

Gouvernance publique et force latente du droit: du recul à l'encerclement

*Regard sociologique sur
l'œuvre de Daniel Mockle*

***Public Governance and the Latent Power of the Law:
From Retreat to Containment***

A Sociological Perspective on the Work of Daniel Mockle

par **Pierre NOREAU***

L'œuvre de Daniel Mockle porte, pour une part importante, sur l'évolution de la nouvelle gouvernance publique. Ses travaux offrent une observation fine des mutations que connaît le droit dans la foulée du nouveau management public. D'abord alimentées par la perplexité que suscitent ces nouvelles formes de normativité et par le risque d'un éventuel effacement du droit légiféré (« officiel »), les observations ultérieures menées par Mockle révèlent une lente transformation de la forme juridique elle-même, dans le domaine du droit public. Le texte propose une relecture sociologique des travaux conduits par Daniel Mockle sur une vingtaine d'années. Il démontre que, même abordée dans des perspectives disciplinaires différentes, l'œuvre de Mockle constitue une importante contribution à la théorie du droit public contemporain. On y constate les diverses ruses par lesquelles la forme juridique réintègre graduellement les innovations normatives issues de la Soft Law.

* Professeur titulaire, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

Much of Daniel Mockle's work is focused on the evolution of new public governance. He offers insightful analysis of the changes that take place within the law in the wake of new public management. Initially prompted by a sense of perplexity about these new forms of normativity and the potential erosion of legislative ("official") law, Mockle's subsequent observations bring to light a slow transformation of the legal form itself in public law. This text provides a sociological re-reading of Mockle's writings over a period of twenty years. It demonstrates that, even when approached from the perspective of other disciplines, Mockle's work constitutes an important contribution to contemporary public law theory. It highlights the various tactics by which the legal form is gradually reclaiming the normative innovations resulting from Soft Law.

La obra de Daniel Mockle se centra, en gran medida, en la evolución de la nueva gobernanza pública. Sus investigaciones ofrecen una observación minuciosa de las transformaciones que experimenta el derecho bajo la influencia de la nueva gestión pública. Inicialmente marcadas por la perplejidad que generan estas nuevas formas de normatividad —y por el riesgo a una posible desaparición del derecho legislado «oficial»—, las reflexiones posteriores de Mockle ponen de relieve una lenta transformación de la propia forma jurídica en el ámbito del derecho público. Este texto propone una relectura sociológica de los trabajos realizados por Daniel Mockle a lo largo de veinte años. Demuestra que, incluso cuando se abordan desde perspectivas disciplinarias diversas, sus aportes constituyen una contribución fundamental a la teoría del derecho público contemporáneo. En su obra se revelan las múltiples estrategias mediante las cuales la forma jurídica reintegra gradualmente las innovaciones normativas derivadas del soft law.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	11
I. De la mutation de l'action publique	11
II. Une mutation des fondements du droit et de l'État	13
III. Les ruses de la raison juridique	16
IV. Le pluralisme et la diversité du droit	17
V. Une définition élargie du droit	19
VI. La force référentielle de la forme juridique	20
VII. Temps 1 : Les ruses de la micronormativité	22
VIII. Temps 2 : La ruse de la métanormativité	29
IX. Les fonctions instrumentales et symboliques des normes de gouvernance	33
Conclusion	35

Introduction

Au cours des dernières décennies, Daniel Mockle a abordé avec exigence l'évolution du droit administratif, mais plus encore les mutations des formes de l'action publique. Il a ainsi suivi l'évolution d'un droit en mouvement, poussé vers de nouvelles directions par les changements que connaît la normativité juridique dans son ensemble, par l'évolution de l'État en tant que « fabrique du droit » et par un certain élargissement de ce que recouvre le principe démocratique¹.

Cette mutation a elle-même suivi une évolution que la lecture de deux ouvrages spécifiques produits par Daniel Mockle permet de retracer : *La gouvernance, le droit et l'État*² et *La gouvernance publique*³. Entre les deux, quinze années d'observations minutieuses permettent au lecteur de prendre acte du changement des formes et des principes de la gouvernance publique et, plus globalement, des mutations du droit que cette évolution aura exigées.

Ce texte propose une relecture sociologique du mouvement qui sépare ces deux ouvrages, rédigés à des moments différents du temps juridique et de l'évolution de l'action publique. Cette relecture révèle le caractère dominant de la forme juridique, conçue comme mécanisme de régulation sociale, et illustre en quoi le recours au droit positif (au *droit formel*) est indissociable de l'*institutionnalisation* des représentations et des pratiques sociales nouvelles rattachées à l'action publique⁴.

I. De la mutation de l'action publique

Dans la foulée de cette trajectoire intellectuelle, Mockle aura d'abord mis en évidence le lent mouvement qui guidera l'État de la sphère de la gestion vers celle de la *gouvernance* publique. Ses travaux tranchent clairement dès l'origine avec une doctrine insensible aux changements pourtant très évidents

¹ Je recours ici, dans une perspective différente, à une expression forgée par Bruno LATOUR, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004.

² Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

³ Daniel MOCKLE, *La gouvernance publique*, Paris, L.G.D.J., 2022.

⁴ Pierre NOREAU, *Droit, justice et changement social*, Paris, L.G.D.J., 2024, p. 105-186.

du champ de l'action publique. Si cette insensibilité s'avère moins apparente dans la doctrine de common law, elle caractérise l'essentiel d'une production doctrinale centrée sur la mise en œuvre du droit, plutôt que sur « la décision », qui se situe pourtant au fondement même de l'action publique⁵.

Ses observations s'accompagnent d'une vive curiosité, en même temps que d'une certaine inquiétude à l'égard du développement d'une gouvernance affranchie du droit « officiel ».

