des gardiens, des arbitres chargés de veiller à la régularité des processus »<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 342

<sup>10</sup> Ph. Moreau-Defarges, *La Gouvernance*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 19. De même A.-J. Arnaud indique que « la gouvernance n'est pas, à vrai dire, un mécanisme en soi. Elle est un mode de gestion », *ibid.*, p. 357.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>12</sup> J.-P. Gaudin, *Pourquoi la gouvernance ?*, *op. cit.*, pp. 15-18.

<sup>13</sup> Ph. Moreau-Defarges, *op. cit.*, p. 53.



La substitution du mot gouvernance à celui de gouvernement n'est pas neutre. Sans entrer encore dans une démonstration détaillée, il est d'ores et déjà aisé de percevoir que le système de gouvernance tend à justifier un art de gouverner où l'État voit sa légitimité et pertinence contestées<sup>14</sup>, tout comme à justifier la mise en cause de la vision « républicaine » de la démocratie<sup>15</sup>. Sans surprise, la conception « moderne » du droit devrait alors nécessairement évoluer.

Comme le signale avec force André-Jean Arnaud, évoquant la gouvernance, « au-delà du simple usage d'un terme, beaucoup employé quoique souvent à mauvais escient ou par facilité, voire par démagogie, c'est, en réalité, toute une conception de la création des normes juridiques qui se trouve remise en cause, celle qui nous a été léguée par la philosophie juridique et politique 'moderne' »<sup>16</sup>.

**3. – Un déclin du droit ?.** – Cette évolution signe-t-elle pour autant une défaite du « droit » ou un déclin du droit ? Certainement si l'on s'en tient à la conception « moderne » du droit comme seule conception s'identifiant avec la « vraie » nature du phénomène juridique. Selon Jacques Chevallier, la modernité s'est traduite dans le droit par un processus de rationalisation, illustré par un double phénomène d'autonomisation et d'unification<sup>17</sup>. Le droit s'autonomise au fur et à mesure des progrès de la sécularisation de la société et il s'unifie progressivement sous l'autorité ascendante de

---

<sup>14</sup> « The use of the concept 'governance' is a relatively recent fashion. It attained wide currency in the past decade and largely at the expense of the concept of government. Indeed, governance is generally perceived to be an alternative to government, to control by the state », P. Hirst, « Democracy and Governance », in J. Pierre (ed.), *Debating Governance: Authority, Steering and Democracy*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>15</sup> Pour reprendre R. Dehousse, « Au centre de cette conception figure le postulat selon lequel tous les choix politiques peuvent, d'une manière ou d'une autre, être ramenés à la volonté des citoyens exprimée par leur vote. En second lieu, les lois adoptées par les organes représentatifs sont par excellence les instruments au moyen desquels s'effectuent les choix politiques en question. Dans cette façon de voir, héritée de Jean-Jacques Rousseau, les textes législatifs constituent l'expression d'une hypothétique « volonté générale ». En troisième lieu, il existe souvent une équation implicite entre « volonté générale » et bien commun : ce que décide le législateur est supposé servir les intérêts de l'ensemble du corps politique », « Les institutions européennes en quête de légitimité : nécessité d'une approche privilégiant la procédure », in O. de Schutter, N. Lebessis & J. Peterson (dir.), *La Gouvernance dans l'Union européenne*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001, p. 187.

<sup>16</sup> A.-J. Arnaud, *op. cit.*, pp. 188-189.

<sup>17</sup> J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public*, 1998, p. 664 et s.



l'acteur clé de la modernité, l'État. Celui-ci tend alors à devenir l'« ordre juridique total »<sup>18</sup> tandis que la règle de droit se présente comme l'incarnation même de la Raison et un instrument de Justice et de Progrès<sup>19</sup>. Si l'on admet que la conception moderne du droit est elle-même le fruit des transformations de la société et qu'elle ne peut donc être comprise sans référence à l'acteur dominant de la période, l'État, le fait que ce dernier soit pris dans une « logique de gouvernance »<sup>20</sup> – ce qui l'amène à s'adoucir, à se vouloir plus transparent, à se décentraliser, à se contractualiser – conduit nécessairement à s'interroger sur l'émergence d'une nouvelle conception du droit.

**4. – Un changement de paradigme.** – Sans déterminer ici l'importance respective des facteurs matériels ou idéologiques à l'œuvre, il faut constater la mise en cause et l'opérabilité plus délicate des concepts traditionnels du droit « moderne » (la souveraineté, la hiérarchie des normes, le caractère unilatéral de la régulation étatique, le sujet de droit, etc.). Faut-il y voir un « changement de paradigme » ? L'avènement d'un droit « post-moderne » qui suit l'émergence d'un État « post-moderne »<sup>21</sup>, d'un droit « procédural »<sup>22</sup> qui ferait suite au droit formel de l'État libéral et au droit matériel de l'État social ?

Notre hypothèse est qu'une conception néolibérale du droit est en voie de consolidation via la mise en œuvre des principes de la gouvernance, mise en œuvre portée, renforcée, par

---

<sup>18</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1<sup>er</sup> éd. 1934), Paris, Dalloz, 1969, p. 393.

<sup>19</sup> « Ainsi paré des attributs de la *Raison* et de la *Bienfaisance*, le droit devient tout naturellement, dans la société moderne, le mode privilégié d'encadrement et de régulation des rapports sociaux », J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 667.

<sup>20</sup> Ph. Moreau-Defarges, *op. cit.*, p. 117.

<sup>21</sup> Cf. l'ouvrage indispensable de J. Chevallier, *L'État Post-Moderne*, Paris, LGDJ, 2003.

<sup>22</sup> « La procéduralisation de l'action publique que semble appeler la transformation en cours de nos démocraties avancées est principalement liée à une compréhension renouvelée du rapport entre la justification et l'application des règles. C'est pour faire droit à cette transformation nécessaire de nos systèmes de régulation juridique et à ce qui la motive — une meilleure compréhension des exigences « normatives » liées à la dynamique de la raison — que nous parlons de l'émergence d'un troisième paradigme du droit. Par-delà le droit formel de l'État libéral et le droit matériel de l'État social se dessine aujourd'hui le paradigme du droit procédural. Il s'agit d'une *procéduralisation cognitive*: mise en place des mécanismes permettant de générer sur le plan collectif des processus d'apprentissage pour gérer l'indétermination liée à des contextes de rationalité limitée », J. de Munck et J. Lenoble, « Les mutations de l'art de gouverner », in O. de Schutter, N. Lebessis & J. Peterson (dir.), *La Gouvernance dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 49-50.



les « juristes du marché »<sup>23</sup>. L'expression ne doit pas être comprise péjorativement. Il y a eu des « juristes d'État » bien avant qu'il y ait des « juristes du marché », que l'on pense, par exemple, aux légistes de Philippe le Bel, à Marsile de Padoue ou encore à Guillaume d'Ockham qui, aux XIII-XIV<sup>e</sup> siècles, se sont fait les théoriciens de l'État en face du pouvoir pontifical, Jean Bodin parachevant leur œuvre en 1576 dans *Les six livres de la République*<sup>24</sup>. Il s'agit plutôt de constater qu'un changement culturel est sans doute en cours. Rappelons ainsi que pour Max Weber, « la révolution de la chose publique si l'on entend par là la progression vers une forme étatique rationnelle, a partout été l'œuvre de juristes éclairés (...) Sans ce rationalisme juridique, on ne pourrait comprendre ni la naissance de l'absolutisme royal ni la grande Révolution »<sup>25</sup>. Désormais, les « juristes éclairés » défendent le marché plutôt que l'État dont l'autorité apparaît déclinante<sup>26</sup>. Et c'est le concept de gouvernance qui offre un cadre d'analyse qui tout à la fois suscite, explique et justifie les transformations, antérieures ou non à l'apparition de ce vocable, de la régulation juridique<sup>27</sup>. Il y a, en effet, un changement de paradigme dans la mesure où un nouvel ordre juridique serait en voie de constitution : un ordre juridique qui prend et devrait prendre acte de la crise de la régulation contemporaine<sup>28</sup> dans un contexte où, à

---

<sup>23</sup> J. Chevallier, « L'évolution du droit administratif », *Revue du droit public*, 1998, p. 1794.

<sup>24</sup> J. Chevallier n'oublie d'ailleurs pas de souligner que le droit administratif, par exemple, n'a jamais été « le produit, ni d'une génération spontanée, ni d'une nécessité objective » mais traduisait au contraire « un mode singulier de construction d'un État doté d'une forte autonomie sociale » et que son édification résultait « d'un travail persévérant de formalisation et de systématisation effectué par des « juristes d'État » intéressés à son développement », *ibid.*

<sup>25</sup> *Le savant et le politique*, Paris, Plon, coll. 10/18, 1994, pp. 154-155.

<sup>26</sup> Afin de prendre la véritable mesure d'une telle évolution, rappelons la vision du juriste exposée par le professeur de droit Georges Ripert : « Tout juriste est le successeur d'un pontife. Etant le gardien du droit, il se croit obligé d'être le défenseur des lois. Le texte promulgué au Journal officiel devient sacré. Les Universités et les tribunaux sont les édifices consacrés au culte. A tout le moins, les juristes sont les défenseurs de l'ordre établi, non pas seulement par devoir, mais aussi par conviction de la beauté de cet ordre. (...) Ils ont la tradition des légistes chargés de fortifier les ordres de l'autorité royale par une argumentation doctrinale », *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, n° 3.

<sup>27</sup> Pour reprendre le titre d'un indispensable ouvrage, J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998.

<sup>28</sup> « L'ensemble des acteurs de ce processus étaient guidés par une hypothèse, c'est-à-dire qu'ils partageaient pour l'essentiel un même diagnostic sur la signification de la crise de la régulation contemporaine (...) L'hypothèse peut être formulée de diverses façons. Les modes classiques de régulation sont aujourd'hui en crise. Cette crise est aussi une crise politique, puisqu'elle se traduit par un scepticisme généralisé quant à la capacité de nos sociétés d'agir sur elles-mêmes afin d'en transformer le cours



l'échelle supranationale, l'État-nation perdrait « le contrôle de la règle de droit »<sup>29</sup> et où, à l'échelle nationale, le dominium du droit formel étatique est remis en cause.

**5. – Diagnostic n° 1 : La fin de l'État comme source exclusive de la normativité juridique.** – Gilles Paquet offre un parfait résumé du diagnostic si souvent avancé par les adeptes de la gouvernance : (1) l'État et les organisations étatiques n'ont plus le monopole du droit<sup>30</sup> ; (2) une régulation centrale par la loi est impossible ; (3) la légalité officielle ne parvient plus à s'imposer comme seule forme de contrôle social et de justice<sup>31</sup>. A ceux qui s'inquièteraient de la marginalisation de l'État, il est répondu : « C'est un peu par paresse qu'on met au cœur de la gouvernance un pouvoir absolu [l'État] dont pourtant on sait qu'il est en érosion. On le fait surtout parce qu'on n'en est pas arrivé à se convaincre que l'on peut avoir un jeu sans maître. En fait, la sacralisation de l'État n'est rien d'autre que le refus obstiné d'abandonner les impératifs de redistribution imposés par une certaine idéologie, et une manière oblique de dénoncer l'idée d'un jeu sans maître dans lequel la redistribution serait condamnée à être relativisée. Notre société mondialisée est une société à hauts risques, et donc il y a insécurité accrue des citoyens. Il s'agit de développer une « *société de gens capables de prendre des risques d'une manière responsable* » et d'assurer la sécurité minimale dont ils

---

historique. Or, cette crise n'est pas celle d'un modèle de régulation déterminé, par exemple celle du droit matériel de l'État-providence ou celle du droit formel de l'État libéral; elle est la crise de l'idée même de modèle (...). En ce sens, la crise du politique n'est que le symptôme d'une crise plus profonde de la rationalité formelle — ou plus précisément substantielle — et de ses présupposés: les phénomènes du monde répondent à des lois; nous avons la capacité de mettre ces lois à jour; l'exercice de nos connaissances doit permettre, à travers l'accumulation d'informations et leur traitement, d'agir avec efficacité dans le monde », O. de Schutter, N. Lebessis & J. Peterson « présentation », in *La Gouvernance dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>29</sup> M. Delmas-Marty, « La Mondialisation du droit », in J. Baechler et R. Kamrane (dir.), *Aspects de la mondialisation politique*, Paris, PUF, 2003, p. 71.

<sup>30</sup> Il convient de préciser que cette affirmation, souvent énoncée, selon laquelle il n'y a de droit positif qu'étatique peut être source de confusion dans la mesure où elle est souvent comprise comme signifiant que seul (idée du monopole) l'État peut produire du droit. Plus exactement, il conviendrait d'écrire que seul l'État dit de ce qui est Droit ou habilité à dire Droit. De manière générale, cf. la belle analyse présentée par D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997.

<sup>31</sup> G. Paquet, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », Notes pour une allocution au colloque Evolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international (Ottawa 20-21 oct. 2000). Notes disponibles sur le site internet du Centre d'études en gouvernance, Université d'Ottawa ([www.gouvernance.uottawa.ca](http://www.gouvernance.uottawa.ca)).



ont besoin pour le faire de manière créatrice »<sup>32</sup>. Si cette vision est tout à fait légitime, qu'il nous soit permis toutefois de souhaiter que cesse la présentation de la gouvernance comme un mode « apolitique » de gestion de la complexité car la doctrine de la gouvernance est clairement sous-tendue de jugements de valeur. Comme le disait Baudelaire, la plus belle ruse du diable est de nous persuader qu'il n'existe pas.

**6. – Diagnostic n° 2 : La crise de la démocratie représentative.** – Ce diagnostic critique envers l'effectivité de l'État et du droit produit par celui-ci coexiste – et ce n'est évidemment pas fortuit – avec un diagnostic pessimiste relativement aux mécanismes de la démocratie représentative<sup>33</sup>. La mondialisation pousserait, en effet, au polycentrisme, à une complexification et une fragmentation du processus de décision (voir les expressions souvent utilisées de *multi-level* ou de *multi-polar governance*) ce qui conduirait à un déplacement du pouvoir en dehors des institutions représentatives<sup>34</sup>. Dans un rapport préparé par d'éminents spécialistes, pour l'ensemble des présidents des Parlements de l'Union européenne, le constat suivant est ainsi avancé : « In general, major legislative and policy-making activities are being substantially displaced from parliamentary bodies and central government to global, regional, and local agents as well as agents operating in the many specialized sectors of a differentiated, modern society. In other words,

---

<sup>32</sup> Gilles Paquet, « La gouvernance en tant que précautions auxiliaires », in C. Andrew et L. Cardinal (dir.), *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, p. 224.

<sup>33</sup> « La notion de démocratie représentative telle qu'elle ressort des débats consacrés à la légitimité des institutions européennes semble souvent s'apparenter davantage à une vision de la démocratie propre au XVIII<sup>e</sup> siècle qu'au gouvernement de sociétés postindustrielles complexes. Elle ne tient pas compte des nombreux problèmes auxquels cette forme de gestion des affaires publiques se trouve confrontée au niveau national. (...) En d'autres termes, cette vision quelque peu idéalisée de la démocratie représentative qui sous-tend les discussions sur ce que devrait être la démocratie européenne n'a que peu à voir avec la manière dont ce modèle fonctionne dans la réalité d'aujourd'hui », R. Dehousse, « Les institutions européennes en quête de légitimité : nécessité d'une approche privilégiant la procédure », in O. de Schutter, N. Lebessis & J. Peterson (dir.), *La Gouvernance dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 187-188. Or, les insuffisances de la démocratie représentative pourraient être corrigées : la gouvernance « bénéficie de la réputation d'être un processus susceptible de pallier les carences de la politique représentative » même si « elle a fonctionné jusqu'à présent de manière apolitique, au service surtout des intérêts sectoriels ou privés », A. Kazancigil, « La gouvernance : itinéraires d'un concept », *Mélanges Hermet*, Ed. Karthala, 2002, p. 130.

<sup>34</sup> Cf. D. Held, « The changing contours of political community: rethinking democracy in the context of globalization », in B. Holden (ed.), *Global Democracy – Key Debates*, Londres, Routledge, 2000, p. 17 et s.



governance is increasingly diffused – upward, downward and outward – beyond Parliament and its government »<sup>35</sup>.

Il convient cependant de différencier les conséquences de ce constat selon le niveau d'analyse : à l'échelle supranationale, pour remédier au fameux « déficit démocratique », la recherche d'une meilleure gouvernance conduit à la mise en place de mécanismes qui seraient caractéristiques d'une nouvelle forme de démocratie, la « démocratie participative » ; à l'échelle nationale, cette nouvelle forme de démocratie ne devrait heureusement pas se substituer à la démocratie représentative<sup>36</sup>, mais coexister avec celle-ci dans l'espoir d'un approfondissement de la vie démocratique. La formulation d'une nouvelle forme de démocratie et, à la clé, un nouveau principe de légitimité de la règle, ne peut demeurer sans conséquences sur la conception du droit<sup>37</sup>.