Ce glissement, favorisé par le développement du *nouveau management public*, emprunte à l'époque une multitude de formes et de directions dont l'inventaire est difficile à réaliser, mais qui, dans beaucoup de cas, semble accompagner une forme de démission de l'État à l'égard de ses fonctions de régulation, sinon un abandon du droit au profit d'une multitude d'autres formes de régulation : multiplication des formes de la normativité et brouillage des catégories juridiques⁶; développement d'une *Soft Law* aux diverses variantes; élargissement de la notion même d'organisme public; reconnaissance d'agences gouvernementales nouvelles chargées de domaines d'action jusque-là pris en charge par des institutions publiques plus traditionnelles; etc.

Le caractère échevelé de cette énumération est révélateur d'un déficit d'analyse que les travaux de Daniel Mockle viendront lentement combler. C'est pourquoi l'ouvrage, publié en 2007, emprunte souvent la forme d'un inventaire de pratiques et de tendances, dont il n'est pas certain qu'on puisse en constituer un tout : gestions par résultats; plans de développement stratégique; chartes d'usagers et déclarations de service; codes de conduites et normes de substitution; procédés de renvoi d'une législation, sinon d'une juridiction à l'autre; etc.

Se pose directement ici le problème du contournement, sinon du remplacement de la norme juridique par d'autres procédés de coordination, de reddition ou de régulation. La gestion par résultats apparaît emblématique

⁵ D. MOCKLE, préc., note 2, p. 15-22.

⁶ Ces mêmes constats sont relevés par Pierre Issalys, qui s'est notamment intéressé à l'émergence d'un droit de plus en plus négocié. Voir : Pierre ISSALYS, « Figures et avenir de la déréglementation », (1999) 1-2 *Éthique publique* 83, n° 16; Pierre ISSALYS, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », (1992) 33-3 *C. de D.* 665, 695.

du fait que le respect du cadre juridique de l'action publique ne suffit plus aux exigences de validité et de légalité sur lesquelles elle était fondée jusqu'ici. Dans tous les cas de figure, les critères d'unicité, d'unilatéralité, d'univocité, d'universalité et d'uniformité, qui caractérisent la logique interne et les conditions de fonctionnalité du droit, entrent en tension avec d'autres modèles normatifs. Comme l'indique Mockle: «L'horizontalité, la pluralité, le consensualisme et les régimes particuliers sont autant de facteurs qui obligent à repenser la question du droit dans la gouvernance publique⁷.»

Ainsi, l'action publique ne tire plus seulement sa légitimité du respect de sa normativité juridique de référence (législative ou réglementaire), mais aussi de sa capacité d'atteindre ses finalités, quitte à emprunter des modalités de contrôle et de régulation inspirées d'autres champs du savoir, notamment des sciences de la gestion, des sciences économiques et de la statistique. La légitimité de cette action ne tient plus seulement à sa légalité, mais également à sa capacité d'atteindre un certain nombre de finalités. On assisterait ainsi à une certaine liquidation du droit: «Le décentrement d'une partie des politiques publiques, l'essor du nouveau management public, le développement des institutions du marché et l'impact inégal de la mondialisation sur de nombreux champs de l'action publique favorisent l'émergence de paradigmes inclassables dans les catégories officielles du droit⁸.»

II. Une mutation des fondements du droit et de l'État

Cette orientation ne modifie-t-elle pas la fonction de l'État, à la fois produit et producteur du droit? Et sous l'influence de pratiques et de principes managériaux, importés du secteur privé, la fonction de l'État se trouve-t-elle tout à coup ramenée à sa partie congrue, c'est-à-dire réduite au rang de simple service public? Cette tendance lourde ne vient-elle pas plomber les fonctions premières de l'État, en réduisant sa mission à la prestation de services précis, au détriment des fonctions régaliennes, qui représentent l'expression de sa souveraineté: la sécurité interne et externe du territoire, la définition du droit, la fonction de justice et la stabilité des échanges économiques par l'établissement d'un étalon monétaire?

⁷ D. MOCKLE, préc., note 2, p. 23.

⁸ *Id.*

Or, cette définition des fonctions de l'État est insuffisante aujourd'hui. Elle trouve historiquement sa source dans le contexte de certains États prédémocratiques et ne prend aucunement acte du rôle assumé par l'État social tel qu'il s'est développé au cours du XX^e siècle. Cette évolution est venue ajouter aux fonctions *symboliques*⁹ et *régulatrice*¹⁰ du droit une fonction de type *instrumental*, qui trouve sa justification dans une rationalité fondée *en finalités*¹¹.

C'est principalement la réalisation de ces fonctions instrumentales que le *nouveau management public* transforme, en les plaçant dans des cadres d'action dont la valeur (et la mesure de la légitimité et de l'efficience) est plus matérielle, sinon plus économique, que formelle. Comme le souligne Daniel Mockle, on assiste à un dépassement du simple contrôle juridique de légalité :

La logique des outils de gouvernance ne tient pas compte des attributs spécifiques du droit afin de privilégier une vision globale de l'action publique où le droit n'est qu'une option. Les instruments doivent être mesurés suivant d'autres prémisses, largement économiques, afin de déterminer des seuils de rendement, d'efficacité, bref pour être évalués suivant des variables quantitatives et qualitatives où la dimension juridique ne présente peu ou pas de pertinence¹².

Aussi, l'ouvrage publié par Mockle en 2007 se concentre-t-il sur le thème de «l'évincement du droit»; de sa mise de côté au profit d'une logique et d'une légitimité gestionnaire, sinon d'une simple logique d'efficacité, d'effectivité et d'économie¹³. Cette gestion orientée sur les finalités de l'action publique s'avère d'autant plus justifiée que l'État tend à sous-traiter une partie de ses fonctions instrumentales à des entités décentralisées ou liées contractuellement à l'État. Une logique plus horizontale, sinon proprement

⁹ On réfère ici à la consécration de l'État et de la société civile, sinon de la nation et des référents partagés sur le plan collectif.

¹⁰ On renvoie alors à la définition et à l'ajustement mutuels des comportements et à la résolution des conflits nés de l'activité sociale.

¹¹ Pierre NOREAU, *Le droit. Une forme du lien social*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2023, p. 89-136.