**7. – Le droit de la gouvernance.** – La mise en cause de la légitimité et de l'efficacité de l'intervention étatique, sans oublier la dénonciation des insuffisances de la démocratie représentative, ne pouvaient que nécessairement produire la recherche d'une nouvelle régulation juridique, d'une nouvelle conception du droit. Rapidement dit, celle-ci

---

<sup>35</sup> Rapport de T. Burns au nom du groupe d'experts, *The Future of Parliamentary Democracy : Transition and Challenge in European Governance*, Green Paper, Conference of the Speakers of EU Parliaments (Rome, Sept. 22-24, 2000): [www.camera.it/cppueg/ing/conferenza\\_odg\\_Conclusioni\\_gruppoesperti.asp](http://www.camera.it/cppueg/ing/conferenza_odg_Conclusioni_gruppoesperti.asp). Dans une autre étude particulièrement intéressante, de manière quelque peu plus elliptique, est énoncé un diagnostic similaire : « Nos auteurs, au contraire, ne s'intéressent pas directement à l'Union européenne ni à son système politique original. Leur attention se focalise en amont de ce système sur ce qu'ils décrivent comme *une mutation profonde de la démocratie* [nous soulignons] dans les nations européennes et au-delà de l'Europe. Ils en détectent l'origine dans une transformation du savoir qui irrigue la formation des règles de la vie publique: non plus le « savoir » donné a priori et accessible par des mécanismes de représentation électorale ou de concentration d'expertise, mais le « savoir à construire », à actualiser dans un apprentissage collectif prenant appui sur le pluralisme social », Préface de J. Vignon, in *La Gouvernance dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>36</sup> Si l'on en croit P. Hirst toutefois, « most of the usages of governance either signal a situation which poses a real threat to the conventional forms of democratic government or they actively propose to sidestep democracy », *op. cit.*, p. 13.

<sup>37</sup> « L'une des grandes nouveautés de la gouvernance tient dans le fait que, si elle est considérée spécifiquement, elle peut conduire à un renouvellement complet du processus de prise de décision traditionnel, du processus de production normative de régulation sociale – et plus particulièrement, en ce qui nous concerne, du processus de production du droit. (...) La gouvernance, en tout cas, parce qu'elle permet d'opérer d'une manière qui renouvelle et complète la pratique traditionnelle d'élaboration des actes de gouvernement, constitue un mode possible de réalisation d'un projet de société nouveau où, dans le respect d'un contrat social actualisé, la *participation* se joindrait à la *représentation* démocratique », A.-J. Arnaud, *op. cit.*, p. 357.



reposerait désormais sur une légitimité procédurale<sup>38</sup> et non plus sur une mystique républicaine de la Raison<sup>39</sup> particulièrement décriée<sup>40</sup>. Le droit n'est plus seulement cet ensemble de règles hiérarchisées et contraignantes, essentiellement de nature législative, sous la garde du seul État, et dont les caractéristiques principales sont – au moins en théorie – la généralité, la systématique et la stabilité. Le droit est et devrait être repensé, remodelé suivant les canons de la gouvernance, pour répondre à l'obsédante « complexité » des sociétés modernes<sup>41</sup>, ce qu'un droit propre à une société de marché pourrait permettre de faire : « Avec la gouvernance, la production du droit est illimitée et permanente. Le droit ne descend plus d'en haut. Ses sources sont multiples : lois, contrats, jurisprudences, déclarations d'intention... Ce droit est en négociation constante, la volonté générale laissant la place aux jeux des volontés particulières. L'intérêt général, au lieu d'exprimer une perspective quasi éternelle, arrêtée par le pouvoir (le roi, la nation, l'État...), est façonné par les négociations multiformes et permanentes de la gouvernance »<sup>42</sup>. Dans ce cadre, pour reprendre la série de qualificatifs attachés par Jacques Chevallier, au droit « moderne » succède un droit « post-moderne » qui se révélerait un droit pluraliste, un droit négocié, un droit mou, un droit réflexif<sup>43</sup>. Cela ne

---

<sup>38</sup> Cf. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 ; N. Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Paris, Éd. du Cerf, 2001. Une instructive synthèse de l'œuvre de Habermas et de Luhmann nous est offerte par H. Rabault dans *Droit et Société*, 51/52-2002, pp. 513-539

<sup>39</sup> Cf. l'ouvrage classique de R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931.

<sup>40</sup> « S'il est une chose certaine, c'est que la "démocratie du public", montée sur les sondages et l'immédiat, peut fort bien mal servir la communauté et ne pas en assurer le progrès. Comme le rappelle Guy Hermet, "la démocratie ne s'est jamais définie comme mode de gouvernement qu'au travers de ses instruments contingents que sont le mécanisme représentatif et la décision prise à la majorité des voix". Or ces mécanismes ne produisent qu'une volonté générale illusoire à moins d'être le résultat d'une longue délibération ouverte. Ce qui est rarement le cas », Gilles Paquet, « La gouvernance en tant que précautions auxiliaires », in C. Andrew et L. Cardinal (dir.), *Gouvernance et démocratie, op. cit.*, p. 226.

<sup>41</sup> « La diffusion de la « gouvernance » comme alternative au pilotage dirigiste de type top down peut apparaître comme une réponse à des exigences fonctionnelles dans des sociétés complexes, c'est-à-dire en premier lieu fragmentées », Y. Papadopoulos, « Démocratie, gouvernance et « management de l'interdépendance » : de rapports complexes », *Mélanges Hermet*, Ed. Karthala, 2002, p. 137.

<sup>42</sup> Ph. Moreau-Defarges, *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>43</sup> J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 681. Signalons toutefois les deux réserves posées par ce même auteur en ce qui concerne les relations entre droit moderne et droit postmoderne : d'une part, leurs rapports ne devraient pas être posés en terme de substitution mais de coexistence – la



veut certes pas dire que le droit post-moderne ne soit pas caractérisé par un ordre et une logique mais ce serait un ordre différent de l'« ordre euclidien » (ordre géométrique, fondé sur une représentation unifiée de l'espace) et une logique différente de la « logique aristotélicienne » (logique formelle de raisonnement de nature déductive)<sup>44</sup>.

**8. – La privatisation du droit.** – L'entrée du droit dans la post-modernité est-elle une « occasion de danser dans les rues »<sup>45</sup> ? L'émergence d'un pluralisme juridique, d'un droit « mou », d'une justice « douce », etc., nous paraissent caractéristiques d'une « privatisation » du droit dont il semble pertinent de questionner tout à la fois la légitimité et l'efficacité. Par « privatisation », on entend un phénomène multiforme qui, dans sa dimension la plus neutre, se traduit par l'influence des principes et instruments propres au droit privé et dans sa dimension la plus révolutionnaire, se traduit par la marginalisation de l'État et des institutions représentatives au profit d'acteurs privés ou « civils », phénomène qui peut être constaté tant au niveau interne qu'externe.

Il a été reproché aux « juristes d'État » d'avoir œuvré à l'idéalisation du droit et à la légitimation de l'autorité de l'État, mais que faut-il penser de l'œuvre des « juristes du

---

question demeure cependant de savoir s'il s'agit d'un équilibre durable ou d'une transition imposée, d'autre part, les éléments du droit post-moderne étaient déjà présents dans le droit moderne.

<sup>44</sup> De manière générale, cf. l'ouvrage essentiel de M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994. Présentant de manière synthétique sa pensée, M. Delmas-Marty souligne que « la régulation se développe dans un nouvel espace, « non-euclidien », conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples, comme des lignes de fuite ou des rhizomes, pour reprendre l'expression de Gilles Deleuze et Felix Guattari. Espace rhizomatique de la régulation qui ne s'oppose pas à l'espace pyramidal de la réglementation comme deux modèles antagoniques, car il n'y a aucune symétrie entre eux: « l'un agit comme modèle, l'autre agit comme processus immanent qui renverse le modèle et ébauche une carte, même s'il constitue ses propres hiérarchies, même s'il suscite un canal despotique. Il ne s'agit pas de tel ou tel endroit sur la terre, ni de tel moment dans l'histoire, encore moins de telle ou telle catégorie dans l'esprit. Il s'agit du modèle qui ne cesse pas de s'ériger et de s'enfoncer, et du processus, qui ne cesse pas de s'allonger, de se rompre et reprendre. » Transposée au droit, une telle analyse pourrait aider à comprendre le sentiment de paradoxe qui surgit, au-delà d'une déréglementation toujours recommencée, de la coexistence, dans bien des secteurs du droit, de la réglementation et de la régulation », M. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », texte disponible sur le site du réseau européen Droit & Société : [www.reds.msh-paris.fr/communication](http://www.reds.msh-paris.fr/communication).

<sup>45</sup> C'est la déclaration faite par A. Meiklejohn à la suite de la décision de la Cour suprême américaine *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), décision qui rend extrêmement difficile les poursuites en diffamation intentées par les dépositaires de l'autorité publique. A. Meiklejohn est cité par H. Kalven (Jr.), « The New York Times Case : A note on « the central meaning of the First Amendment », *Supreme Court Review* 191 (1964), p. 221, note 125.



marché » ? Il est aisé de dénoncer les « ayatollahs du droit »<sup>46</sup> dès lors que l'on croit, sans véritable démonstration dans la plupart des cas, aux vertus libératrices du libre marché pour réguler la société et que l'on présuppose les insuffisances, les vices du « droit étatique ». S'il existe des ayatollahs du droit étatique, il existe certainement des fanatiques du marché<sup>47</sup> et des fondamentalistes de la gouvernance. Friedrich von Hayek pouvait écrire que « laisser la loi aux mains de gouvernants élus, c'est confier le pot de crème à la garde du chat »<sup>48</sup>. Qu'il nous soit permis de croire que laisser le droit aux mains des « représentants » auto-proclamés du secteur privé ou même de la société civile n'est pas forcément une perspective plus réjouissante, on ne sait pas, en effet, en quoi ils pourraient être des félins moins avides.

9. – La « privatisation » du droit, qui peut être décelée tant au stade de la production normative (I) qu'au stade de l'application du droit (II), doit ainsi faire l'objet de certaines réserves, réserves qui ne sont forcément marquées du sceau de la nostalgie pour un hypothétique âge d'or du droit. Il s'agit plutôt d'éviter que la mondialisation ne soit porteuse d'un nouveau Moyen-âge, d'une sorte de nouvelle féodalité où le droit, marqué par la multiplicité des sources, la diversité des statuts, la puissance des corps intermédiaires, ne servirait plus qu'à satisfaire les intérêts des acteurs privés les plus puissants<sup>49</sup>. Il convient de s'assurer, en définitive, que la gouvernance ne travestit pas le processus démocratique et ne substitue à la citoyenneté, à la souveraineté du peuple, le

---

<sup>46</sup> « Mais ce rôle plus modeste pour le droit étatique formel ne sied pas toujours aux ayatollahs du droit pour qui un unidroit est non seulement désirable mais nécessaire », G. Paquet, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », *op. cit.*, p. 3.

<sup>47</sup> Cf. J. Stiglitz, *La Grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002.

<sup>48</sup> Cité par G. Paquet, « La gouvernance en tant que précautions auxiliaires », *op. cit.*, p. 215.

<sup>49</sup> A.-J. Arnaud rappelle que « pour l'historien du droit et des institutions, ce n'est pas là quelque chose d'absolument nouveau. Avant le Code Napoléon, notre Droit s'alimentait à des sources multiples. (...) Il relevait du droit naturel en bien des secteurs de la vie juridique, principalement en matière de relations internationales et de protection des personnes ; de l'Eglise (droit canonique) pour toute une série de matières, et notamment les personnes ; des coutumes et usages pour d'autres matières (... *lex mercatoria*) ; des décisions royales et seigneuriales, dans les domaines – de moins en moins rares avec le temps, et surtout dès la fin du Moyen-âge – où ces autorités avaient légiféré. Après des siècles d'efforts de centralisation étatique, avec, pour conséquence, l'unification du droit, voici que nous devrions renouer avec cette multiplicité, source de confusion, de complication, d'insécurité dans les transactions, qu'avaient, en leur temps, dénoncé les législateurs des années 1790 ! », *op. cit.*, p. 187.



règne plus encore théorique d'un individu participatif sans que l'on sache, en outre, au nom de qui la société est gouvernée. Le nouveau n'est pas toujours libérateur<sup>50</sup>.

## I. – LA PRIVATISATION DE LA PRODUCTION NORMATIVE

**10. – Entre pluralisme et négociation.** – Dans le contexte actuel de mondialisation où une pluralité d'acteurs s'impose, les États ne seraient plus les acteurs centraux de la production normative<sup>51</sup>. D'une part, il est possible de constater, en effet, une régulation plurielle, caractéristique d'un pluralisme juridique dans lequel le droit ne provient plus seulement des États<sup>52</sup>, mais aussi d'acteurs non étatiques, en l'occurrence principalement les opérateurs économiques<sup>53</sup>. Mais la privatisation de la production normative que l'on décèle ne se traduit pas seulement par une production privée du droit (phénomène qui se remarque essentiellement à l'échelle supranationale), elle se traduit également par une ouverture de plus en plus formalisée aux acteurs privés dans les processus d'élaboration des normes maîtrisés par les autorités publiques.

---

<sup>50</sup> Rappelons ce beau passage écrit par le professeur Georges Ripert : « Ne confondons pas le statisme et l'immobilisme. Le plus souvent la confusion est volontaire. Elle sert à railler les juristes attardés qui se refusent à voir l'évolution du droit. Mais il est tout aussi facile de railler les juristes qui ne savent parler d'une institution que pour en signaler l'évolution, qui prônent toute innovation comme un progrès, oublient la valeur de tout ce qui demeure pour louer ce qui advient et demandent que l'évolution du droit s'accélère sans justifier d'ailleurs le motif de ce changement de vitesse... », *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 10.

<sup>51</sup> Mireille Delmas-Marty, « Les processus de mondialisation du droit », in C.-A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 63.

<sup>52</sup> Pour une introduction à ce thème, cf. J.-G. Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, 1986, p. 11 et s.

<sup>53</sup> G. Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », *Mélanges Kahn*, Litec, 2000, p. 613 et s.



## A. – LA MULTIPLICATION DES PRODUCTEURS DE DROIT

**11. – Le monisme juridique.** – Le droit « moderne »<sup>54</sup> est fondé sur une conception moniste : un seul foyer de droit, l'État, conçu comme la source exclusive de la normativité juridique. Cette conception est le fruit de l'histoire, l'ordre juridique étatique ayant réussi à imposer progressivement sa suprématie<sup>55</sup>. Cette promotion s'est doublée de profondes modifications dans la configuration même de l'ordre juridique. De manière générale, le droit « moderne » s'autonomise par rapport à la morale ou au politique en se définissant par son formalisme<sup>56</sup>. Ainsi, par exemple, une norme n'est valide que si elle est conforme à la norme hiérarchiquement supérieure. Le droit, dans ce modèle, se confond essentiellement avec la loi, expression de la volonté générale car édictée par les représentants du souverain. Quant à l'application du droit, elle est garantie par l'appareil étatique, l'exécution des normes relevant de la responsabilité du pouvoir exécutif sous le contrôle du pouvoir judiciaire.

**12. – La crise du droit moderne.** – D'un point de vue théorique, la crise du droit moderne tiendrait essentiellement à la remise en cause de la conception républicaine de la démocratie et à « l'instrumentalisation du droit » avec la montée de l'État-providence<sup>57</sup>. D'un point de vue pratique, le droit a perdu les attributs de systématisme, généralité et stabilité, qui caractérisaient (idéalement) le droit moderne. De nombreuses études évoquent ainsi la prolifération anarchique des normes, des normes elles-mêmes

---

<sup>54</sup> Pour A.-J. Arnaud, *op. cit.*, note 3, p. 18, la modernité est la période qui, en Occident, s'étend à peu près de la fin de la Seconde Scolastique jusqu'au 19<sup>e</sup> siècle (substitution aux pensées antiques et médiévales) et dont nous sommes, intellectuellement, les héritiers directs.

<sup>55</sup> Cf. J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 664 et s.

<sup>56</sup> Cf. J. de Munck et J. Lenoble, « Les mutations de l'art de gouverner », *op. cit.*, p. 34 et s.

<sup>57</sup> Dans ce contexte, « la loi générale doit en quelque sorte servir de dynamisation de la société, induire un progrès. Et donc cette loi générale ne fixe plus des règles du jeu, mais fixe des objectifs concrets. C'est ce que l'on appelle l'« instrumentalisation du droit. (...) Le droit définit de plus en plus des buts à atteindre, laissant ainsi aux appareils publics qui ont charge de l'appliquer une marge d'indétermination de plus en plus grande », *ibid.*, p. 37. Les auteurs n'omettent cependant pas de préciser que ce qu'ils dénomment l'État libéral et l'État social « peuvent être qualifiés de deux espèces d'un même genre où domine une approche formaliste et calculante d'une régulation sociale par voie de commandement étatique ».



plus indéterminées et qui se succèdent de manière extrêmement rapide<sup>58</sup>. C'est dans ce contexte de crise de la modernité juridique que se construit une conception nouvelle du droit dans laquelle l'État perd de sa superbe.