¹² D. MOCKLE, préc., note 2, p. 25.

¹³ *Id.*, p. 24.

contractuelle, remplacerait ainsi une gouvernance verticale de type législative et réglementaire. La portée directe de l'action publique trouve un succédané dans les fonctions de coordination que s'attribue dorénavant l'État, incapable de tout gérer directement lui-même.

Cette reconfiguration des conditions de l'action publique suppose le concours d'acteurs plus nombreux provenant de la société civile. Elle implique, par extension, un élargissement des exigences de participation à la définition des politiques publiques; un mouvement qui participe, à sa façon, à une forme de démocratisation de l'action de l'État, dont on verra plus loin qu'elle favorise, par des voies imprévues, le retour à un droit plus vertical.

Cependant, tout au long de la décennie 2000-2010, les travaux de Mockle soulèvent surtout le problème de la rupture des nouveaux dispositifs associés à la gouvernance publique d'avec la juridicité, où elle trouvait jusque-là sa légitimité. Cela s'effectuerait d'abord par l'effacement du formalisme juridique *légicentré* (loi-réglementation), sous le coup de normativités aux formes nouvelles (chartes, normes techniques, bonnes pratiques, codes de bonne conduite, «contrats de performance», assurance qualité, etc.¹⁴) et d'instruments de contrôle s'appuyant sur d'autre mécanisme de la sanction¹⁵. La nouvelle gouvernance publique prendrait ainsi congé du principe d'imputation qui, depuis Kelsen, était considéré comme le fondement de l'effectivité juridique¹⁶. La nouvelle gouvernance publique s'appuie dorénavant sur des directives, des pratiques d'incitation, d'évaluation périodique, et des négociations des objectifs entre des parties («prenantes»), dont l'État ne constitue qu'un terme. La conformité ne suffit plus. La gouvernance de l'action publique passe de la logique proprement juridique, où elle trouvait sa légitimité, vers une autre, *déjuridicisée*, dans laquelle la fonction *instrumentale* du droit (associée au registre de l'action) l'emporte sur ses fonctions antérieures, *symboliques* et *régulatrices*¹⁷.

¹⁴ *Id.*, p. 29.

¹⁵ *Id.*, p. 30.

¹⁶ Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit? », (1992) 22-1 *Droit et société* 551.

¹⁷ P. NOREAU, préc., note 11.

III. Les ruses de la raison juridique

Les travaux pionniers de Daniel Mockle sur la mutation des formes de l'action publique et sur l'émergence d'une nouvelle « gouvernance publique » ont d'abord porté sur l'observation d'une certaine oblitération de la forme juridique, de son enfouissement sous une multitude de procédés de régulations et de contrôles, dont la signification juridique, si elle existe, demeure incertaine. Mockle parle, à l'époque, du *retrait du droit*, de son *effacement*, de son *évincement*, de sa *substitution* et de son *dédoublement*. Le remplacement de la norme juridique par une normativité de nature technique apparaît clairement comme une remise en question des fondements du droit administratif, sinon du droit public, tels qu'ils ont été conçus dans le droit occidental. Transparaît ainsi une forme de nostalgie du monopole du droit (du *vrai droit*) sur la normativité et sur la régulation sociales¹⁸.

Les travaux de l'époque sont cependant précurseurs d'une nouvelle conception de la normativité juridique, dont on parlera plus loin. Pour l'heure, les constats réalisés par Mockle constituent des exercices de lucidité. Plutôt que d'ignorer le mouvement que connaissent les formes de l'action publique contemporaine – et prenant le contrepied de la doctrine canadienne, européenne et américaine –, il prend le parti d'une analyse frontale du phénomène : « Dans ce contexte évolutif, il est indispensable de se pencher sur l'émergence d'un droit de la gouvernance, non pas conçu comme une alternative globale au droit traditionnel, mais davantage comme un droit supplétif¹⁹. » Il ouvre ainsi la porte à un élargissement possible de ce que recouvre la notion de *Droit*.

C'est dans ce cadre que, par la porte arrière, s'imisce une certaine ruse de la raison juridique²⁰, idée qui m'apparaît traduire le mouvement qu'aura connu la gouvernance au cours des deux dernières décennies; un mouvement dont l'ouvrage produit par Mockle, en 2022, rend compte.

¹⁸ D. MOCKLE, préc., note 2, p. 32 et 33.

¹⁹ *Id.*, p. 35.

²⁰ J'emprunte très librement à Hegel cette image d'une certaine « ruse de la raison ». Voir : Georg Wilhelm Freidrich HEGEL, *La raison dans l'histoire*, Paris, Union générale d'édition, 1979, p. 106-113.

La première de ces ruses concerne la transformation (plutôt que l'effacement) de la forme juridique dans tous les domaines de l'action. On y constatera que le développement de la rationalité propre à la domination *légale-rationnelle*, caractéristique de la modernité, ne constitue pas le monopole de la législation, et ne s'épuise pas non plus dans la professionnalisation des métiers du droit ou le développement de l'État occidental. Weber l'associe plutôt au développement de la rationalité et du formalisme en tant que mécanismes assurant la prévisibilité des attentes et des comportements.

IV. Le pluralisme et la diversité du droit

Il s'ensuit que la normativité juridique ne renvoie pas à un modèle de régulation unique qui serait le monopole de l'État. Les travaux de Guy Rocher démontrent déjà, à la fin des années 1980, que la notion d'*ordre juridique* est applicable à une multitude de systèmes comparables, dans tous les champs de l'action sociale²¹. Le monde universitaire, le domaine associatif, le champ du religieux et le domaine familial procèdent tous de logiques de régulation équivalentes, impliquant la définition de normes jugées contraignantes par ceux qui y sont soumis, normes qui sont définies, mises en œuvre et interprétées par une autorité dont on reconnaît la légitimité. L'observation quotidienne des milieux où nous évoluons témoigne du fait que la logique de la pensée juridique s'applique dans pratiquement tous les contextes, et que même au sein de configurations sociales aux dimensions très restreintes (le couple, par exemple), des normes s'établissent, régulent les attentes et font implicitement ou explicitement l'objet d'un contrôle d'application.

Ces constatations remettent en question le monopole proclamé du droit défini par l'État sur les normes et les comportements sociaux, bref sur l'ensemble de la régulation sociale. C'est là la position partagée par les théoriciens du pluralisme juridique. Incapable d'assurer une véritable domination sur la normativité sociale, le droit, tel que le définit le juriste, doit inévitablement composer avec de nombreuses autres sources de normativités, de même que la règle de droit doit s'ajuster à une multitude de normes dont

²¹ Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29-1 *C. de D.* 91.

la logique, parfois formelle, parfois matérielle, s'impose à lui dans tous les domaines susceptibles de faire l'objet d'une forme ou d'une autre de régulation juridique. Cette perspective permet surtout de constater les formes très diverses que peuvent emprunter les relations entre le droit de l'État et les autres normes d'action, ainsi qu'avec une multitude de normes sociales qui – très souvent –, lui préexistent.

On peut facilement voir là une menace à la domination du formalisme juridique, mais cette menace était déjà observée par Weber au début du XX^e siècle. En effet, il constatait comment étaient appelées à s'opposer les rationalités formelles et matérielles du droit, sa fonction structurante et performatrice (*formelle*) se trouvant constamment confrontée aux effets de sa réappropriation sociale (*matérielle*)²². Abordée dans cette perspective, l'apparente perte de contrôle du droit étatique sur la régulation sociale semble moins surprenante. De même qu'apparaît plus prévisible la nécessité d'une négociation préalable, sinon continue de la normativité associée à l'action publique, au fur et à mesure que l'État constate sa difficulté à prendre en charge toutes les dimensions pratiques et financières de son action, soit du fait de la mondialisation des contraintes et des ressources, soit à cause du contrôle objectif de certains acteurs sociaux ou économiques sur une partie de l'activité sociale, ou tout simplement en raison des limites financières de l'État (de sa fiscalité) et du poids que cette rareté de ressources fait peser sur son action.

Le pluralisme juridique rend un tel élargissement de la sphère normative moins problématique dans la mesure où il reconnaît la diversité des sources et des formes de la normativité juridique et leur entrelacement. Du moins cette perspective a-t-elle permis que soit explorée une multitude de formes

²²

Max WEBER, *Sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2013, p. 207-210; Max WEBER, *Économie et société*, vol. 1 «Les catégories de la sociologie», Paris, Plon, 1995, p. 130; Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris/Québec, L.G.D.J./Presses de l'Université Laval, 1995; Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, «Retour sur les rationalités chez Max Weber», (2011) 22 *Les champs de Mars* 13.

d'ajustements entre le droit étatique et le droit «social²³»: panjurisme²⁴; sociologie des ordres juridiques²⁵; étude des champs juridiques semi-autonomes (*Semi-autonomous Social Fields*²⁶); processus d'institutionnalisation des normes et des pratiques extra-étatiques²⁷; subjectivation des normes juridiques formelles; analyse herméneutique du droit²⁸; etc. Pour autant, la forme juridique ne disparaît jamais réellement sous les normes émergentes, établies au coup par coup ou directement négociées. C'est plutôt la robustesse du modèle proposé par la régulation juridique établie qui étonne, car, en définitive, les caractéristiques de la norme juridique (sinon de la règle de droit) restent de la même inspiration, quelle qu'en soit la source.

V. Une définition élargie du droit

Dès lors, qu'est-ce que le droit? Dans sa forme la plus élémentaire, le droit renvoie moins à sa source qu'à sa réalité en tant que structure d'interaction; Georg Simmel dirait «en tant que *forme de socialisation*». Sous cet aspect, la règle de droit ne se distingue, ni dans sa fonction, ni dans son mécanisme, des autres formes que peut emprunter la normativité. Il s'agit toujours d'un modèle d'action ou de comportement destiné à *objectiver* une action ou une attente d'action. C'est cette externalité à l'égard des volontés et des perceptions, et sa réalité en tant que référent partagé, qui font sa normativité. Une fois établie (quelle que soit sa source), la norme permet l'évaluation du comportement et des attentes que nous entretenons à l'égard d'autres acteurs sociaux, tout comme elle autorise leur évaluation de notre propre comportement. Elle objective les attentes

²³ Je reprends ici le concept de Georges GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier Éditions Montaigne, 1940, p. 157, 167 et 168. Voir également: Roger COTTERRELL, «The Sociological Concept of Law», (1983) 10-2 *Journal of Law and Society* 241, 245.

²⁴ Roderick MACDONALD, «Understanding Regulation by Regulations», dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (dir.), *Regulations, Crown Corporations and Administrative Tribunals*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 81.

²⁵ G. ROCHER préc., note 21, p. 91-120.

²⁶ Jean-Guy BELLEY, «Le Droit comme *terra incognita*: Conquérir et construire le pluralisme juridique», (1997) 12-2 *R.C.D.S.* 1.

²⁷ P. NOREAU, préc., note 11, p. 37-82.

²⁸ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeur. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

mutuelles, encore que sur une échelle plus introspective, elle accorde également à chaque acteur de poser un regard distancié sur sa propre action.

L'intérêt de cette définition est qu'elle limite la force de la juridicité (surtout de la *légitimité*) en tant que critère de consécration du droit et de la reconnaissance d'une norme comme source d'une règle de droit. Elle permet d'établir la limite de la sanction en tant que condition d'effectivité ou d'efficacité de la norme juridique, pour lui substituer un critère plus matériel, directement associé à sa nature régulatrice (l'adhésion ou le sentiment d'obligation) plutôt qu'à sa nature coercitive.

Cette structuration des attentes est consubstantielle à toute relation sociale, y compris dans le cadre de rapports transitant par une forme ou une autre de médiation institutionnelle (l'État, par exemple) ou liant des entités construites juridiquement : personnalités morales bénéficiant d'identités juridiques spécifiques.