**13. – Le pluralisme juridique.** – La thèse du pluralisme juridique est aujourd'hui remise au goût du jour car elle serait mieux à même de rendre compte de la dynamique juridique à l'œuvre dans les sociétés contemporaines. Pour reprendre l'analyse classique de Santi-Romano, « le droit de l'État moderne a entendu éliminer tout rapport impliquant une dépendance entre deux personnes privées mais la vie sociale, plus impérieuse et plus forte que le droit étatique, s'est vengée en édifiant, parallèlement et en opposition avec lui, une série d'ordres partiels au sein desquels ces rapports, nécessaires, peuvent s'établir dans des conditions plus convenables »<sup>59</sup>. La mondialisation, en marginalisant le droit étatique comme mode essentiel de régulation juridique de la société et en favorisant l'émergence d'une pluralité de foyers de droit, paraît assurer aujourd'hui le triomphe de la vision pluraliste<sup>60</sup>. André-Jean Arnaud évoque le concept de « polycentricité » afin de mettre l'accent sur le pluralisme qui marque désormais la production de la norme<sup>61</sup>. Et pour caractériser ce nouvel ordre juridique, nouveau en tant qu'il remettrait en cause la structure pyramidale du droit théorisée par Kelsen, de nombreux auteurs évoquent

---

<sup>58</sup> Ce constat n'est pas nouveau. Cf. *infra* II.A.

<sup>59</sup> *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, cité par G. Farjat et qui ajoute « tout le monde connaît la formule, mais il n'est pas sûr qu'on en tire toutes les conséquences nécessaires », « Les pouvoirs privés économiques », *Mélanges Kahn*, Litec, 2000, p. 630

<sup>60</sup> Cf. le numéro spécial dirigé par J.-G. Belley de la *Revue Canadienne Droit & Société*, vol. 12, n° 2, 1998. Dans une autre perspective, cf. également F. Snyder, « Governing Economic Globalization: Global Legal Pluralism and European Law », *European Law Journal*, vol. 5/4, 1999, p. 334.

<sup>61</sup> Selon l'auteur, « Le terme *polycentricité* a été forgé pour combattre plus précisément l'idée que tout droit émane de l'Etat et que l'Etat est le seul producteur légitime de normes juridiques. (...) Cela exclut la structure pyramidale du droit dessinée par Kelsen, qui fonde la plupart de nos ordres juridiques contemporains. De nombreuses difficultés naissent évidemment de la reconnaissance de cette dispersion des sources de la décision juridique. C'est d'ailleurs pourquoi les juristes demeurent sinon obstinément aveugles – le réalisme n'est-il pas censé être la vertu cardinale du juriste ? – du moins très réticents à l'idée d'une polycentricité. (...) A vrai dire, la polycentricité n'est un problème pour les juristes qu'autant qu'ils persévèrent à poser la question de la production de la norme juridique dans les termes orthodoxes de l'État souverain monocentrisme », *Critique de la raison juridique, op. cit.*, p. 186.



désormais un droit structuré à la manière d'un réseau<sup>62</sup>. Et si l'on veut bien toutefois souscrire aux affirmations de Jacques Chevallier selon lesquelles le recul de la norme étatique est à relativiser car l'État conserverait toujours « une position centrale par rapport aux autres ordres juridiques, auxquels il est en mesure d'imposer sa tutelle ou sa médiation ; et la complexification des processus de production du droit n'est pas telle qu'elle sape une hiérarchie des normes qui apparaît consubstantielle au système de l'État de droit »<sup>63</sup>, il convient cependant de prendre acte d'une nette privatisation de la production normative à l'échelle supranationale. L'État apparaît nettement marginalisé et des normes sont bien produites sans que l'État puisse toujours imposer sa tutelle ou médiation. L'intensité de ce phénomène est certes toutefois variable. Les acteurs privés peuvent produire des règles qui doivent servir de modèle à l'État. De manière plus ambitieuse encore, les acteurs privés peuvent tenter de s'autoréguler en produisant un corps de normes « autonomes » par rapport aux ordres juridiques des États.

**14. – Illustration de la production privée de règles à destination des États : le projet de l'*American Law Institute* et d'Unidroit en matière de principes et règles transnationaux de procédure civile.** – Cette marginalisation du rôle de médiation des États dans l'actuel processus de mondialisation juridique peut être illustrée de manière exemplaire par le projet de l'*American Law Institute* et d'Unidroit en matière de principes et règles transnationaux de procédure civile. Replaçant ce projet dans le contexte de la mondialisation, Serge Guinchard remarque, tout d'abord, que l'« on assiste

---

<sup>62</sup> Citons une nouvelle fois A.-J. Arnaud qui résume parfaitement cette évolution de la pensée juridique : « Sur les ordonnancements pyramidaux, l'emportent, désormais, les représentations circulaires et, surtout en réseau. A la sécurité – qui requiert la stabilité et ses corollaires, la pétrification, voire la paralysie – on préfère le risque, qui autorise la souplesse, la flexibilité, et jusqu'au changement. De nouveaux modèles s'imposent alors au Droit, en rupture avec l'idéologie normalisatrice inhérente à la modernité, à la philosophie du droit et de l'Etat patiemment et sagement construite du 16<sup>e</sup> au 19<sup>e</sup> siècle ; en rupture également avec l'épistémologie positiviste et ses conséquences en logique et en science de l'argumentation. Désormais, le Droit ne peut plus être conçu comme un système clos, le produit d'un progrès inhérent au type de connaissance positiviste qui le sous-tend et entériné par la volonté nationale au travers de sa représentation démocratique, inéluctable, irréversible », *ibid.*, p. 41. De manière générale, cf. un des derniers ouvrages des prolifiques et brillants auteurs que sont F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

<sup>63</sup> « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 675.



à un phénomène de production privée du droit, parce que l'État n'a ni le temps, ni la volonté d'élaborer tout le droit nécessaire à la satisfaction des besoins des uns et des autres » et parce que les acteurs économiques « ont besoin de normes, normes pour régler et réguler leurs échanges, normes pour s'imposer aux concurrents et aux consommateurs, mais aussi – nous y voilà – normes pour s'imposer dans l'enceinte de nos palais de justice aux futurs plaideurs, pour s'imposer aux juges nationaux »<sup>64</sup>.

Quant au projet, l'auteur nous invite à prendre soin d'un phénomène qui n'est pas anecdotique dans la mesure où « nous assistons, par ce projet, à la naissance d'un capitalisme juridique mondial qui va intégrer le coût des procès transnationaux dans sa stratégie mondiale de conquête des marchés, pour le cas où le procès serait rendu obligatoire dans l'exercice de cette activité ; mais ce coût sera d'autant mieux maîtrisé que les principes du procès auront été fixés dans un projet privé d'organisation procédurale. Et ce mouvement de globalisation englobe aussi le rôle éminent des avocats, des grands cabinets internationaux d'affaires elles-mêmes mondiales »<sup>65</sup>. Sans évoquer la question de la légitimité d'un tel projet porté initialement par l'*American Law Institute*, que traduit cette privatisation de la production normative ? Il s'agit, semble-t-il, d'assurer en premier lieu la sécurité des investissements dans les pays en voie de développement et d'exporter un modèle juridique particulier, celui des États-Unis. Remarquons ainsi que de la production privée du droit à l'impérialisme d'un modèle juridique, il n'y alors qu'un pas. Plus fondamentalement, il faut convenir que si l'État conserve toujours, en théorie, la possibilité de prendre en compte cette production normative, il faut craindre

---

<sup>64</sup> S. Guinchard, « La procédure mondiale modelisée : le projet de l'*American Law Institute* et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile », *Recueil Dalloz*, 2003, chron., p. 2184. Si l'on parle ici de « production privée du droit », notons cependant que l'Unidroit (Institut international pour l'unification du droit privé) est une organisation internationale intergouvernementale créée en 1926 comme organe auxiliaire de la SDN, reconstituée en 1940 en vertu d'un accord multilatéral. Sa vocation est d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit d'États ou de groupes d'États et de préparer graduellement l'adoption par les divers États de règles uniformes de droit privé. Le projet de Principes de procédure civile transnationale est disponible sur le site de l'Institut :

[www.unidroit.org/french/procedure/study/76-10-f.p](http://www.unidroit.org/french/procedure/study/76-10-f.p).

<sup>65</sup> *Ibid.*



que les États aux ressources insuffisantes n'aient pas assez d'autorité pour refuser l'importation de codes clés en main<sup>66</sup>.

### 15. – Illustration de la production privée de normes autonomes : le renouveau de la

*lex mercatoria*. – Evoquons maintenant la production privée de normes « autonomes ».

Droit prenant sa source dans la pratique des professionnels, la *lex mercatoria* est aujourd'hui considérée avec bienveillance par les organisations internationales comme un modèle alternatif de régulation, alternatif au modèle de régulation étatique<sup>67</sup>. Ce renouveau d'un droit transnational du commerce, produit par les seuls acteurs économiques, peut être illustré par l'importance croissante prise par l'instrument des « codes de conduite privée »<sup>68</sup>. Leur objet, brièvement dit, paraît être, d'une part, de procurer aux signataires un avantage concurrentiel en assurant leur promotion et, d'autre part, d'éviter la mise en place de législations plus coercitives. Ces codes de conduite privée seraient « révélateurs de l'existence d'un ordre juridique a-étatique, propre aux opérateurs du commerce international. Plus précisément nous pouvons considérer qu'ils contribuent à la formation du droit a-national : ils en constituent l'une des sources formelles »<sup>69</sup>. Autrement dit, il y a bien un phénomène de privatisation de la production normative : des acteurs privés édictent, *a priori* de manière autonome, des normes qui sont reconnues et appliquées par d'autres acteurs privés, voir reprises par des acteurs publics (hypothèse alors similaire à celle du projet en matière de procédure civile). Conséquence de l'abstention ou de l'incapacité présumée de l'État à exercer ses

---

<sup>66</sup> Sur la livraison de codes « clés en main », cf. l'étude déjà classique de S. Silbey, « Let them eat cake : Globalization, Postmodern Colonialism and the possibilities of Justice », 31 *Law and Society Review*, 1997, p. 207 et s.

<sup>67</sup> Cf. E. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », *Mélanges Kahn*, Litec, 2000, p. 23.

<sup>68</sup> Cf. G. Farjat, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 151. Cf. également A. Veilleux et R. Canet, « Codes de conduite et gouvernance mondiale », in R. Canet et J. Duchastel (dir), *La régulation néolibérale. Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions, 2004 (à paraître).

<sup>69</sup> F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992, p. 291.



fonctions normatives dans un contexte de mondialisation, les acteurs privés s'autorégulent en s'imposant des « normes »<sup>70</sup> qu'ils élaborent de manière autonome.

Si le renouveau des principes de la *lex mercatoria*, l'élaboration en cours d'un droit transnational du commerce élaboré par et pour les seuls acteurs économiques, sont des phénomènes qui ne peuvent être contestés, l'autonomie de ce droit transnational suscite encore la controverse<sup>71</sup>. Selon Michel Virally, les normes transnationales ne peuvent échapper que partiellement aux ordres juridiques étatiques et « s'il existe une *lex mercatoria*, elle ne peut donc avoir la prétention de constituer un ordre juridique régissant les relations commerciales transnationales sous tous leurs aspects »<sup>72</sup>. Il ajoute que cela n'empêche pas de parler d'un ordre juridique transnational puisque tout ordre juridique n'est pas nécessairement complet et totalement auto-suffisant. Le phénomène de normalisation privée amène cependant à croire que cet ordre juridique transnational s'impose et tend à devenir de plus en plus autonome. Désormais, par exemple, les normes comptables ou les normes du code SA 8000 semblent échapper, au moins partiellement, au contrôle des États et illustrer la force du mouvement de production privée du droit comme alternative au droit étatique.

**16. – La normalisation/certification comme alternative au droit étatique.** – La normalisation répond à la demande des entreprises qui cherchent une harmonisation plus complète des normes sociales et techniques<sup>73</sup>. Si l'on en croit l'Organisation

---

<sup>70</sup> Le caractère normatif des codes de conduite reste débattu, cf. *infra* II.A.

<sup>71</sup> Citons, par exemple, J. Combacau et S. Sur pour qui le droit positif ne peut qu'être étatique (il y aurait bien une *lex* mais pas un *ordo*) « que l'État ait lui-même produit la totalité des éléments dont il se compose, ou qu'il ait incorporé pour faire siens des éléments dont il n'est pas l'auteur historique mais qui lui deviennent juridiquement imputables par le fait qu'il leur attribue dans son ordre propre une validité qu'ils n'avaient que dans le leur », *Droit international public*, Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2001, p. 9. Pour une synthèse des termes du débat, cf. A. Pellet, « La *lex mercatoria*, « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *Mélanges Kahn*, Litec, 2000, p. 54 ; J.-F. Riffard, « Mondialisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : une abdication de l'État de droit ? », in D. Mockle (dir.), *Mondialisation et état de droit*, Bruylant, 2002, p. 283

<sup>72</sup> M. Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *Mélanges Goldman*, Litec, 1982, p. 377.

<sup>73</sup> L. Boy, « La valeur juridique de la normalisation », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 183. Nous sommes ici redevables de l'analyse de Anik Veilleux et nous la remercions d'avoir attiré notre attention sur l'importance de ce thème dans le cadre des reconfigurations en cours de la régulation juridique.



internationale de normalisation, la normalisation internationale est réalisée par des accords consensuels entre les délégations nationales représentant tous les partenaires économiques concernés. Ces derniers conviennent de normes, c'est-à-dire des caractéristiques et critères à appliquer uniformément dans la classification des matériaux, dans la fabrication et la livraison de produits, dans les essais et les analyses, dans la terminologie et dans la fourniture de services<sup>74</sup>. Ainsi, la normalisation internationale offre un cadre de référence de nature volontaire qui émane de la coopération entre les créateurs de la norme et les parties intéressées. L'engagement des acteurs est validé par la certification dont l'objet est « de garantir, par l'intervention d'un organisme tiers, la compétence d'un professionnel, la conformité d'un produit, d'un service, ou d'une organisation à un référentiel normatif préétabli »<sup>75</sup>. La certification contribue donc à renforcer la valeur des normes.

Deux exemples peuvent permettre de démontrer la force de la normalisation. En matière de normalisation technique, l'exemple de la normalisation comptable peut être cité<sup>76</sup>. L'*International Accounting Standards Committee*, organisme privé international, a élaboré un ensemble de normes comptables afin d'harmoniser les pratiques au niveau mondial. Ces normes ont été reconnues par de nombreux acteurs privés mais aussi par les gouvernements<sup>77</sup> ! En matière de normalisation sociale, citons l'exemple de la norme SA 8000, développée par une organisation sans but lucratif<sup>78</sup>, elle a pour objet d'assurer le respect par les entreprises volontaires, d'un certain nombre d'instruments internationaux et de droits fondamentaux dans le domaine du travail. Il n'y a pas ici à proprement parler

---

<sup>74</sup> Cf. la rubrique « introduction » (question : « Ce que signifie normalisation internationale ? ») du site de l'Organisation internationale de normalisation ([www.iso.ch](http://www.iso.ch)), consulté en février 2004.

<sup>75</sup> J. Igalens et H. Penan, *La normalisation*, PUF, coll. Que Sais-je ?, 1994, p. 106.

<sup>76</sup> B. Raybaud-Turrillo, « Les processus de normalisation comptable : un exemple de droit postmoderne », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2001, p. 9.

<sup>77</sup> Par exemple, une proposition de règlement européen voudrait rendre les normes obligatoires d'ici 2005. Cf. les règlements CE n° 1606/2002 et CE n° 1725/2003 et les dernières évolutions sur le site : [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/accounting/ias\\_fr.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/accounting/ias_fr.htm). L'importance de ce dossier a enfin été pris en compte par l'exécutif français et il faut saluer l'intervention du Président de la République qui s'est inquiété de la potentialité d'une financiarisation accrue de l'économie par une « harmonisation » des normes comptables qui s'apparente en fait à l'importation d'une logique anglo-saxonne.

<sup>78</sup> *Social Accountability International*: [www.cepa.org](http://www.cepa.org)



de production privée de droit mais un travail de réécriture et de synthèse – dont on peut questionner le caractère scientifique – par des acteurs privés du droit international en vigueur. Les sites de production des firmes sont certifiés lorsque qu'ils répondent aux exigences de la norme SA 8000. Cette certification, en dehors de toute intervention des pouvoirs publics, est censée assurer le respect par les entreprises des normes de droit international. La nécessité de l'OIT ou l'utilité de toute intervention normative par les États peuvent être ainsi plus facilement remise en cause par la démonstration que les entreprises peuvent s'autoréguler.

**17. – Mise à l'écart de l'Etat.** – En définitive, même si l'on accepte volontiers de considérer que les normes produites par les marchands ne sont pas complètement autonomes des États car elles ne peuvent déployer véritablement leurs effets sans l'intermédiaire des ordres juridiques étatiques, il convient cependant de souligner ici encore que l'État paraît abandonner – de manière volontaire ou résigné – la production du droit à des acteurs privés. Il lui arrive même d'ailleurs de reprendre ces normes à son compte. Cette privatisation de la production normative n'était pas inéluctable. Avant que les acteurs privés cherchent à produire sous leur seul contrôle les normes relatives à leurs secteurs d'activités<sup>79</sup>, rappelons que les codes de conduite, par exemple, étaient essentiellement produits au sein des institutions internationales. La mise à l'écart de l'État est aujourd'hui motivée par un argumentaire qui peut être résumé de la manière suivante : l'intervention étatique ne peut être effective à l'heure de la mondialisation. A ce discours sur l'effectivité se joint un discours sur la légitimité pour justifier le désengagement de l'État à l'échelle nationale, désengagement que nous envisagerons plus rapidement afin d'offrir une analyse d'un volume raisonnable.