Dans cette perspective, le droit, même conçu sous la forme canonique d'un commandement assorti d'une sanction (on pense immédiatement à Kelsen²⁹), ne se distingue pas spécifiquement des autres formes de la normativité.

VI. La force référentielle de la forme juridique

Il ne s'ensuit pas que la forme généralement empruntée par le droit formel (écrit et sanctionné d'une manière ou d'une autre par un émetteur désigné, qui est chargé de sa définition et de sa mise en œuvre, dont la loi est l'expression première) ait totalement disparu en tant qu'archétype normatif ; il demeure encore l'idéal-type de la normativité contemporaine. Il s'agit d'un dispositif général dont on ne peut pas si facilement s'affranchir, une fois qu'il a été consacré socialement, et il est inévitable qu'on y recoure spontanément pour les fins de la régulation des comportements et, plus spécifiquement, pour la gouvernance de l'action sociale comme de l'action publique.

Ainsi, bien que l'hypothèse du retrait du droit, de son usurpation, de sa subversion ou de son *effacement* ait traversé les analyses menées sur la question

²⁹

H. KELSEN, préc., note 16.

au début des années 2000, cette hypothèse ne s'est pas matérialisée, si bien que Jacques Caillosse a pu évoquer l'existence d'une « zone de résistance juridique aux avancées de la culture gestionnaire³⁰ ». Il s'ensuit qu'on a clairement sous-estimé la domination du droit positif en tant que modèle implicite de la normativité publique. Daniel Mockle a lui-même souscrit, dans la même période, à cette inquiétude générale³¹ :

Dans un premier cas de figure, le droit disparaît de l'avant-scène pour ne conserver qu'un rôle mineur dans la réorganisation de l'État et la recomposition des politiques publiques. Par une subversion a-juridique des instruments normatifs classiques dérivés du modèle de la loi, et également du contrat, il est directement concurrencé sur ce qui pouvait paraître, de prime abord, comme son champ exclusif. À titre de produit dérivé du droit officiel, les mécanismes de substitution offrent également des propositions normatives dont le processus d'élaboration diffère à divers degrés de la procédure formelle du droit positif³².

Dans l'ouvrage qu'il publiait en 2007, il ouvre cependant la porte à la possibilité d'un retournement paradoxal de la forme juridique établie par le droit positif en une forme de retour du refoulé qui affirme le caractère structurant du formalisme juridique :

Ces mécanismes ne contiennent pas moins des propositions normatives où les questions de contrainte, de commandement, d'obligation, d'exécution sont transposées dans d'autres registres que celui du droit. Dans ce dédoublement du champ juridique, une tension dialectique oppose ces succédanés ou ces ersatz au droit officiel, qui seul, offrirait de « vraies règles de droit ». Afin de résoudre cette impasse, un retour sur la configuration du modèle classique apparaît comme une nécessité³³.

³⁰ Jacques CAILLOSSE, « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », (2003) 105-106 *Revue française d'administration publique* 121.

³¹ Daniel MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », (2006) 47-1 *C. de D.* 89 – article dont le texte est repris dans l'ouvrage publié par D. MOCKLE, préc., note 2.

³² *Id.*, p. 33.

³³ *Id.*, p. 34.

L'ouvrage publié à l'époque par Daniel Mockle ne propose cependant pas directement les termes d'une telle reconstruction du modèle classique, reconstruction qui aurait exigé l'élaboration d'une nouvelle théorie du droit, éventuellement inspirée par le pluralisme juridique.

VII. Temps 1 : Les ruses de la micronormativité

Au cours de la même période, on l'a indiqué, l'idée d'un éventuel «retrait du droit», envisagé par Mockle, est contestée par plusieurs observateurs, qui constatent, au contraire, un certain retour au droit. Jacques Chevallier traçait, à l'époque, les caractéristiques de cette mutation du champ juridique³⁴, mutation susceptible de mener à la dépendance du droit par rapport aux autres sphères de la vie sociale; à l'éclatement du domaine juridique, où se croisent un nombre d'acteurs nouveaux qui ne sont pas nécessairement juristes ou légistes; à la définition de mécanismes de gouvernance susceptibles d'entraîner un effacement de la ligne de démarcation qui garantissait traditionnellement l'autonomie du champ juridique³⁵. Mais ce dessaisissement potentiel du droit sur la régulation sociale ne rend compte que d'une phase particulière de ce mouvement³⁶.

La première expression de ce retour au droit aura été le recours à la contractualisation, une forme juridique tout aussi ancienne que la législation ou la réglementation, mais qui ne nécessitait aucune mutation sur le plan du champ légistique, ni aucune révolution de la théorie du droit.

³⁴ Jacques CHEVALLIER, «La gouvernance, un nouveau paradigme étatique?», (2003) 105-106 *Revue française d'administration publique* 203. Cet article est paru dans un numéro thématique dirigé par Jacques Chevallier et Luc Rouban sur le thème de *La réforme de l'État et la nouvelle gestion publique : mythes et réalités*.

³⁵ Pierre NOREAU, «Action publique et gouvernance contractuelle : le cas des politiques de la santé au Québec», dans Pascale LABORIER, Pierre NOREAU, Marc RIOUX et Guy ROCHER (dir.), *Les réformes en santé et en justice. Le droit et la gouvernance*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, p. 203. Le texte d'origine comportait une description longitudinale des différentes réformes de la santé qui allaient accompagner les travaux des Commissions Castonguay-Nepveu, Rochon et Clair. C'est aux conclusions des travaux de cette commission qu'on s'arrête ici.

³⁶ P. NOREAU, préc., note 4, p. 143-185.