**18. – Autorégulation et corégulation.** – Pour éviter la potentialité d'une réglementation étatique, certains secteurs d'activité ont toujours proposé de s'autoréguler. Le phénomène est relativement ancien et jugé positif dans certains secteurs tels que, en France, la

---

<sup>79</sup> Cf. K. Boustany et N. Halde, « Mondialisation et mutations normatives : quelques réflexions en droit international », in F. Crépeau (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, 1997, p. 41.



publicité ou la vente à distance. Le phénomène s'est cependant amplifié avec la production croissante de « codes de conduite » dans une multitude de secteurs<sup>80</sup>. Ces derniers qui peuvent se présenter sous de multiples appellations (chartes, principes directeurs, recommandations, etc.) offrent des ensembles de règles déontologiques élaborées volontairement par les acteurs économiques d'un secteur d'activité particulier. Sans s'interroger encore sur les caractéristiques juridiques de ces instruments, il convient de souligner simplement qu'ils sont caractéristiques du phénomène de privatisation du droit dans la mesure où ces instruments sont souvent produits par les seuls acteurs privés même s'il faut noter la participation plus ou moins formalisée des pouvoirs publics suivant les diverses traditions nationales. L'étude du développement de la « société de l'information » permettrait d'illustrer avec éclat la vigueur du discours prônant l'autorégulation ou au mieux, la corégulation. Ces deux modes de production de normes sont jugés plus adaptés (rhétorique de l'efficacité) et plus démocratique (rhétorique de la légitimité) que le mode de production du droit étatique dans le cadre de démocraties représentatives<sup>81</sup>. Ils s'illustrent par la rédaction, là encore, de codes de conduite plutôt que de lois. De manière générale, l'État paraît avoir trouvé dans le code de conduite une superbe justification pour ne pas agir. Clemenceau pouvait s'écrier au siècle dernier que lorsque l'on veut enterrer un problème, on crée une commission parlementaire, désormais, pour enterrer un problème, les pouvoirs publics n'hésitent plus à se réfugier derrière l'appel à un code de conduite, défini par les acteurs les plus intéressés, pour ne

---

<sup>80</sup> Aucun domaine d'activité de l'État ne paraît désormais pouvoir y échapper. Nous ne pouvons résister à citer cet exemple offert par le ministère de l'Éducation nationale français avec son code de bonne conduite des interventions des entreprises en milieu scolaire, *Bulletin Officiel* (du ministère) n° 14 du 5 avril 2001.

<sup>81</sup> Particulièrement instructif est le rapport du député Christian Paul, *Du droit et des libertés sur l'internet : La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport au Premier ministre, Paris, La documentation française, 2000. Voici comment est justifié (p. 4) la nécessité de repenser la production du droit : « Mais le temps du législateur ou du juge n'est pas et ne peut généralement pas être celui de l'internet. Ils nécessitent, pour être correctement instruits, la prise en compte d'éléments juridiques, économiques, technologiques, sociologiques, et l'écoute de très nombreux points de vue émanant d'acteurs dont la représentativité (...) découle de leur capacité à émettre des propositions construites, plutôt que de critères objectifs. Ils ne peuvent être entièrement résolus à l'échelle nationale, voire même à l'échelle européenne. L'internet nécessite de repenser la manière de "produire le droit" ».



pas avoir à définir et à imposer une politique d'intérêt général face à des groupes d'acteurs qui peuvent aisément mobiliser des ressources pour s'y opposer<sup>82</sup>.

**19. – Les AAI.** – Autre illustration du désengagement de l'État et du déplacement/éclatement de la production normative, ce que l'on dénomme, en France, les autorités administratives indépendantes (AAI), ou de manière plus générique, les autorités de régulation<sup>83</sup>. Innovation importante au regard des principes traditionnels d'organisation de l'État, les AAI se sont multipliées, en France, depuis la fin des années 1970, suivant en cela une tendance qui peut être partout constatée<sup>84</sup>. Ces autorités de régulation sont les résultats d'un mouvement de privatisation et d'un démembrement de l'État justifié par l'inadéquation de l'intervention étatique dans des secteurs jugés « sensibles » (audiovisuel, concurrence, informatique, télécommunications, etc.) et qui seraient devenus trop complexes à gérer dans un contexte de révolution technologique et de mondialisation des échanges<sup>85</sup>. Il s'agissait également de limiter le corpus réglementaire et de réduire le rôle de l'administration comme productrice de normes et responsable de leur application. Leurs compétences coexistent avec celle du pouvoir législatif et réglementaire, se surajoutant aux formes de réglementation traditionnelles. En définitive, le développement des AAI démontre la force d'un certain libéralisme (le souhait d'un État arbitre) et l'influence de la pression des opérateurs économiques qui veulent se garder d'un encadrement étatique plus contraignant et supposé rigide et

---

<sup>82</sup> Pour n'évoquer qu'un exemple récent, le scandale des commandites au Canada a suscité chez l'industrie de la publicité une « réflexion » quant à la possibilité de se doter d'un « guide de bonnes pratiques commerciales » (cf. *Le Devoir* du 19 fév. 2004). Les pouvoirs publics n'auront pas ainsi à intervenir pour sanctionner à l'avenir par la loi des pratiques complètement nauséabondes.

<sup>83</sup> Les AAI ont également suscité la mise en place d'un droit de la régulation qui illustre les caractéristiques du droit qualifié de « post-moderne », cf. *infra* n° 28.

<sup>84</sup> Cf. le Rapport public 2001 du Conseil d'État, Etudes et documents n° 52, Paris, La documentation française. Selon l'étude, les AAI poursuivent cinq missions principales : des missions de médiation au sens strict du terme ; des missions de protection des libertés publiques ; des missions d'évaluation pluridisciplinaire et d'expertise ; des missions de garant de l'impartialité de la puissance publique et enfin des missions de régulation.

<sup>85</sup> Les AAI peuvent être définies selon M. Gentot, comme des organismes publics non juridictionnels et dépourvus de la personnalité morale qui ont reçu de la loi la mission d'assurer la régulation de secteurs sensibles, de veiller au respect de certains droits des administrés et sont dotés de garanties statutaires et de pouvoirs leur permettant d'exercer leurs fonctions sans être soumis à l'emprise du gouvernement, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 1991.



partial. Eu égard à l'objet de notre analyse, retenons donc que « ce développement des autorités de régulation confirme un net déplacement de la production juridique vers des pouvoirs privés économiques »<sup>86</sup>.

**20.** – La privatisation de la production normative, c'est avant tout un phénomène qui décrit la pluralité des foyers de droit et un rôle accru des acteurs privés dans la production de normes. Cette volonté de dissocier la production du droit de l'État n'est pas sans conséquence, bien entendu, sur le type d'instrument adopté et les modalités de contrôle de l'application du droit. Il convient toutefois au préalable d'examiner comment la gouvernance justifie la privatisation des procédures d'élaboration des normes « publiques » (c'est-à-dire pour faire simple : les lois, règlements européens, les traités, etc.) dans la mesure où elle justifie des droits de participation accrue des acteurs privés en amont et en aval de la prise de décision publique.

---

<sup>86</sup> A.-J. Arnaud, *op. cit.*, p. 223.



## B. – LA MULTIPLICATION DES INTERACTIONS DANS LES PROCÉDURES D'ÉLABORATION DU DROIT

**21. – Ouverture et participation.** – Les insuffisances supposées de la régulation étatique dans un contexte de mondialisation ont justifié la multiplication des foyers de droit d'où le renouveau des thèses du pluralisme juridique. Le constat de départ est ici celui des insuffisances de la démocratie représentative, ce qui va permettre aux tenants de la gouvernance d'expliquer et de justifier l'ouverture des procédures d'élaboration des normes « publiques » aux acteurs du secteur privé et de la société civile au nom d'une nouvelle forme de démocratie, la démocratie participative. Afin d'offrir une analyse synthétique, le passage à un « droit négocié » sera principalement envisagé dans le cadre de l'Union européenne.

**22. – De la démocratie représentative à la démocratie participative.** – Permettons-nous, tout d'abord, une longue citation de Renaud Dehousse afin d'exposer le diagnostic dominant : « La notion de démocratie représentative telle qu'elle ressort des débats consacrés à la légitimité des institutions européennes semble souvent s'apparenter davantage à une vision de la démocratie propre au XVIII<sup>e</sup> siècle qu'au gouvernement de sociétés postindustrielles complexes. Elle ne tient pas compte des nombreux problèmes auxquels cette forme de gestion des affaires publiques se trouve confrontée au niveau national. Nous n'en mentionnerons que quelques-uns : nous savons depuis Schumpeter qu'il est faux de supposer que le peuple se prononce lui-même sur les questions qui le concernent par l'élection de ses représentants (...). De même, des phénomènes tels que la constitution d'une vaste bureaucratie, le progrès technologique ou le rôle croissant des experts dans l'élaboration des politiques publiques rendent difficile de soutenir que toutes les décisions affectant le sort de la nation sont prises par les représentants du peuple. Le processus de décision est généralement beaucoup plus complexe (...). En d'autres termes, cette vision quelque peu idéalisée de la démocratie représentative qui



## DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA Chaire MCD – 2004-02

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie  
<http://www.chaire-mcd.ca/>

sous-tend les discussions sur ce que devrait être la démocratie européenne n'a que peu à voir avec la manière dont ce modèle fonctionne dans la réalité d'aujourd'hui »<sup>87</sup>.

La question est alors de s'interroger sur une alternative. Celle-ci s'apparente à ce qu'il est commun de dénommer « démocratie participative » ou encore « démocratie organique » (cf. le tableau page suivante<sup>88</sup>). Cette forme de démocratie est le fruit direct des théories de la gouvernance et c'est une piste particulièrement explorée à l'échelle supranationale et singulièrement européenne, tant il est vrai que la légitimité des institutions supranationales demeure problématique dans la mesure où il s'agit de résoudre le défi du fonctionnement démocratique d'institutions dans un cadre politique qui ne soit plus celui de l'État et de la nation, cadre qui a pourtant vu naître et croître la démocratie en Europe<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> R. Dehousse, « Les institutions européennes en quête de légitimité : nécessité d'une approche privilégiant la procédure », *op. cit.*, pp. 187-188. Cf. également S. Andersen & T. Burns, « The European Community and the Erosion of Parliamentary Democracy: A Study of Post-parliamentary Governance », in S. Andersen & K. Eliassen (eds.), *The European Union: How Democratic is it?*, Sage, 1996, p. 227 et s.

<sup>88</sup> Tableau que l'on retrouve dans la synthèse du Livre vert offerte par A. Sloat, p. 7 :

[http://europa.eu.int/comm/governance/doc3\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/governance/doc3_en.pdf).

<sup>89</sup> Pour une réflexion générale, cf. P. Manent, « La démocratie sans la nation ? », *Commentaire*, septembre-octobre 1996, p. 569, et pour une première analyse relative à l'Union européenne, cf. J. Goodman, « The European Union: reconstituting democracy beyond the nation-state »; in A. McGrew (ed), *The transformation of Democracy? Globalization and Territorial Democracy*, Polity Press, 1997, p. 171.



**DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA Chaire MCD – 2004-02**

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie  
<http://www.chaire-mcd.ca/>

	<b>Modèle démocratie formelle :</b>	<b>Modèle démocratie organique :</b>
	<p>système avec un gouvernement représentatif comme arrangement institutionnel principal pour organiser la discussion publique, la négociation et le processus collectif d'élaboration des normes</p>	<p>système aux multiples sphères publiques, culture démocratique diffusée par l'intermédiaire de « citoyens démocrates » qui adhèrent aux normes de la délibération démocratique</p>
Représentant et gardien des valeurs démocratiques	Parlement, <i>Demos</i>	Parlement comme meta-souverain ; comme agent assurant transparence, responsabilité et délibération démocratique à tout niveau dans les lieux principaux de gouvernance ; citoyens démocrates (ceux qui adhèrent aux règles du jeu démocratique)
Agents clés	<i>Demos</i> , Parlement, gouvernement	Parlement, gouvernement, sociétés civiles, ONG, org. intergouvernementales, « citoyens » démocrates qui réalisent la norme d'une « participation légitime »
Sphère de discussion et de débat public	Parlement, <i>Demos</i> , discussions organisées par le gouvernement	Parlement, sociétés civiles, sphères publiques formelles et informelles qui sont établies par des agents autonomes ou par délégation
Forme délibérative	Délibération parlementaire	Multiplés formes de délibération démocratique conduit selon des normes générales, libre accès, respect pour autrui, procédures de délibération, et responsabilité

**23. – De la légitimité intrinsèque du droit à la légitimité procédurale.** – Dans le cadre de cette nouvelle forme de démocratie, la légitimité du droit produit par les autorités publiques n'est plus intrinsèque : la force de la règle de droit dépendrait « désormais du consensus dont elle est entourée »<sup>90</sup>. Désormais, il importerait donc que les destinataires des normes soient parties prenantes à son élaboration. A une légitimité intrinsèque,

<sup>90</sup> J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 675.



fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une « légitimité procédurale », attestée notamment par ses modes d'élaboration.

Réfléchissant sur les modes de gouvernement qu'il conviendrait d'adopter au niveau de l'Union européenne, Olivier de Schutter explique de la manière suivante le sens et la nécessité d'une légitimité procédurale : « en définitive, il s'agit de traduire, sur le plan d'une réforme des dispositifs institutionnels, le diagnostic auquel conduit le constat de l'échec des formes classiques de régulation. Là se situe notre souci d'associer à l'élaboration de la norme et à la surveillance de son respect, comme à l'évaluation permanente de ses effets et, le cas échéant à sa révision, l'ensemble des parties intéressées au champ réglé par la norme : c'est parce que l'accentuation de cette participation à la norme et de la révisabilité de celle-ci rompent avec l'idée que serait adéquate la norme arrêtée unilatéralement au départ d'un savoir expert. Là se situe encore notre insistance sur la motivation dont la norme est accompagnée, lors de son adoption, mais également lors de chacune de ses instances d'application : c'est que l'exigence de cette motivation, en réponse aux questions que suscite la norme de la part de ceux qu'elle concerne, constitue la source d'un dialogue, lequel atteste que nul ne peut plus aujourd'hui prétendre disposer en monopole de l'objectivité requise à l'adoption ou à l'application correctes de la règle »<sup>91</sup>.

**24. – Le droit négocié.** – Le constat est donc bien celui d'une crise des mécanismes, de la démocratie représentative ou du moins, leur difficile application à l'échelle supranationale, à laquelle se joint une analyse critique à l'égard des modalités traditionnelles de la régulation étatique et ce, indépendamment du niveau d'analyse

---

<sup>91</sup> O. de Schutter, « La procéduralisation dans le droit européen – Propositions institutionnelles », in *La Gouvernance dans l'Union européenne, op. cit.*, p. 209. Dans le même ouvrage, R. Dehousse parle, plus prosaïquement, d'une approche favorisant la « procédure » qui « insiste sur le caractère équitable du processus de décision. Elle exige que les intérêts des personnes affectées par les décisions administratives soient pris en compte. Les procédures conçues pour associer les intéressés au processus de décision sont par conséquent considérées comme un élément essentiel. Elles tendent à varier selon le type de décision concerné. Selon cette exigence de « régularité », les organes administratifs doivent tenir compte des intérêts affectés par les décisions individuelles. Concernant l'activité réglementaire, cette même préoccupation de régularité peut conduire à adopter des règles garantissant la transparence et la participation, ou encore des droits de consultation », p. 199.



choisi<sup>92</sup>. Désormais, le droit ne serait légitime que s'il est un « droit négocié », le fruit d'une délibération collective<sup>93</sup>. Et, en effet, c'est bien une négociation autour de la norme juridique qui est désormais, à tout niveau, en voie de généralisation et d'officialisation. A cet égard, l'Union européenne fait figure de laboratoire aux enseignements particulièrement instructifs. La production du droit européen, du fait de l'absence du support d'un « État », dans un système politique original qui reste difficile à qualifier au regard des catégories traditionnelles du droit constitutionnel<sup>94</sup>, constitue un lieu privilégié pour examiner la portée des transformations de la régulation juridique.

**25. – Le laboratoire européen.** – Devant les difficultés persistantes à transformer l'Union européenne en ce qui pourrait s'apparenter à une forme d'organisation étatique fédérale, l'Union en vient aujourd'hui à être présentée comme préfigurant un nouveau modèle d'organisation des pouvoirs, concrétisant les enseignements de la gouvernance.

---

<sup>92</sup> Citons encore J. de Munck et J. Lenoble, « Les mutations de l'art de gouverner », in *La Gouvernance dans l'Union européenne*, op. cit., p. 45 : « Dans l'État libéral, l'instance législative était la première. L'État social a été le moment de l'émergence du pouvoir exécutif. On renforce aujourd'hui les instances de contrôle des agents d'exécution, dans le même temps où se transforment les modes de fonctionnement et de composition des instances administratives elles-mêmes. (...) Dire cela, ce n'est pas disqualifier le Parlement ou les groupes qui ont acquis droit de cité avec l'État social. C'est dire simplement que, aujourd'hui, ce type de construction régulatoire ne suffit plus », et les auteurs d'ajouter que « la procéduralisation de l'action publique que semble appeler la transformation en cours de nos démocraties avancées est principalement liée à une compréhension renouvelée du rapport entre la justification et l'application des règles. C'est pour faire droit à cette transformation nécessaire de nos systèmes de régulation juridique et à ce qui la motive — une meilleure compréhension des exigences «normatives» liées à la dynamique de la raison — que nous parlons de l'émergence d'un troisième paradigme du droit. Par-delà le droit formel de l'État libéral et le droit matériel de l'État social se dessine aujourd'hui le paradigme du droit procédural. Il s'agit, avons-nous dit, pour la différencier des perspectives fonctionnaliste de N. Luhmann ou formaliste et idéaliste de J. Habermas, d'une *procéduralisation cognitive*: mise en place des mécanismes permettant de générer sur le plan collectif des processus d'apprentissage pour gérer l'indétermination liée à des contextes de rationalité limitée », *idem*, pp. 49-50.

<sup>93</sup> André-Jean Arnaud nous offre une saisissante synthèse de cette évolution : « le pluralisme juridique nous enseigne qu'une nouvelle raison juridique – *négociée* – anime aujourd'hui le droit, en contradiction avec la raison juridique *imposée* d'autorité, et mise en œuvre sous les auspices du principe politique de la prise de décision collective au travers de la représentation du corps social. Ce qui, en d'autres termes, peut s'énoncer : *Le droit comme ensemble prescriptif tend à comprendre, à côté de l'instrument étatique légitimement édicté par l'autorité représentative du corps des citoyens auquel il s'impose, des normes juridiques issues de modes de gestion négociée des relations sociales où interviennent les intéressés eux-mêmes dans leur propre contexte, et qui peuvent être regroupés sous le vocable de 'gouvernance'* », op. cit., p. 306.

<sup>94</sup> Cf. notre étude avec R. Canet, « Fédération ou Confédération ? Les cas canadien et européen », in J. Duchastel (dir.), *Fédéralismes et mondialisation. L'avenir de la démocratie et de la citoyenneté*, Athéna Éditions, 2003, p. 95.



Cette nouvelle gouvernance européenne permettrait la mise en place d'une nouvelle forme de démocratie, offerte comme un remède au « déficit démocratique » : la « démocratie participative »<sup>95</sup>. Il s'agit essentiellement d'ouvrir le processus d'élaboration des normes. En encourageant une meilleure participation des citoyens à l'élaboration des normes communautaires par une « procéduralisation du droit communautaire », la Commission espère adapter l'idéal démocratique à des institutions originales et légitimer celles-ci en retour.

**26. – La procéduralisation du droit communautaire.** – La réforme souhaitée passe essentiellement par une ouverture du « processus d'élaboration des politiques afin qu'il se caractérise par une participation et une responsabilisation accrues ». En encourageant une meilleure participation des citoyens sur les décisions communautaires par une « procéduralisation du droit communautaire », la Commission espère adapter l'idéal démocratique à des institutions originales et légitimer celles-ci en retour<sup>96</sup>. Posant un postulat, qui mériterait cependant à être largement discuté, que « la démocratie dépend de la capacité des citoyens de prendre part au débat public »<sup>97</sup>, le Livre blanc indique qu'il importe de renforcer la participation à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques de l'Union, dans le cadre d'un mode de fonctionnement plus transparent. Pour ce faire, la Commission veut développer la société de l'information et renforcer ses liens avec les acteurs infra-étatiques (« régions ») et non-étatiques (« société civile »<sup>98</sup>). La

---

<sup>95</sup> Sur le Livre blanc sur la gouvernance européenne de la Commission européenne, publié le 25 juillet 2001, cf. notre étude, « Le remède au “déficit démocratique” : Une nouvelle gouvernance pour l'Union européenne ? », *Journal of European Integration*, vol. XXV, 2003, p. 131 et s.

<sup>96</sup> La Commission s'est laissée convaincre par le constat désormais souvent avancée lorsque l'on évoque le problème du « déficit démocratique » de l'Union, et que résume parfaitement N. Lebessis et J. Paterson : « Le procès en « déficit démocratique » qu'on persiste à faire à l'Union bride les tentatives de réforme, dans la mesure où les options envisagées restent cantonnées au modèle de l'État-nation et de la démocratie représentative. Le problème se situe à un niveau autrement plus profond que ne l'indique cette expression rebattue. Plutôt que de déficit démocratique, il nous semble plus pertinent, plus fondamental de parler d'un déficit de sensibilisation réciproque entre la société civile et les pouvoirs publics, et, par conséquent, d'axer le processus de réforme sur des options qui visent à résoudre ce problème ».

<sup>97</sup> COM(2001) 428 final, p. 14.

<sup>98</sup> Le Livre blanc indique (p. 17, note 9) que « la société civile regroupe notamment les organisations syndicales et patronales (les « partenaires sociaux »), les organisations non gouvernementales, les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des églises et



Commission, pour mettre en place une « culture renforcée de consultation et de dialogue »<sup>99</sup>, propose concrètement : un dialogue plus systématique à un stade précoce de l'élaboration des politiques, avec les représentants des collectivités régionales et locales ; l'introduction de plus de flexibilité dans les modes d'application de la législation communautaire de manière à prendre en compte les spécificités régionales et locales ; d'établir et de publier des normes minimales de consultation par le biais d'un code de conduite ; de mettre en place des partenariats allant au-delà des normes minimales dans certains domaines en contrepartie d'une application par la société civile des principes de bonne gouvernance.

Quant aux principes d'efficacité et de cohérence, ils guident principalement les réformes suggérées dans le domaine de l'élaboration et l'exécution de la réglementation. La Commission, outre le vœu sans cesse répété sous d'autres latitudes d'une législation plus claire, regrette une législation encombrée de détails superflus. Pour améliorer la réglementation, le Livre blanc juge notamment impératif d'analyser l'opportunité d'une intervention, du niveau d'intervention requis et du type d'instrument qui doit être utilisé. C'est toutefois bien le moins de ce qui peut être légitimement attendu par les citoyens. La création de nouvelles agences de régulation est également avancée au titre d'une meilleure application des règles et permettrait à la Commission de concentrer ses efforts dans les secteurs qui nécessitent vraiment une prise de responsabilité politique de sa part. Aspect le plus innovant, la proposition tendant à ce que l'élaboration des décisions et le contrôle de leur exécution soient, dans certaines conditions, effectués dans le cadre de la « corégulation », c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure associant institutions et acteurs non gouvernementaux, sous couvert d'une meilleure circulation de l'information et d'un plus grand respect de la législation. Quant à un aspect particulièrement positif du Livre Blanc, notons qu'en matière d'élaboration de la réglementation, la Commission

---

communautés religieuses ». Pour une définition plus précise de la société civile organisée, le Livre blanc renvoie à l'avis du Comité économique et social sur « le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne », JO C-329 du 17 novembre 1999, p. 30.

<sup>99</sup> COM(2001) 428 final, p. 20.



veut établir des lignes directrices pour recueillir et utiliser l'expertise, afin d'en assurer la responsabilité, le pluralisme et l'intégrité.

**27. – La consécration « constitutionnelle » de la démocratie participative.** – Sans qu'il soit possible de l'examiner ici de manière exhaustive, ce modèle juridique, qui se caractérise par une « procéduralisation » du droit, tend certainement à se diffuser dans l'ensemble des pays européens. Il importe de noter, à cet égard, que la démocratie participative vient d'ailleurs de faire dernièrement l'objet de sa première consécration « constitutionnelle »<sup>100</sup> : l'article 46 du *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, en date du 18 juillet 2003, consacre un « Principe de la démocratie participative » et suit directement l'article 45 qui est relatif à une notion plus classique, celle de démocratie représentative<sup>101</sup>. Il convient cependant de remarquer que si les évolutions en ce sens sont maintenant rationalisées et justifiées au nom de la gouvernance, de multiples initiatives ont pu être prises avant que ce concept n'émerge. Dernière observation, le mot « gouvernance » bénéficie également de ce qui est à notre connaissance, sa première consécration constitutionnelle.

---

<sup>100</sup> Si l'on accepte de croire qu'il est possible de parler de constitution pour qualifier le texte suprême d'une structure non-étatique et l'absence d'expression d'un pouvoir constituant originaire. Pour une courte synthèse, cf. notre conférence, « Sur l'idée d'une Constitution pour l'Europe », *Notes de conférence de la Chaire MCD*, 13 fév. 2002, disponible sur le site de la Chaire.

<sup>101</sup> Notons également que la *Charte démocratique interaméricaine*, adoptée le 11 septembre 2001, si le terme de démocratie participative n'est pas expressément utilisé, souligne l'importance de la « participation » citoyenne. Ainsi, selon l'article 2 de la Charte : « L'exercice effectif de la démocratie représentative constitue le fondement de l'Etat de droit et des régimes constitutionnels des Etats membres de l'Organisation des Etats Américains. La démocratie représentative est renforcée et approfondie grâce à la participation permanente, éthique et responsable des citoyens dans un cadre de légalité conforme à l'ordre constitutionnel respectif. » Quant à l'article 6, il prévoit que « La participation des citoyens à la prise de décisions concernant leur propre développement est un droit et une responsabilité. Elle est aussi une condition indispensable à l'exercice intégral et performant de la démocratie. La promotion et le perfectionnement des diverses formes de participation renforcent la démocratie. »



Extraits du *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*

**Article 45: Principe de la démocratie représentative**

1. Le fonctionnement de l'Union est fondé sur le principe de la démocratie représentative.
2. Les citoyennes et les citoyens sont directement représentés au niveau de l'Union au Parlement européen. Les États membres sont représentés au Conseil européen et au Conseil des ministres par leurs gouvernements, qui sont eux-mêmes responsables devant les parlements nationaux, élus par leurs citoyens.
3. Toute citoyenne ou tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union. Les décisions sont prises aussi ouvertement et aussi près des citoyens que possible.
4. Les partis politiques de niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyennes et des citoyens de l'Union.

**Article 46: Principe de la démocratie participative**

1. Les institutions de l'Union donnent, par les voies appropriées, aux citoyennes et citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union.
2. Les institutions de l'Union entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile.
3. En vue d'assurer la cohérence et la transparence des actions de l'Union, la Commission procède à de larges consultations des parties concernées.
4. La Commission peut, sur initiative d'au moins un million de citoyens de l'Union issus d'un nombre significatif d'États membres, être invitée à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application de la Constitution. La loi européenne arrête les dispositions relatives aux procédures et conditions spécifiques requises pour la présentation d'une telle initiative citoyenne.

**Article 47: Les partenaires sociaux et le dialogue social autonome**

L'Union européenne reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux au niveau de l'Union, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux; elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie. (...)

**Article 49: Transparence des travaux des institutions de l'Union**

1. Afin de promouvoir une bonne gouvernance, et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, les organes et les agences de l'Union oeuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture.
2. Le Parlement européen siège en public, ainsi que le Conseil des ministres lorsqu'il examine et adopte une proposition législative.
3. Toute citoyenne ou tout citoyen de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre dispose d'un droit d'accès aux documents des institutions, des organes et des agences de l'Union, quelle que soit la forme dans laquelle ils sont produits, dans les conditions prévues dans la Partie III.
4. La loi européenne fixe les principes généraux et les limites qui, pour des raisons d'intérêt public ou privé, régissent l'exercice du droit d'accès à de tels documents.
5. Chaque institution, organe ou agence visé au paragraphe 3 arrête dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents, en conformité avec la loi européenne visée au paragraphe 4.



**28. – Généralisation du « droit négocié » à l'échelle nationale.** – Ici encore, le diagnostic est celui des insuffisances de la régulation étatique joint à une crise de la démocratie représentative<sup>102</sup>. Pour ne mentionner que la France, *a priori* un bastion de résistance au libéralisme économique avec sa tradition étatiste<sup>103</sup>, la force de l'idéologie de la gouvernance peut être aisément illustrée par la force du mouvement de contestation du droit administratif, symbole d'un droit antinomique avec les principes fondamentaux du libéralisme : « On reproche au droit administratif d'être par essence un droit d'inégalité et de privilège : irréversiblement marqué du sceau de l'unilatéralité, il serait l'instrument de la mise en tutelle de la société par l'État ; or, ce modèle étatique de régulation sociale, héritage d'une « culture politique désuète », serait frappé d'obsolescence »<sup>104</sup>. Le concept bien français de « service public », par exemple, rentre dans le rang. Pour réconcilier ce concept avec le marché, les services publics ont été « privatisés » (au niveau de la gestion) et doivent respecter le droit de la concurrence « tout ceci dans le cadre de mécanismes de régulation substitués à l'ancienne réglementation étatique unilatérale »<sup>105</sup>. Notons que ces mécanismes de régulation ont fait l'objet d'une belle analyse donnant sens et cohérence à cette évolution du droit. Evoquant un « droit de la régulation », Marie-Anne Frison-Roche offre la perspective d'une nouvelle « branche du droit regroupant l'ensemble des règles affectées à la

---

<sup>102</sup> Sur la crise du lien politique (tant du point de vue de la représentation que de la participation politique) et du lien civique avec la montée de l'individualisme et du communautarisme qui nuisent à l'idée d'une communauté politique, cf. J. Chevallier, « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *Mélanges Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 361 et s.

<sup>103</sup> Reprenant les catégories théoriques énoncées par Hayek (*Droit, législation et liberté*, vol. 1 : règles et ordre, PUF, 1980), L. Cohen-Tanugi expose la thèse que le modèle autorégulé américain serait plutôt du côté de l'« ordre spontané » et son système juridique, largement jurisprudentiel, proche du « droit de la liberté » ou *nomos*, tandis que le modèle français serait clairement orienté vers l'« organisation », et sa régulation, produite par la « loi du législateur » ou *thesis* », *Le droit sans l'Etat*, Quadriga, PUF, 1992, p. 9.

<sup>104</sup> J. Chevallier, « L'évolution du droit administratif », *op. cit.*, p. 1802.

<sup>105</sup> Cf. Y. Gaudemet, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : Vrais et faux procès », *Mélanges Jeanneau*, Dalloz, 2002. Dans ses conclusions sous l'affaire *Million et Marais* (CE, 3 nov. 1997, p. 395, concl. Stahl), le Commissaire du gouvernement soulignait que la conception traditionnelle du Conseil d'État en matière de service public est « centrée sur l'utilisateur », et que, c'est sous l'effet du droit communautaire, qu'il convient d'y ajouter « une autre dimension, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence ».



régulation de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes »<sup>106</sup>. Sans que le mot gouvernance soit évoqué, l'auteur évoque une « application du droit entièrement guidée par les fins » qui suscite des normes évolutives (« non seulement le droit ne cesse de se modifier mais encore il apparaît davantage comme un flux de solutions particulières, mouvantes »), et une juridictionnalisation du système, le tout marqué par une méthode de raisonnement téléologique, pragmatique et constructive<sup>107</sup>.

En définitive, il convient de retenir que le droit administratif français serait ainsi rentré dans le rang. Outre le développement déjà évoqué d'un certain pluralisme au niveau des sources, le mode de production du droit administratif se caractérise désormais également par une tendance à la « procéduralisation »<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, chron., p. 610.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 613.

<sup>108</sup> Outre le fait qu'elles peuvent illustrer la montée d'un certain pluralisme à l'intérieur même de l'appareil étatique, les AAI peuvent également illustrer le phénomène du droit négocié dans la mesure où elles assurent une forte participation des milieux intéressés et dont le mode d'exercice s'apparente de plus en plus aux procédés de l'administration contentieuse. Y. Gaudemet reconnaît d'ailleurs que les AAI, en développant des mécanismes de régulation se distinguant assez nettement de la réglementation administrative classique (travail de publicité et de persuasion, voire de négociation, mise en place d'outils « pédagogiques », de normes de références, développement de fonctions consultatives) illustre le mouvement qui tend à ce que « la régulation remplace ou au moins relaie la réglementation dans le droit des services publics, même si – il faut bien le reconnaître – les catégories traditionnelles du droit administratif en sont un peu bousculées », *ibid.*, p. 482. De manière générale, sur la procéduralisation de l'action publique, Cf. J. de Munck & J. Lenoble, *op. cit.*, pp. 42-46. Les auteurs, distinguant leur approche de celle fonctionnaliste de N. Luhmann ou formel et idéaliste de J. Habermas, défendent l'idée d'une procéduralisation du droit dite *cognitive*, c'est-à-dire la « mise en place des mécanismes permettant de générer sur le plan collectif des processus d'apprentissage pour gérer l'indétermination liée à des contextes de rationalité limitée ». Dans ce processus, deux conditions seraient déterminantes : « l'échange dialogique ouvert entre toutes les parties concernées par un problème ; le bouclage réflexif permanent entre la justification de la loi et son application dans des contextes concrets » (p. 45). Il ne faudrait donc pas confondre « procéduralisation » et procédures formelles.



## DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA Chaire MCD – 2004-02

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie  
<http://www.chaire-mcd.ca/>

### *La formalisation d'un exercice de « démocratie participative » en France :*

#### *L'exemple de la Loi « Barnier ».*

L'objet essentiel de la Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité est de transformer la Commission nationale du débat public (CNDP : [www.debatpublic.fr](http://www.debatpublic.fr)), créée par la loi dite « Barnier » du 2 février 1995, en autorité administrative indépendante et en élargit le champ de compétence.