On s'appuie ici, pour fin d'illustration, sur l'évolution des services publics en santé, dans laquelle cette tendance à la contractualisation de l'action publique peut être observée. On s'y penche plus spécifiquement sur la création des Groupes de médecine de famille (GMF), apparus dans la foulée de la Commission Clair (2000), et plus particulièrement sur leur encadrement juridique, étant entendu que cet exemple vise davantage à « faire voir » qu'à démontrer un mouvement qui dépasse largement le domaine de la santé, et dont Daniel Mockle a bien étudié le développement. S'il ne rend pas compte de la complexité et de l'évolution qui caractérisent la gouvernance du domaine de la santé, il illustre néanmoins une tendance observable dans d'autres domaines de l'action publique (notamment dans le domaine de la justice), tendance fondée sur une forme de dessaisissement, puis de ressaisissement de contrôle du droit sur la gouvernance publique.

En 2000, les travaux de la *Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux* (appelée Commission Clair), mettaient en évidence le fait que l'offre de services de santé accessibles à l'ensemble de la population québécoise nécessitait un contournement de tout le système normatif et structurel établi : *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (LSSS), conventions collectives, hôpitaux, cliniques externes, urgences, Centres intégrés de santé et de services sociaux (CISSS), Centres intégrés universitaires de santé et de services sociaux (CIUSSS), Centres locaux de services communautaires (CLSC), etc. On conçoit alors comme une stratégie de dépassement nécessaire la création d'équipes simplement composées de médecins et d'infirmières sur la base d'ententes négociées entre professionnels de la santé – regroupés librement au sein de cliniques accréditées – et entre ces cliniques et les établissements de santé. C'est ainsi que naissaient les *Groupes de médecines de famille*, proposés en tant que structures de service alternatif, l'idée consistant à ramener le suivi médical et les soins de santé à leur niveau le plus concret, dans le cadre d'un modèle de collaboration volontaire et novateur, une manière de reporter au niveau de la société civile la gestion des services de santé les plus courants. La « clinique » – structure de base sur laquelle les services de santé avaient longtemps été centrés – se voyait ainsi revêtue d'une nouvelle légitimité, alors qu'était revalorisée la relation directe entre le praticien et le patient.

La mise sur pied de ces GMF, leur fonctionnement interne et l'organisation de leurs relations avec les autres composantes du système de santé

favorisaient le recours à la forme contractuelle, ne serait-ce que parce qu'elle resitue les acteurs au centre de leurs relations et de leurs activités, à la fois régulateurs et sujets de leur propre régulation. Elle propose du moins une modalité de coopération presque consubstantielle à l'autonomie d'action qu'on entend reconnaître aux GMF. Cette contractualisation et cette autonomie de mouvement allaient cependant connaître, dans les mois et les années qui suivraient, trois phases différentes dans la foulée desquelles, comme on le verra, la place du droit formel allait être rapidement rétablie.

Il apparaissait clairement dès le départ que les *opérateurs* de cette réforme n'allaient plus être les fonctionnaires du MSSS ou les directions d'établissement, «comme ce fut partiellement le cas des réformes précédentes, mais les professionnels de la santé eux-mêmes, les médecins (et dans une moindre mesure les infirmières³⁷), implicitement promus au rang d'entrepreneurs du réseau de la santé³⁸». La création des GMF étant inspirée par des expériences tentées sur le terrain, il s'agissait d'une réforme directement issue de l'univers de la pratique (*bottom-up*), très différente en cela des réformes *top-down* qui avaient caractérisé l'évolution du secteur de la santé au cours des décennies précédentes, dans la foulée des rapports de la Commission Castonguay-Nepveu (1967-72) et de la Commission Rochon (1985-88). C'est du reste cette perspective qui donne le ton du rapport de la Commission Clair, construit sur le thème des *solutions émergentes*. Il s'en est suivi que la normativité nécessaire à l'implantation des Groupes de médecine de famille allait être définie par les opérateurs désignés de cette réforme – les acteurs de la profession médicale –, chaque GMF établissant sa propre normativité dans le cadre d'ententes entre professionnels, puis entre GMF et patients, et enfin entre les GMF et les établissements de santé. La création des GMF n'exigeait ainsi aucune modification de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, étant établis sur la base de paramètres négociés librement entre les composantes

³⁷ On relira à ce propos les publications de la Fédération des infirmières et infirmiers du Québec (FIIQ) au lendemain du dépôt du rapport de la Commission Clair : FIIQ, «Rapport de la Commission Clair... les points saillants... nos réactions», *FIIQ Actualités*, vol. 12, n° 1, mars 2001, p. 5-8.

³⁸ Je cite ici un extrait du chapitre que je rédigeais à l'époque et sur lequel s'appuie une partie du présent texte : P. NOREAU, préc., note 35, à la p. 219.

du système, sous la forme d'une chaîne de *contrats*, et également d'*ententes mutuelles* et de *contrats de performance triennal* liant les uns aux autres³⁹ : « L'esprit entrepreneurial remplacera l'obéissance aux directives, c'est-à-dire que le sens de l'innovation remplacera le sens de la directive⁴⁰. »

La gouvernance des GMF sera ainsi assurée « par le bas », dans le cadre de normes négociées au coup par coup, et adaptées à leur environnement plutôt que dans le cadre de règles impératives de nature législative ou réglementaire. On pourrait parler ici de *micronormativité*. Cette première phase de la réforme appelait, par sa nature même, un grand foisonnement de conventions particulières, et, caractéristique d'une gouvernance négociée, un éclatement de la normativité, ce qui a pu amener certains auteurs à prévoir l'avènement d'un nouvel État *postmoderne*⁴¹.

Cette contractualisation réunissait, malgré son rapprochement avec les principes d'un droit négocié, de nature plus « matérielle » et adaptée à son objet, les conditions d'un retour au droit formel, étant entendu que cette contractualisation ne constituait pas une véritable disparition du droit, mais le simple recours à une autre forme juridique. Pour reprendre les constats souvent inquiets exprimés par Daniel Mockle concernant cette nouvelle approche de la gouvernance : « Ce programme optimal correspond au programme politique de la gouvernance, puisqu'il privilégie les engagements, les accords, les contrats, pour obtenir des résultats plus tangibles et directs⁴². »

Une seconde phase normative allait rapidement succéder à la première, car, si celle-ci laissait *a priori* entrevoir un foisonnement d'orientations et de normes répondant aux besoins spécifiques des professionnels de chaque *Groupe de médecine de famille*, on aura rapidement assisté au contraire à la rapide standardisation des conventions d'établissement des GMF, sous l'impulsion des juristes de l'État et de ceux des fédérations professionnelles, qui se sont

³⁹ COMMISSION D'ÉTUDE SUR LES SERVICES DE SANTÉ ET LES SERVICES SOCIAUX, *Rapport et recommandations. Les solutions émergentes*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2001, p. 224.