Article 134 portant modification de l'Art. L. 121-1 du code de l'environnement : « ... La Commission nationale du débat public, autorité administrative indépendante, est chargée de veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées, relevant de catégories d'opérations dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, dès lors qu'ils présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire.

« La participation du public peut prendre la forme d'un débat public. Celui-ci porte sur l'opportunité, les objectifs et les caractéristiques principales du projet.

« La participation du public est assurée pendant toute la phase d'élaboration d'un projet, depuis l'engagement des études préliminaires jusqu'à la clôture de l'enquête publique réalisée en application des dispositions du chapitre III du titre II du livre Ier du présent code ou du chapitre Ier du titre Ier du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

« En outre, la Commission nationale du débat public veille au respect de bonnes conditions d'information du public durant la phase de réalisation des projets dont elle a été saisie jusqu'à la réception des équipements et travaux.

« Elle conseille à leur demande les autorités compétentes et tout maître d'ouvrage sur toute question relative à la concertation avec le public tout au long de l'élaboration d'un projet.

« La Commission nationale du débat public a également pour mission d'émettre tous avis et recommandations à caractère général ou méthodologique de nature à favoriser et développer la concertation avec le public.

« La Commission nationale du débat public et les commissions particulières ne se prononcent pas sur le fond des projets qui leur sont soumis. »

### *La prochaine consécration constitutionnelle d'un « droit négocié » :*

#### *L'exemple de la Charte de l'environnement*

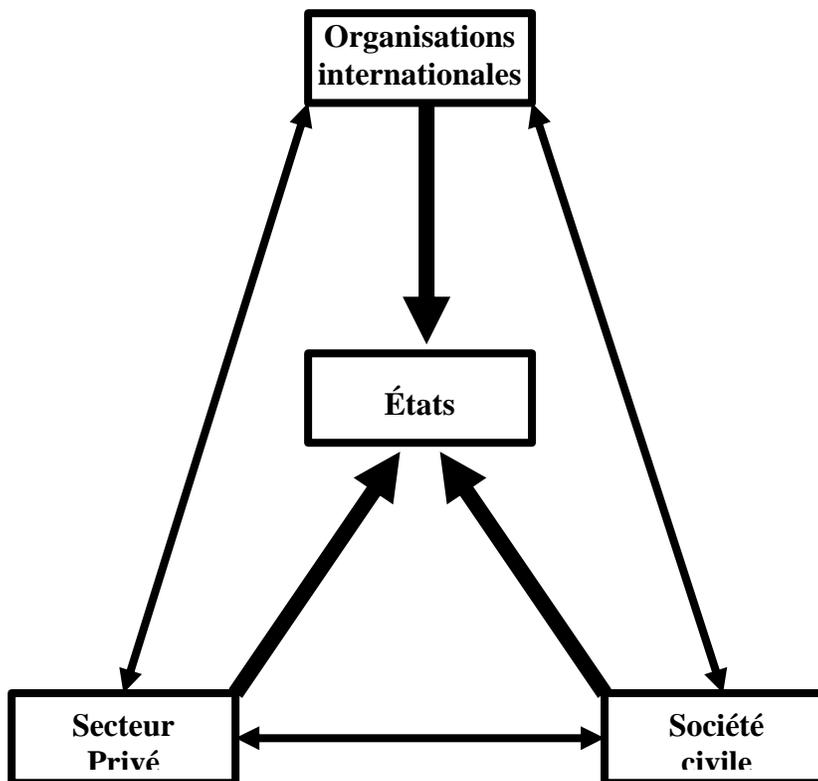
Projet de loi constitutionnelle n° 992, enregistré à l'Assemblée nationale le 27 juin 2003

Article 7 : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de *participer à l'élaboration* [nous soulignons] des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

**29. – Généralisation du droit négocié à l'échelle internationale ou la promotion d'une gouvernance gérée par des *stakeholders*.** – Quant aux modalités de négociation de la production normative au niveau international, soulignons simplement ici l'importance prise par la notion de *stakeholders*. Il s'agit d'associer ces « parties prenantes », à savoir les États, le secteur privé et la société civile, dans le processus de



production de normes. C'est là une application directe d'un des principes essentiels du système de gouvernance, à savoir que les décisions doivent être prises et mises en œuvre sur un mode plus horizontal au sein de réseaux de politiques publiques incluant les *stakeholders* entre lesquels les interactions se gèrent essentiellement sur le mode coopératif<sup>109</sup>. Raphaël Canet présente cette structure tripartite de gouvernement comme le « triangle de la gouvernance »<sup>110</sup>.



<sup>109</sup> Y. Papadopoulos, « Démocratie, gouvernance et « management de l'interdépendance » : de rapports complexes », *Mélanges Hermet*, Ed. Karthala, 2002, p. 134.

<sup>110</sup> Cf. « La société de l'information : retour sur l'avènement d'une priorité mondiale », *Conférences de la Chaire MCD*, mars 2003, p. 23 : [www.chaire-mcd.ca/publications/canet-mars-2003.pdf](http://www.chaire-mcd.ca/publications/canet-mars-2003.pdf).



Cette déformalisation des structures décisionnelles ne manque pas cependant de laisser songeur<sup>111</sup>. En effet, ce triangle de la gouvernance tend à égaliser les rapports entre les « partenaires ». C'est ainsi, pour ne citer qu'un récent exemple, que dans la déclaration de principes adoptée lors du Sommet mondial sur la société de l'information à Genève en décembre 2003, les « représentants des peuples du monde » reconnaissent « que l'édification d'une société de l'information inclusive exige de nouvelles formes de solidarité, de partenariat et de coopération entre tous les Etats, le secteur privé, la société civile et les organisations internationales. Réalisant que l'objectif ambitieux de la présente Déclaration - réduire la fracture numérique et garantir un développement harmonieux, juste et équitable pour tous - impliquera un ferme engagement de la part de toutes les parties prenantes, nous lançons un appel à la solidarité numérique, aussi bien à l'échelle des nations qu'à l'échelle internationale »<sup>112</sup>. Plus loin, il est encore affirmé, à propos du rôle des gouvernements et de toutes les parties prenantes dans la promotion des TIC pour le développement, que « Les gouvernements, le secteur privé, la société civile, l'Organisation des Nations Unies, ainsi que d'autres organisations internationales sont investis d'une responsabilité et d'un rôle importants dans l'édification de la société de l'information et, selon le cas, dans les processus de prise de décision. L'édification d'une société de l'information à dimension humaine est une entreprise commune qui requiert une coopération et un partenariat entre toutes les parties prenantes »<sup>113</sup>.

Que l'autorité publique, censée représenter l'intérêt général, participe dans la gouvernance internationale sur un pied d'égalité avec les autres partenaires, lesquels parlent au nom d'intérêts particuliers ou sectoriels, n'induit-il pas « une forme de privatisation de l'administration et l'affaiblissement du contrôle que les représentants de

---

<sup>111</sup> De manière générale, cf. P. Fortin, *Gouvernance" et "société de l'information" : introduction à l'analyse critique des nouvelles modalités de prise de décision dans le domaine de l'action publique*, Thèse sciences de l'information Paris II, 2002.

<sup>112</sup> Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-F, 12 décembre 2003, § 17.

<sup>113</sup> *Ibid.*, § 20.



l'État et du gouvernement doivent exercer sur les processus d'élaboration des politiques publiques »<sup>114</sup> ?

**30. – De la nécessité de distinguer suivant le niveau d'analyse.** – Les dangers de la privatisation croissante des procédures d'élaboration des normes nous paraissent devoir s'accroître au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la sphère nationale. Si nous évoquons des « dangers », il faut souligner toutefois que la recherche d'une participation officiellement organisée, plus directe et multiforme, par les individus, la « société civile » ou les opérateurs économiques, dans le processus de production des normes ne doit certainement pas être jugée illégitime ou malvenue, car il est vrai que le pouvoir tend à se déplacer hors de l'enceinte des parlements nationaux et que les acteurs économiques les plus puissants exercent *de facto* leur influence dans le processus de production de normes<sup>115</sup>, allant parfois jusqu'à élaborer leurs propres normes<sup>116</sup>. La satisfaction générale que l'on décerne à l'égard de la « procéduralisation » du droit et de la mise en place consécutive d'une démocratie participative pousse cependant à ne pas accepter entièrement la panoplie des remèdes proposés au nom d'une « meilleure » gouvernance<sup>117</sup>.

**31. – Redéfinition de la démocratie.** – Doit-on, en effet, déduire de l'appel à une « gouvernance plus démocratique »<sup>118</sup>, une tentative implicite de substituer une nouvelle forme de démocratie, la « démocratie participative », à la démocratie représentative sans que les citoyens soient consciemment mis en position de choisir. La redéfinition de la démocratie, au nom des transformations subies par les démocraties nationales dans un contexte de mondialisation, par l'appel à la philosophie de la participation plutôt qu'aux

---

<sup>114</sup> A. Kazancigil, « La gouvernance : itinéraires d'un concept », *op. cit.*, p. 128.

<sup>115</sup> Sur le constat d'une « co-production », en France, des politiques publiques au sein de réseaux de gouvernance et la fin de l'imposition de ces politiques par l'appareil politico-administratif, cf. Y. Papadopoulos, « Démocratie, gouvernance et « management de l'interdépendance » : de rapports complexes », *op. cit.*, p. 133 et s.

<sup>116</sup> Cf. *supra* I.A.

<sup>117</sup> Les développements qui suivent sont pour une large part extraits de notre étude relative à l'Union européenne de novembre 2002, cf. la rubrique Documents de travail sur le site internet de la Chaire MCD.

<sup>118</sup> COM(2001) 428 final, p. 12.



formes traditionnelles de légitimation dans le cadre d'un régime parlementaire peut être certainement analysée positivement s'il s'agit de récupérer le pouvoir perdu par les citoyens. Même si l'on peut, d'un point de vue théorique, contester le bien-fondé de l'utilisation du concept de « démocratie » pour décrire des mécanismes de participation à la prise de décision<sup>119</sup>, dès lors que les mécanismes de la démocratie représentative coexistent avec ceux de la « démocratie » participative, il n'apparaît pas que les réformes initiées au nom de la gouvernance doivent être rejetées. Il est permis, en effet, d'espérer qu'une participation de tous à l'élaboration de normes assure la légitimité de la règle produite et conduit à une plus grande efficacité en raison notamment de la circulation de l'information permise et l'intérêt supposé des acteurs non étatiques de respecter des règles qu'ils ont contribué à mettre en place. A l'échelle de l'Union européenne, il apparaît également important, en effet, de rééquilibrer l'influence des acteurs non élus (scientifiques, bureaucrates, lobbyistes et, dans une certaine mesure, les juges) dans le système politique de l'Union, en assurant la participation de chacun de manière plus continue et directe, tout en facilitant la potentialité d'un contrôle renforcé de ce dernier à divers stades de la phase administrative de décision, que ce soit avant ou après la phase législative.

Quelques précautions doivent être cependant prises pour que la démocratie participative ne devienne l'alibi à une maîtrise par les acteurs privés dominants des procédures administratives ou législatives d'élaboration des normes dans nos démocraties nationales, et qu'elle ne serve pas à marginaliser le pouvoir de révocation des citoyens en diluant

---

<sup>119</sup> Si l'on reste au stade des principes, peut-on encore parler de démocratie quand au règne unitaire du *demos* par la voie du suffrage universel, se substitue celui de l'individu « participatif », qui participe selon des modalités variables au processus de production des normes mais dont rien n'assure la prise en compte effective de son opinion alors qu'en outre, aucun mécanisme ne permet d'assurer le « renvoi » des autorités en place. L'utilisation souvent synonyme de « démocratie participative » et de « gouvernance participative » amène également à s'interroger sur le fait de savoir si les tenants de cette usage synonyme n'envisagent pas la démocratie moderne comme relevant plus d'un art de gouverner où il importe finalement peu de savoir au nom de qui les gouvernants exercent le pouvoir. En dernier lieu, il convient de préciser combien le fait de présenter la démocratie participative comme un retour aux sources, comme le renouveau d'une certaine démocratie directe, relève d'une fausse logique car là où il est question de l'expression directe par les seuls citoyens de leur pouvoir souverain, la démocratie participative assure la participation filtrée d'individus ou de groupes afin seulement qu'ils *proposent* leurs opinions.



toute responsabilité. Le danger est particulièrement grand à l'échelle international car le citoyen ne peut exercer théoriquement son pouvoir de révocation qu'à l'égard des autorités de son Etat, or celui-ci n'est qu'un des trois acteurs dans le « triangle de la gouvernance » et il paraît extrêmement difficile de voir quel résultat des négociations peut lui être attribué.

**32. – De la nécessité de quelques précautions.** – L'ouverture à des acteurs privés organisés collectivement, firmes ou ONG, peut être généralement saluée, car le leitmotiv actuel est d'accroître la participation de la fameuse « société civile »<sup>120</sup>. Et certes, plutôt que de se contenter d'une légitimation par les *outputs*, c'est-à-dire par les résultats, l'accroissement des *inputs* peut être jugé essentiel et positif. Toutefois, encore est-il possible de penser que ces *inputs* ne doivent pas forcément être le fait réservé d'acteurs privés puissants, dont l'influence peut susciter le triomphe d'intérêts particuliers au détriment de l'intérêt public, abus de pouvoir ou encore corruption. Il s'agit donc d'élaborer des règles qui permettent de remédier à la question de la représentation des intérêts publics, organiser la participation d'acteurs aux ressources insuffisantes ou celle des personnes marginalisées<sup>121</sup>. Prenons l'exemple du Livre blanc de la Commission européenne, ne faisant aucune mention des possibilités de réaliser une participation effective des citoyens ordinaires, la participation au processus de décision « will probably remain the monopoly of already organised groups, while ordinary citizens will not be encouraged to become more active »<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Pour une mise en perspective des enjeux démocratiques posés par la participation de la « société civile », cf. notamment D. Curtin, « 'Civil society' and the European Union: Opening Spaces for Deliberative Democracy », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Kluwer Law International, vol. VII, book 1, 1999, p. 83 et s.

<sup>121</sup> Sur les difficultés liées à la consultation d'acteurs non gouvernementaux, Cf. O. de Schutter, « La procéduralisation dans le droit européen – Propositions institutionnelles », in O. de Schutter *et al.*, *op. cit.*, pp. 219-222.

<sup>122</sup> P. Magnette, « European Governance and Civic Participation: Can the European Union be politicised? », in C. Joerges, Y. Mény, J. Weiler (eds), *Mountain or Molehill?*, *op. cit.*, p. 23. Si l'auteur reconnaît la nature élitiste de la citoyenneté européenne, il réfute la conclusion que le système n'est pas démocratique.



**33.** – Outre la question de l'égalisation nécessaire des ressources entre acteurs de la négociation qu'il conviendrait d'assurer au niveau national comme européen, convenons que cette représentation est éminemment problématique dans la mesure où il est toujours plus difficile de mobiliser dans des structures organisées, les citoyens pour la défense des intérêts publics, que d'organiser la défense d'intérêts particuliers. Le système de la gouvernance peut susciter ici de grandes craintes dans la mesure où il fait l'impasse sur l'intérêt général. En effet, celui-ci n'est plus envisagé que comme la somme des intérêts individuels : « l'intérêt public n'est plus un, monopolisé par l'État mais pluriel, exprimé par toutes sortes d'entités tant publiques que privées (...) La gouvernance confirme la victoire de l'« existentialisme » : il y a intérêt public dès lors qu'un individu ou un groupe proclame telle ou telle exigence comme intérêt public et obtient des autres la reconnaissance de cette proclamation »<sup>123</sup>. Dans ce contexte, la volonté de favoriser par exemple, la co-régulation, si souvent avancée aujourd'hui à titre de remède-miracle, doit faire l'objet d'une grande surveillance. Plus fondamentalement, elle doit rester selon nous une méthode et ne pas devenir une source de droit. Si l'on veut bien croire que l'État manque, en certains domaines, d'expertise, de capacité d'organisation ou plus tristement, d'autorité, ce qui justifierait une « co-production » des politiques publiques<sup>124</sup>, il n'apparaît pas indispensable pour autant de favoriser, au nom de la sacro-sainte efficacité, la privatisation du pouvoir de décision des autorités publiques en transférant ce pouvoir à des acteurs privés non responsables politiquement.

**34.** – Dès que l'on quitte la sphère nationale, les raisons de s'inquiéter de la privatisation des processus d'élaboration des normes s'accroissent car il y a une perte nette en matière de démocratie (pour les seuls citoyens des pays démocratiques évidemment) qui ne saurait être simplement justifié par des considérations tenant à un meilleur management de l'interdépendance. Il ne faudrait pas que les individus se voient reconnaître la seule potentialité de participer à l'élaboration de la norme plutôt que de contrôler les

---

<sup>123</sup> Ph. Moreau-Desfarges, *op. cit.*, p. 43.

<sup>124</sup> Y. Papadopoulos, « Démocratie, gouvernance et « management de l'interdépendance » : de rapports complexes », *op. cit.*, pp. 138-139.



producteurs de normes ? Dans cette nouvelle gouvernance à l'échelle supranationale, les gouvernés auront certes, en théorie, le droit de discourir et de participer au processus de décision, mais ce sera dans le cadre d'un schéma de gouvernement maîtrisé, en pratique, par des réseaux de « philosophes-rois » auto-désignés (élite administrative nationale et internationale, experts, firmes multinationales ou encore représentants auto-désignés de la « société civile ») et qui sauront définir par eux-mêmes l'« intérêt général », plutôt que de suivre les tendances « irrationnelles » des électeurs.

**35.** – En définitive, s'il est possible de convenir que « l'implication des acteurs de la société dans l'exercice d'une démocratie participative », peut améliorer l'efficacité des processus décisionnels ou assurer la construction d'une éthique démocratique<sup>125</sup>, il ne faut pas cependant sous-estimer la réalité des rapports de force, d'une information imparfaite et la vraisemblance de comportements irrationnels ou criminels. Il faut refuser que la voix des acteurs « privés » ou « civils » organisés prennent le pas sur la voix de peuple<sup>126</sup> et que d'une démocratie définie comme « le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple », la gouvernance permette l'émergence d'une « démocratie » définie comme « le gouvernement des organisations, par des organisations et pour des organisations »<sup>127</sup>. Il convient ainsi de s'atteler à la recherche de mécanismes de contrôle

---

<sup>125</sup> Ph. Herzog, « Formation d'une société civile européenne et ouverture du système institutionnel », O. de Schutter *et al.*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>126</sup> R. Dehousse ne fait rien pour répondre à nos inquiétudes en écrivant : « Contrairement à d'autres approches, celle-ci attache moins d'importance à la qualité des intrants qui convergent vers les décideurs (vote des citoyens, mandats législatifs) qu'à la régularité des procédures de décision: ce qui compte n'est pas que la décision finale puisse être formellement rapportée à la volonté du corps des citoyens, mais plutôt que ceux qui le souhaitent puissent avoir la possibilité d'exprimer leur point de vue » mais l'auteur ne manque cependant pas d'ajouter peu après que « la solution qui vient d'être décrite, consistant à privilégier la procédure, ne doit pas être considérée comme appelée à se substituer au contrôle exercé par les institutions politiques. Au contraire, l'émergence d'un débat public sur les décisions d'exécution pourrait renforcer la responsabilité d'organes autrement demeurés obscurs, contribuant en fin de compte à la constitution d'une sphère publique transnationale. La gestion des affaires publiques, en particulier dans les sociétés complexes d'aujourd'hui, est un phénomène aux multiples facettes, qui ne saurait être ramené à un modèle unique. »

<sup>127</sup> C'est d'ailleurs ce qu'indique expressément le Livre vert : « Direct participation in public or collective problem-solving and policy-making has never been so widespread and far-reaching as today. But this entails something new: the participation of groups and organizations more than that of autonomous, individual citizens. The new emerging governance order is largely one of organizations, by organizations, and for organizations, involving as well a significant role for experts », T. Burns *et al.*, *The Future of Parliamentary Democracy*, *op. cit.*



afin que les procédures de participation au stade de l'élaboration de la norme ne soient que des instruments rhétoriques de légitimation des autorités en place<sup>128</sup> ou pire, et c'est un risque particulièrement élevé à l'échelle internationale, des instruments permettant « une appropriation de la production normative par les acteurs les plus puissants et à leur seul profit »<sup>129</sup>.

## II. – LA PRIVATISATION DE L'APPLICATION DU DROIT

36. – Les évolutions décrites au stade de la production normative (pluralisme juridique et ouverture des procédures d'élaboration des normes « publiques » aux acteurs privés et civils) ne pouvaient demeurer sans conséquences sur les instruments normatifs aujourd'hui privilégiés. En effet, la gouvernance tendrait à privilégier un droit « mou », dont l'exemple type serait le code de conduite, plutôt qu'un droit « dur » dont l'exemple type serait la loi. Cette évolution n'est pas surprenante dès lors que l'analyse porte sur la volonté des acteurs privés de s'autoréguler ou de coréguler un secteur donné, elle l'est plus lorsque l'on s'aperçoit que cette évolution a également la faveur des pouvoirs publics. Or, en devenant « mou », le droit perd son aspect unilatéral et contraignant, qualités essentielles du droit moderne. Comme le souligne Jacques Chevallier, cet

---

<sup>128</sup> Les exemples malheureux pourraient être multipliés dans le cadre français. Rappelons ainsi l'exemple de la première « conférence de consensus » sur les OGM, en 1998, suivie cinq semaines après d'une décision gouvernementale contraire sur les points essentiels aux recommandations du « panel de profanes » consultés en grande pompe. Sur cet exemple de démocratie participative à l'œuvre et une comparaison avec des expériences du même type au Danemark, en Grande-Bretagne et en Allemagne, cf. l'instructive Note d'actualité n°1 de la Fondation Sciences Citoyennes, *Quel débat sur les OGM ? Quelle participation de la société civile à l'orientation des politiques de recherche agronomique ?*, 20 octobre 2003, disponible sur le site internet : <http://sciencescitoyennes.org>. Un autre exemple qu'il conviendra d'analyser ultérieurement est le « Débat national sur l'avenir de l'école » qui s'est engagé à la rentrée 2003. Les méthodes suivies par la Commission Thélot, du nom de son président chargé par M. J.-P. Raffarin, Premier ministre, d'organiser le débat national, pour synthétiser la volumineuse « participation citoyenne », suscitent d'ores et déjà la polémique.

<sup>129</sup> M. Delmas-Marty, « Les processus de mondialisation du droit », in *Le droit saisi par la mondialisation*, op. cit., p. 64.



avènement d'un droit « non prescriptif »<sup>130</sup>, « déclaratoire », est indissociable du passage au droit négocié<sup>131</sup> et, nous ajouterons, du phénomène de production privée des normes. Et s'il apparaît compréhensible que les acteurs privés privilégient une régulation sans sanction par un instrument tel que le code de conduite, que faut-il penser d'une telle évolution qui favorise l'émergence de normes non contraignantes et ce, même à l'échelle nationale, là où l'État a pourtant le plus de moyens d'exercer son autorité. Nous serions tentés d'y voir une abdication, un renoncement de l'État à assumer sa fonction de régulation sociale, d'arbitrage entre les intérêts particuliers. En privilégiant un droit mou et en favorisant le pragmatisme dans la mise en œuvre du droit, les pouvoirs publics peuvent certes espérer que ce que nous dénommerions un « droit du marché », permette d'aboutir plus efficacement à des équilibres consensuels et heureux. Il est cependant plus probable que cela traduit un renoncement à faire respecter le droit et à changer la société, renoncement dissimulé de diverses manières sous le voile légitimant de la gouvernance.

#### A. – LE CODE DE CONDUITE, INSTRUMENT PRIVILEGIÉ DU DROIT DE LA GOUVERNANCE

**37.** – La régulation, démantelant les corsets supposés trop rigides de la réglementation, apparaît avant la gouvernance bien qu'elle y soit étroitement associée aujourd'hui<sup>132</sup>. Si le concept de régulation ne se laisse pas toujours aisément cerner et peut différer grandement de sens selon les auteurs<sup>133</sup>, citons seulement ici Mireille Delmas-Marty pour qui la régulation évoque « l'apparition d'un nouveau processus à caractère organique, en ce sens que la norme n'a plus alors la rigidité marque de la réglementation traditionnelle

---

<sup>130</sup> Cf. J.-B. Auby, « Prescription juridique et production juridique », *Revue du droit public*, 1988, p. 673 et s.

<sup>131</sup> J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 678.

<sup>132</sup> Ph. Moreau-Desfarges, *op. cit.*, p. 63.

<sup>133</sup> Cf. A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 52 ; A.-M. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 610.



déterminant un espace juridique clos, homogène et hiérarchisé (homogène parce que hiérarchisé). Différente, la régulation se développe dans un nouvel espace, « non-euclidien conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples, comme des lignes de fuite ou des rhizomes, pour reprendre l'expression de Gilles Deleuze et Felix Guattari. Espace rhizomatique de la régulation qui ne s'oppose pas à l'espace pyramidal de la réglementation comme deux modèles antagoniques, car il n'y a aucune symétrie entre eux »<sup>134</sup>. Dit de manière plus prosaïque, ce concept de régulation traduirait donc un processus de « redéploiement, par une multiplicité d'acteurs, publics et privés, selon des dispositifs d'incitation, de négociation, de flexibilité qui appellent des normes temporaires, évolutives, réversibles »<sup>135</sup>. On retrouve ici les caractéristiques d'un système de gouvernance et du droit qui y est afférent, le droit postmoderne décrit par Jacques Chevallier qui, pour résumer cet appel à « des normes temporaires, évolutives, réversibles », parle d'un « droit pragmatique, sous tendu par une préoccupation d'efficacité qui modifie en profondeur la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité »<sup>136</sup>. C'est le triomphe du « droit mou », selon une expression qui connaît un grand succès, d'un droit non-contraignant et souple qui serait par conséquent également un droit « flou »<sup>137</sup>.

**38.** – Le droit mou émerge dans un contexte de dégradation de la production normative « classique »<sup>138</sup>. Une idée récurrente est celle de la crise de la loi dans la mesure où la norme législative avait tendance à devenir une norme non-prescriptive et à durée de plus en plus limitée<sup>139</sup>. De nombreuses études, en France, ont ainsi été consacrées à l'inflation

---

<sup>134</sup> M. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », texte disponible sur le site du réseau européen Droit & Société : [www.reds.msh-paris.fr/communication](http://www.reds.msh-paris.fr/communication).

<sup>135</sup> M. Delmas-Marty, « Du désordre mondial à la force du droit international », leçon inaugurale prononcée au Collège de France, extraits dans *Le Monde* du 22 mars 2003.

<sup>136</sup> J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 677.

<sup>137</sup> Cf. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986.

<sup>138</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1997.

<sup>139</sup> Cf. G. Braibant, « Penser le droit sous la V<sup>e</sup> République : cohérence et codification », *Revue du droit public*, numéro spécial sur Les 40 ans de la V<sup>e</sup> République, 1998, p. 1773.



normative<sup>140</sup>. Or, si nul n'est censé ignorer la loi, il faut constater un phénomène général de dégradation de la production normative qui ne cesse de s'aggraver avec la multiplication des normes latérales (en France avec la poursuite de la décentralisation et la fédéralisation croissante des relations avec les T.O.M.) et « étrangères » (en particulier en Europe avec le droit communautaire). Et il serait faux de croire que cette dégradation quantitative n'affecte pas le fond du droit. Cela ne veut certes pas dire qu'il n'y ait jamais eu antérieurement de mauvaises lois mais pour ne prendre qu'un exemple, les normes produites par les institutions de l'Union européenne, *patchwork* de divers styles juridiques, s'avèrent souvent d'une extrême longueur sans que le citoyen y gagne pour autant dans la mesure où cela n'exclut pas une croissante complexité. C'est dans ce contexte qu'il faut envisager le recours grandissant au code de conduite.

**39.** – L'instrument emblématique du droit de la gouvernance est certainement le code de conduite, fruit de méthodes juridiques qualifiées parfois de « douces » car faisant appel à des mécanismes d'autorégulation ou encore de corégulation. Susceptible d'être dénommé de diverses manières, par exemple, charte ou encore guide, cet instrument peut être défini comme « un ensemble de normes, de pratiques posant des contraintes, susceptibles d'interprétations ouvertes » dans le but « de sécréter de l'autodiscipline par une conscience claire des intérêts communs »<sup>141</sup>. Les différences avec la loi peuvent être clairement schématisées : la loi est adoptée selon des procédures constitutionnelles et porte des effets juridiques précis alors que le code relève d'un processus auto-organisationnel, présente la caractéristique de ne pas être formellement obligatoire et dont l'instrument répressif est plutôt la réprobation du groupe. Il convient de noter que différents acteurs peuvent émettre ce genre d'instrument. Les acteurs publics (États, organisations internationales) peuvent très bien élaborer des codes de conduite et le

---

<sup>140</sup> Cf. l'étude sur la sécurité juridique dans le Rapport public 1991 du Conseil d'État, Etudes et documents n° 43, La documentation française.

<sup>141</sup> Ph. Moreau-Desfarges, *op. cit.*, p. 64.



## DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA Chaire MCD – 2004-02

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie  
<http://www.chaire-mcd.ca/>

phénomène est d'ailleurs assez ancien<sup>142</sup>, par exemple, en ce qui concerne l'activité des firmes multinationales<sup>143</sup>. Il demeure vrai toutefois que ce sont surtout les opérateurs économiques qui ont favorisé le retour à une telle tendance, en adoptant des « codes de conduite privés » afin de s'autoréguler dans un contexte de mondialisation croissante. L'aspect le plus original tient aujourd'hui à ce que les pouvoirs publics s'approprient désormais également cet instrument pour intervenir à l'échelle nationale – ou à celle de l'Union européenne – et ce, dans n'importe quel domaine. A titre d'illustration, offrons ci-dessous l'exemple du type de règles et de la méthodologie favorisée pour les produits, qui sont favorisées par l'Union européenne ou encore le Conseil de l'Europe dans le cadre de la société de l'information.

---

<sup>142</sup> Cf. ainsi l'étude publiée en 1978 par M. Virally, « Les codes de conduite : Pourquoi faire ? », in J. Touscoz (dir), in *Transferts de technologie. Sociétés transnationales et nouvel ordre international*, PUF, 1978, p. 210.

<sup>143</sup> Cf. dernièrement A. Veilleux et R. Canet, « Codes de conduite et gouvernance mondiale », in R. Canet et J. Duchastel (dir), *La régulation néolibérale. Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions, 2004 (à paraître)



L'exemple de la société de l'information

*Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique)*

Considérant n° 49 (dans l'exposé des motifs) : Les États membres et la Commission doivent encourager l'élaboration de codes de conduite. Cela ne porte atteinte au caractère volontaire de ces codes et à la possibilité, pour les parties intéressées, de décider librement si elles adhèrent ou non à ces codes.

Article 16 Codes de conduite

« 1. Les États membres et la Commission encouragent :

- a) l'élaboration, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de code de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application des articles 5 à 15 ;
- b) la transmission volontaire à la Commission des projets de codes de conduite au niveau national ou communautaire;
- c) l'accessibilité par voie électronique des codes de conduite dans les langues communautaires ;
- d) la communication aux États membres et à la Commission, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de leurs évaluations de l'application de leurs codes de conduite et de leur impact sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique;
- e) l'établissement de codes de conduite pour ce qui a trait à la protection des mineurs et de la dignité humaine.

2. Les États membres et la Commission encouragent les associations ou les organisations représentant les consommateurs à participer à l'élaboration et à l'application des codes de conduite ayant des incidences sur leurs intérêts et élaborés en conformité avec le paragraphe 1, point a). Le cas échéant, les associations représentant les personnes souffrant d'un handicap visuel et, de manière générale, les personnes handicapées devraient être consultées afin de tenir compte de leurs besoins spécifiques.

*Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de la 840e réunion des Délégués des Ministres, Strasbourg, 28 mai 2003*

Principe 2 : Autorégulation ou corégulation

Les États membres devraient encourager l'autorégulation ou la corégulation à l'égard des contenus diffusés sur l'Internet.

Les exemples pourraient être très aisément multipliés mais soulignons seulement ici que ce succès ne peut être compris, bien entendu, que dans le contexte du droit négocié étudié précédemment<sup>144</sup>. Puisque la procédure d'élaboration des normes « publiques » s'ouvre

<sup>144</sup> « Dans un monde qui retourne au contrat, pointe, ici encore, le concept de droit *négocié*, par opposition au droit imposé. Le premier relèverait de la tractation, du contrat, de la transaction, de la participation, renouerait avec l'idée de responsabilité. C'est l'extension de la privatisation à la majorité des domaines de la régulation sociale », A.-J. Arnaud, *op. cit.*, p 317.



aux acteurs privés, ceux-ci poussent à l'adoption d'un instrument qui favorise leur rôle et, on est libre de le penser, leurs intérêts bien compris. L'avantage pour les autorités élues, c'est qu'en offrant un semblant de règles, les codes de conduite offrent une formidable excuse à l'inaction. N'imposant généralement aucune obligation, le code nous paraît révéler surtout l'ingéniosité de leurs auteurs qui ont compris qu'ils pouvaient continuer à ne respecter que les normes à leur convenance, voire à ne pas les respecter du tout en l'absence de mécanismes adéquats de surveillance et de sanction, tout en se couvrant d'un voile légitimant et protecteur face à la potentialité d'un sursaut de dignité de la part des gouvernements élus et la critique toujours possible de la société civile.

**40.** – Si l'on réfléchit sur le caractère juridique du code de conduite, une première piste de réflexion tentante est évidemment de comparer le droit mou (qualifié également de doux sans que l'on sache toujours très bien la différence) à la *soft law* en droit international. Il s'agit toutefois selon nous de ne pas les confondre car le droit « mou » de la gouvernance est une expression qui permet de refléter les caractéristiques de l'évolution des normes juridiques et n'évoque pas une catégorie particulière de règles. Il est instructif cependant de signaler très rapidement que le caractère normatif de la *soft law* a été débattu en droit international. Pour les uns, du caractère non obligatoire de la *soft law* (ou actes concertés non conventionnels), on ne saurait déduire leur caractère non-juridique car il s'agit de ne pas assimiler abusivement le « juridique » et l'« obligatoire ». Pour les autres, les normes peu contraignantes, par exemple celles des codes de conduite, sont des normes pré-juridiques qui, même avec le temps, ne peuvent devenir « *law* »<sup>145</sup>.