⁴⁰ *Id.*, p. 137 et 138.

⁴¹ Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, p. 89.

⁴² D. MOCKLE, préc., note 2, p. 27.

empressés de définir toute une série de contrats-types auxquels les opérateurs de cette réforme seront systématiquement appelés à recourir et auxquels ils se retrouveront obligatoirement partie. Comme j'ai pu le décrire à l'époque, le premier maillon de cette chaîne :

prend la forme d'un formulaire d'inscription visant la sélection des dix premiers GMF dont la création est annoncée par le Ministère. Structuré par les soins de la *Direction générale des affaires médicales et universitaires du Ministère* (DGAMU), il établissait en 9 points la description de chaque projet. Si la FMOQ [*Fédération des médecins omnipraticiens du Québec*] dénonce la précipitation dans laquelle ces procédures d'habilitation sont établies, elle propose cependant elle-même en mars 2002 un *Guide de médecine de famille*, mais surtout, un projet de *Contrat d'association* entre médecins visant à fixer les conditions d'exercice de la pratique médicale dans le cadre d'un GMF. La DGAMU produisait elle-même en août 2002 une *Document synthèse sur le GMF*, mais surtout, un *Modèle d'entente entre le GMF et le CLSC* œuvrant sur le même territoire, puis, en septembre, une *Convention standard entre une Régie régionale et un GMF*. Finalement, une entente de principe est établie en octobre entre le FMOQ et le Ministère concernant les conditions d'exercice et de rémunération des médecins œuvrant en GMF, qui inclut notamment : le *formulaire d'inscription du patient inscrit* et une description des contenus que doit obligatoirement comprendre toute convention entre CLSC et GMF⁴³.

Ainsi une nouvelle normativité contractuelle, reprenant toutes les caractéristiques du droit formel, trouvera sa matérialité dans le cadre de contrats-types, de guides souvent très précis, de formulaires au contenu prédéfini, en bref de normes connues et contraignantes.

On reconnaîtra ici la force du formalisme juridique en tant que mécanisme de régulation sociale. Cette nouvelle normativité, qui aurait pu naître de démarches négociées ou prendre l'aspect de références infra-juridiques (la

⁴³ P. NOREAU, préc., note 35, à la p. 230. On trouve les références bibliographiques précises de tous ces documents dans le chapitre offert, dans cet ouvrage, par Marc Rioux.

gouvernance sans le droit), adoptera finalement la forme de contrats définis unilatéralement, ententes dont l'effectivité est moins fondée sur la rétribution (la sanction des manquements) que sur l'empêchement d'agir de ceux qui tenteraient de la contourner. Ce caractère impératif prend, dès la fondation des *Groupes de médecines de famille*, le chemin d'une accréditation ministérielle, à laquelle les opérateurs de ces nouvelles structures ne peuvent échapper, et qui définit par avance, en neuf points, la nature même de ces GMF. Cette accréditation introduit ces opérateurs vers la chaîne des conventions contractuelles successives dont on a parlé et qui, une fois standardisées, ne pourront pas être contournées. Car il s'agit essentiellement de *contrats d'adhésion*. Mais le contenu normatif de ces contrats est lui-même largement prédéterminé par l'encadrement juridique de la profession médicale et par la normativité juridique qui régit déjà les établissements de santé, encadrements et normativités auxquels on tentait au départ d'échapper. Comme j'ai eu à la rappeler souvent : en matière de droit, et ce, bien au-delà du droit successoral, « le mort saisit le vif... » et l'institué s'impose à l'instituant⁴⁴.

Cette standardisation de la normativité étant assurée, il ne restait plus qu'à négocier un dernier virage normatif vers le droit légiféré. C'est la troisième phase de ce processus, qui allait conduire à l'établissement d'un cadre unifié, destiné à s'imposer à tous les GMF. On réfère ici à l'adoption, en 2015, de la *Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée*⁴⁵.

Il s'agit d'une loi particulièrement intrusive, imposant notamment aux médecins omnipraticiens d'assurer le suivi médical d'un nombre minimal de patients et de se rendre disponibles auprès des personnes assurées, en utilisant un système de prises de rendez-vous mis en place conformément à cette loi⁴⁶. La vaste majorité des dispositions de la loi ne rentreront jamais en vigueur. Mais la succession des initiatives normatives entourant la création des GMF

⁴⁴ René LOURAU, *L'instituant contre l'institué*, Paris, Éditions Anthropos, 1969.

⁴⁵ RLRQ, c. A-2.2.

⁴⁶ On paraphrase ici, sans trop d'intrusion, les notes explicatives de la *Loi édictant la Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée*, L.Q. 2015, c. 25.

révèle l'imposition d'un cycle normatif dans lequel se succèdent une période de *désinstitutionnalisation* (et partant de *déjuridicisation*) et une autre de *ré-institutionnalisation*, c'est-à-dire de réintroduction des GMF dans le corps du droit légiféré; du « droit officiel », pour reprendre une notion souvent utilisée par Mockle. À l'émergence d'un droit défini par le bas (dont on a mesuré les limites d'effectivité), s'impose une nouvelle normativité, directement redéfinie par l'État. Et si cette tentative visant l'encadrement législatif des GMF aura été stoppée dans son élan, la *législation en suspens* qu'elle propose agit comme une contrainte symbolique sur l'activité des praticiens engagés dans les GMF, cette activité étant déjà totalement encadrée par la chaîne des contrats qui les lient.