Ce débat offre quelques éclaircissements quand il s'agit de débattre de l'instrument du code de conduite comme règle de droit. Rappelons, tout d'abord, que si des acteurs privés sont de plus en plus à l'origine d'une production normative dont la juridicité peut apparaître affaiblie au juriste, il convient également de prendre en compte la dégradation

---

<sup>145</sup> Comp. Nguyen Quoc Dinh, P. Dailler, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 1999, p. 382-388 et P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 7-8.



du droit produit par l'État. La règle juridique ne se caractérisant plus vraiment par sa précision, généralité et son abstraction, on ne saurait refuser à ce titre le caractère normatif du code de conduite. Quant à la liaison usuelle entre règle de droit et sanction par l'autorité publique, on signalera simplement qu'il existe des règles juridiques sans sanction et, en conséquence, il est difficile de refuser aisément au code de conduite la qualification de règle de droit. Que la gouvernance privilégie le code de conduite comme norme juridique ne peut donc suggérer un déclin du droit mais illustre, si l'on ose être très schématique, d'une victoire du droit privé sur le droit public, du triomphe du droit négocié par rapport au droit imposé, bref, d'une privatisation de la régulation juridique qui ne manque également pas de toucher le droit au stade de sa mise en œuvre.

## B. – LE PRAGMATISME, QUALITÉ PRIVILÉGIÉE DANS LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA GOUVERNANCE

**41.** – Au nom de l'efficacité de la norme, la gouvernance justifie donc un droit moins contraignant, dont on peut questionner l'effectivité, mais également un droit plus réflexif. Un droit plus réflexif car il s'agit de permettre la révisabilité de la règle de droit (phénomène qui touche essentiellement le droit dur puisqu'il est plus aisé, par définition, de réviser le droit mou) afin de favoriser une application optimale de la règle<sup>146</sup>. En dernier lieu, on mentionnera l'appel à une justice « douce » comme une autre facette de la privatisation du droit au stade de sa mise en œuvre.

**42.** – A l'échelle nationale, les normes « molles », si elles sont dépourvues de force contraignante, paraissent toutefois pouvoir acquérir une certaine force. Elles peuvent, en effet, être prises en compte par le juge (étatique) pour apprécier le comportement normalement diligent des professionnels. De nombreuses décisions se réfèrent aux

---

<sup>146</sup> Selon O. de Schutter, « nul ne peut plus aujourd'hui prétendre disposer en monopole de l'objectivité requise à l'adoption ou à l'application correctes de la règle », « La procéduralisation dans le droit européen – Propositions institutionnelles », *La Gouvernance dans l'Union européenne, op. cit.*, p. 209.



codes de conduite élaborés par les professionnels et fonderaient la responsabilité des acteurs sur cette base<sup>147</sup>. Les dispositions contenues dans ces codes peuvent donc s'apparenter à des règles déontologiques professionnelles opposables, au-delà de leurs signataires, aux professionnels d'un secteur donné. Les dispositions des codes de conduite pourraient ainsi s'apparenter à des standards au même titre que la « bonne foi » ou les « soins d'un bon père de famille », concepts familiers aux juristes<sup>148</sup>. Si la valeur de ces codes reste toutefois relative parce que ceux-ci sont dépourvus de force contraignante, le code de conduite, norme privilégiée du droit de la gouvernance, n'est donc pas condamné à une non-effectivité en raison de son caractère non contraignant. Le juge étatique a ici un rôle extrêmement positif à jouer en limitant les potentialités dangereuses de la privatisation de la production normative.

**43.** – Résultat de la procéduralisation du droit, celui-ci devient « réflexif » au stade de sa mise en œuvre après avoir été « négocié » au stade de sa production. Il est assumé, en effet, que « le droit n'est plus assuré d'une légitimité *ab initio* » mais que « celle-ci dépend de son aptitude à produire certains effets économiques et sociaux. Investi et subverti par une rationalité technico-économique qui lui est extrinsèque, le droit est désormais soumis à une obligation permanente d'adaptation : il est devenu un droit à espérance de vie limitée »<sup>149</sup>. La légitimité de la norme juridique dépend ainsi du consensus dont elle est entourée lors de son élaboration et de sa capacité à produire les résultats escomptés lors de son application. Et c'est donc au nom de l'efficacité de la norme juridique que celle-ci peut faire l'objet d'« expérimentations » et que des dispositifs d'évaluation ont été mis en place.

---

<sup>147</sup> Cf. l'instructive étude de F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 509. L'auteur souligne (p. 523) que ces solutions juridiques n'ont pu être forgées qu'au prix de tempéraments apportés au principe de l'indépendance de l'ordre juridique étatique et des ordres juridiques privés.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 524. L'auteur énonce une série d'exemples où le juge étatique contribue à l'effectivité d'une norme de conduite édictée ou élaborée par un organisme corporatif dans la mesure où il y a standard professionnel dont la violation doit être juridiquement sanctionnée.

<sup>149</sup> J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ?... », *op. cit.*, p. 680.



44. – Les systèmes d'expérimentation du droit autorisent, avant généralisation, une application des normes en principe limitée dans le temps mais également, si nécessaire, dans son champ spatial ou matériel<sup>150</sup>. S'il est vrai que dans la conception issue de la Révolution française, la loi s'applique « à tous les cas et à toutes les personnes entrant dans les prévisions abstraites des textes régulateurs »<sup>151</sup>, il paraît raisonnable d'admettre un plus grand empirisme du droit et l'entorse au principe d'égalité du moment que l'expérimentation obéit à des conditions strictes et qu'elle remplisse les espoirs (encore à démontrer cependant) d'une plus grande efficacité et d'un approfondissement de la démocratie<sup>152</sup>. Ces espoirs se retrouvent de manière presque caricaturale, en France, dans l'exposé des motifs du *Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, révision effective en date du 28 mars 2003, dont nous reproduisons ci-dessous quelques extraits.

*Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*

Exposé des motifs

(...)Une République plus responsable doit équilibrer l'exigence de cohérence et le besoin de proximité. C'est à l'Etat, et d'abord au Parlement, qu'il appartient de définir les grands principes et d'évaluer la façon dont ils sont mis en œuvre sur tout le territoire. *Mais ce rôle sera d'autant mieux assuré si l'Etat se recentre sur ses missions principales* [nous soulignons]. Quant aux collectivités territoriales, il convient de reconnaître leur capacité et leur autonomie de gestion, sous le contrôle du citoyen. Le droit à l'expérimentation permettra, pour chaque politique publique, de déterminer le bon niveau d'exercice des compétences. Ainsi les conditions de la mise en œuvre du principe de subsidiarité seront réunies.

(...) L'article 2 du projet de loi introduit dans la Constitution un article 37-1 qui habilite le législateur à procéder à des expérimentations. La même faculté est donnée au Gouvernement, pour l'exercice de son pouvoir réglementaire. Destinée à éprouver la pertinence de nouvelles normes en leur donnant un champ d'application territorial ou matériel restreint, *l'expérimentation est un instrument qui doit permettre d'avancer avec plus de sûreté et d'efficacité sur la voie des réformes dans une société marquée par la complexité* [nous soulignons]. Elle constitue, en particulier, un moyen pour progresser sur la voie de l'indispensable réforme de l'Etat. (...) Les textes législatifs et réglementaires prévoyant une expérimentation et restreignant à cet effet le champ d'application de la nouvelle norme devront toutefois fixer un ensemble de conditions permettant d'assurer un équilibre entre l'intérêt général qui s'attache à la mise à l'essai de nouvelles règles et les exigences du principe d'égalité. (...)

<sup>150</sup> Cf. C. Mamontoff, « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *Revue du droit public*, 1998, p. 351.

<sup>151</sup> R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 4.

<sup>152</sup> Cf. notamment l'article 2 du projet qui introduit dans la Constitution un article 37-1 qui habilite le législateur à procéder à des expérimentations. La même faculté est donnée au Gouvernement, pour l'exercice de son pouvoir réglementaire.



45. – Quant aux procédures d'évaluation, faute de pouvoir en présenter l'extrême richesse en peu de pages, renvoyons à la riche analyse de Bernard Perret qui nous signale que « telle qu'elle est comprise aujourd'hui après des décennies de maturation du concept, l'évaluation est significative d'une *nouvelle manière de concevoir la rationalisation de l'action collective*, élargissant la vision traditionnelle des rapports entre les sciences sociales et la pratique politico-administrative »<sup>153</sup> et évoquons un exemple récent, celui de la loi sur le « voile islamique » qui devra faire l'objet d'une évaluation un an après son entrée en vigueur<sup>154</sup>, pour démontrer la diversité des domaines où l'évaluation de la norme peut s'exercer.

46. – Quant à la privatisation de la justice, ce n'est pas tant l'étude d'une institution judiciaire gagnée par une « culture du marché »<sup>155</sup> que l'étude des modes de contournement de l'institution judiciaire<sup>156</sup> (conciliation extrajudiciaire, arbitrage, transaction, etc.) qui paraît être le plus caractéristique d'une privatisation de la justice que ce soit en France ou ailleurs. C'est là une nouvelle fois le résultat d'une tendance qui a d'abord émergé à l'échelle transnationale avant de devenir une mode incontournable au niveau national<sup>157</sup> et qui a été justifiée au nom d'une meilleure gouvernance<sup>158</sup>. Ainsi, par exemple, l'essor de l'arbitrage international s'explique à la fois par l'absence de juridiction internationale de droit privé et le souhait des agents économiques d'échapper

---

<sup>153</sup> « Connaissances sociales et gouvernance. Les promesses de l'évaluation », in *La gouvernance dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 107

<sup>154</sup> Article 4 de la *Loi encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, texte adopté en 1<sup>er</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 10 fév. 2004.

<sup>155</sup> Y. Benhamou, « Vers une inexorable privatisation de la justice ? Contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'État », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2771.

<sup>156</sup> Cf. dernièrement, J.-B. Racine (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, Paris, L'Hermès, 2002.

<sup>157</sup> Elle touche même, en France, le droit administratif, cf. L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *Actualité juridique du droit administratif*, 1997, p. 3.

<sup>158</sup> Evoquant les modes alternatifs de règlement des litiges, A.-J. Arnaud relève que « tous ces instruments participent d'un mode de gestion de même nature : ils sont une option latérale au principe du droit imposé », *op. cit.*, p. 315.



à la justice nationale afin de pouvoir choisir leurs juges et les règles applicables. Plus fondamentalement, l'espoir, nous dirions le doux rêve, poursuivie par les tenants de la gouvernance est aujourd'hui de favoriser à tout niveau le règne d'une « justice douce » qui permettrait d'assigner un rôle réduit aux tribunaux étatiques<sup>159</sup>. Si l'on en croit Gilles Paquet, cela devrait « se traduire par une transformation dramatique dans l'administration de la justice, et le recours à de nouveaux médiateurs davantage capables d'échapper à la logique du tout ou rien pour adopter une logique du plus ou moins »<sup>160</sup>.

Cet espoir paraît cependant en voie d'être déçue. Il faut noter, par exemple, une institutionnalisation et la judiciarisation de l'arbitrage, pourtant conçu comme une alternative à la justice étatique<sup>161</sup>. Et si l'on veut bien accepter l'idée que la justice étatique n'a pas à connaître tout litige, il ne faut pas sous-estimer les dangers de cette privatisation de la justice. Comme le souligne parfaitement Yves Benhamou, « dans certains cas ce contournement de l'institution judiciaire risque de mettre à mal pour certaines catégories de justiciables les précieuses garanties des procédures judiciaires et en tout premier lieu le strict respect du principe du contradictoire » et s'« il convient de se garder de toute approche manichéenne des modes de règlement extrajudiciaire des différends (...) il n'en demeure pas moins que ceux-ci peuvent dans certains cas mettre à mal les droits de la partie la plus faible économiquement »<sup>162</sup>. Cet aspect avait été analysé par Mireille Delmas-Marty qui relève que l'expression de « justice douce » peut certes « renvoyer à une conception du droit plus consensuelle, donc *a priori* plus respectueuse des droits des parties » mais « l'absence de formalisme qui accompagne le plus souvent les nouvelles formes de régulation des conflits peut aboutir à méconnaître certains droits

---

<sup>159</sup> Cf. J.-P. Bonafe-Schmitt, *La médiation : une justice douce*, Paris, Syros-Alternatives, 1992 ; *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 1998.

<sup>160</sup> G. Paquet, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », *op. cit.*, p. 8.

<sup>161</sup> Cf. M. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », *op. cit.*, § 1.2.

<sup>162</sup> Y. Benhamou, *op. cit.*, p. 2774



fondamentaux »<sup>163</sup>, en particulier les droits procéduraux énoncés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>164</sup>.

47. – Est-il seulement possible, en définitive, de contester la privatisation du droit, au stade de sa production comme de son application, tant les valeurs du droit de la gouvernance – participation, souplesse, flexibilité, créativité, etc. – paraissent irrésistibles face à un droit dit étatique réputé excessivement autoritaire, rigide ou encore trop rapidement obsolète. Si cette caractérisation a pris la force de l'évidence, il nous paraît juste de soulever au minimum la crainte d'un nouveau « désordre dans la production des normes et de l'arbitraire dans leur application »<sup>165</sup>. Il convient, en tout cas, de prendre garde à ce que la rhétorique de l'efficacité ne serve de paravent aux intérêts des acteurs les plus puissants, légitimant les rapports de force existants. En matière de droits fondamentaux, par exemple, il apparaît que c'est l'État et non le marché qui peut être « libérateur » quand il s'agit d'assurer une jouissance égale et effective des droits fondamentaux face aux tendances oppressives de certains acteurs privés<sup>166</sup>. Il importe

---

<sup>163</sup> M. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », *op. cit.*, § 2.2.

<sup>164</sup> Il conviendrait également de s'intéresser à la privatisation du pouvoir de police que nous décelons, par exemple, dans le cadre de la société de l'information. Apparaît particulièrement inquiétant la délégation à des structures privées du pouvoir d'interpréter ce qui est constitutif ou non d'une infraction pénale. Ainsi l'*Internet Watch Foundation*, créée en 1996, peut demander à l'hébergeur d'un site de le supprimer lorsqu'elle considère le contenu de celui-ci comme illicite au regard des lois britanniques (en matière de pédopornographie ou de racisme). Si les entreprises se soumettent aux injonctions de l'IWF, elles sont protégées des poursuites pénales qui pourraient être déclenchées à leur encontre au titre du transport de contenus illicites. Si elle s'y refuse, comme elle a le droit, l'entreprise perd son immunité pénale. Une évolution (à la constitutionnalité douteuse) en ce sens est en cours en France. Cf. le *Projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique* aujourd'hui en cours d'examen (2<sup>e</sup> lecture prévue en avril) et qui prévoit une obligation de surveillance des contenus à la charge des fournisseurs d'hébergement. Cf. notre étude, « La liberté d'expression dans la société de l'information : une approche européenne c/ une approche américaine ? », *Les documents de travail de la Chaire MCD*, n° 2003-07, déc. 2003, disponible sur le site [www.chaire-mcd.ca](http://www.chaire-mcd.ca).

<sup>165</sup> M. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », *op. cit.*, § 2.3. L'auteur veut réfuter cette crainte puisqu'elle ajoute : « A moins précisément de distinguer unification et harmonisation et d'admettre que l'on peut renoncer à celle-là sans pour autant abandonner celle-ci ».

<sup>166</sup> Pour prendre l'exemple du droit à la liberté d'expression, les États-Unis offrent un modèle juridique qui repose sur une foi sans égale en la raison de l'individu et dans le « marché des idées » pour faire triompher la vérité et assurer la vitalité et la stabilité de la société démocratique. Les incompréhensions avec l'Europe, ou même le Canada, ne peuvent dès lors qu'être multiples car le juge n'est pas prêt à admettre que la démocratie soit mieux sauvegardée par « un gouvernement qui doit rester neutre sur le marché des idées » pour reprendre une expression souvent citée dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine.



## DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA Chaire MCD – 2004-02

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie  
<http://www.chaire-mcd.ca/>

également de s'assurer que la gouvernance est constitutive d'un approfondissement de la vie démocratique et non l'officialisation d'une sorte de nouvelle distinction entre citoyen actif (par exemple les *stakeholders*) et citoyen passif (paradoxalement aujourd'hui les électeurs), un retour plutôt inattendu à la distinction propre à un régime censitaire, tel que celui mis en place par la Constitution française du 3 septembre 1791<sup>167</sup>, et qui ne manquerait pas de ravir Sieyès mais certainement pas Condorcet.

---

Cf. notre étude de doctorat, *La liberté d'expression et sa limitation. Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes*, PU de Clermont-Ferrand/LGDJ, 2003.

<sup>167</sup> Les membres de l'Assemblée nationale étaient élus pour deux ans par les assemblées électorales de départements composées des seuls « citoyens actifs » au moyen d'un suffrage censitaire à 2 degrés. Le droit de vote du citoyen actif est conditionné au paiement d'un impôt direct égal à 3 jours de salaire d'un ouvrier non qualifié, il est éligible s'il paie un impôt égal à dix jours de salaires et peut être député s'il paye un impôt égal à un marc d'argent. Au citoyen passif était reconnue la jouissance d'un certain nombre de libertés civiles.