En forme d'épilogue partiel, et sans développer davantage ici, on rappellera que le Rapport Clair, rendu public en 2000, proposait la création d'une *Agence santé-Québec* qui ne verra jamais le jour... jusqu'à l'adoption de la *Loi visant à rendre le système de santé et de services sociaux plus efficace*, votée par l'Assemblée nationale le 9 décembre 2023, dont les dispositions explicatives exposent les objectifs :

Cette loi propose de renouveler l'encadrement du système de santé et de services sociaux. Il a pour objet de mettre en place un système efficace, notamment en facilitant l'accès des personnes à des services de santé et à des services sociaux sécuritaires et de qualité, en renforçant la coordination des différentes composantes du système et en rapprochant des communautés les décisions liées à l'organisation et à la prestation des services⁴⁷.

Sans développer davantage sur ces finalités, on constatera qu'elles visent une plus grande coordination des acteurs, une plus grande efficacité de l'action publique ainsi qu'une plus grande économie des ressources. *A priori*, ces orientations rappellent les principes de la *nouvelle gouvernance publique*, tels que les décrit Daniel Mockle dans son ouvrage de 2007. Or, depuis, on aura assisté au développement d'un nouveau *droit de la gouvernance*, qui allait mener à une importante reprise de contrôle du droit formel sur l'encadrement de la nouvelle gouvernance publique. C'est cette reprise d'initiative dont rend

⁴⁷ *Loi visant à rendre le système de santé et de services sociaux plus efficace*, L.Q. 2023, c. 34.

compte l'ouvrage publié par Mockle en 2022⁴⁸. Contrairement à la période antérieure, on y assiste à la création d'une normativité en surplomb, forme de méta-normativité susceptible de s'imposer dorénavant à l'ensemble de la gouvernance publique.

VIII. Temps 2 : La ruse de la métanormativité

L'évolution d'une normativité propre au droit de la gouvernance publique allait ainsi mener à une recomposition du modèle juridique classique évoqué par Mockle, évolution dont rend compte l'ouvrage qu'il produira en 2022. Quinze ans après la publication de *La gouvernance, le droit et l'État*, l'ouvrage *La gouvernance publique* explore les ressorts d'une seconde *ruse de la raison juridique*, surplombant, celle-là, le simple modèle *légicentré*, ruse fondée sur la définition de principes généraux capables d'encadrer l'action publique, en la plaçant dans un système normatif recomposé; un édifice juridique ouvrant potentiellement la voie à une nouvelle hiérarchie des normes.

Sur plusieurs années, on assiste ainsi, en matière de droit de la gouvernance, au déploiement d'un encadrement juridique nouveau, de type supra-législatif. Scrutant d'abord les symptômes d'un *effacement du droit* au profit de dispositifs, d'énoncés normatifs et de normes négociées aux statuts juridiques incertains, les travaux de Mockle explorent par la suite l'évolution de la normativité juridique elle-même et la reprise de contrôle du droit sur l'ensemble de l'action publique.

On assiste encore ici à la succession de phases de *désinstitutionnalisation*, puis de *ré-institutionnalisation* juridique, que nous avons déjà décrites. On pourrait presque parler ici de *stratégies de recul et d'encerclement*. Mais alors que, dans un premier temps, cette *ré-institutionnalisation* avait dû emprunter les formes malléables de la contractualisation (celle d'un droit formel centré sur les résultats et sur une rationalité *en finalité*), elle emprunte, dans un second temps, la voie d'une forme *transcendante* (d'une nouvelle rationalité *en valeur*), fondée sur l'énoncé de principes généraux opposables à l'ensemble des pratiques et des structures apparues à la périphérie de l'État, comme au sein

⁴⁸

D. MOCKLE, préc., note 3.

de l'État. Or, ce mouvement de dessaisissement et de ressaisissement par le droit démontre par lui-même la force intrinsèque de la forme juridique.

Mockle retrace l'histoire de cette évolution en rappelant la multiplication des outils de gouvernance de la période antérieure. Et il évoque le foisonnement désordonné de celle-ci :

Le développement de l'action publique a été caractérisé par le développement de la contractualisation, de la réglementation intelligente, des formules de rechange (engagements volontaires, normes de substitution, réglementation négociée), des outils de gouvernance, ainsi que par l'utilisation des mécanismes de la nouvelle gestion publique qui mettent en lumière le recours à la planification stratégique et l'élaboration de documents de type «stratégique»⁴⁹.

Au cours des deux décennies qui allaient suivre, le développement d'un véritable *droit de la gouvernance* naîtra d'une formulation de moins en moins descriptive du phénomène et d'une systématisation *a priori* inattendue. Aussi, au-delà des seuls faits d'observation, de la prolifération des structures hybrides et des normativités fluides, codes, guides, contrats de performance et assurance qualité, des standards généraux se sont développés, qui serviront à la fois de justification et de cadre à la nouvelle gestion publique. Il ne s'agit plus ici de stratégies opérationnelles ou d'expédients normatifs aux formes et formulations diverses, mais de principes généraux, prenant graduellement la stature de normes instituées, de droit *officiel* : responsabilité, transparence, participation, efficience, effectivité, ouverture, prévisibilité, cohérence équité, intégrité, célérité, simplification procédurale, précaution, etc.

C'est cette évolution que la lecture contrastée des ouvrages de 2007 et de 2022 met en évidence. Suivant à la trace l'émergence de ce nouveau *droit de la gouvernance*, Mockle voit sa propre définition du droit évoluer. L'intégration de certains de ces principes dans la constitution de plusieurs États révèle déjà la possibilité de leur reconnaissance en tant que norme juridique, parfois constitutionnelle, sinon *légicentrée*. Reste à évaluer la portée effective de cette réintégration sur l'équilibre général de la normativité juridique, à la fois

⁴⁹ *Id.*, p. 16.

tributaire de la place que prennent ces principes dans l'ordre juridique et constitutionnel et de l'interprétation qu'en fourniront les tribunaux⁵⁰. Au Québec, l'adoption de la *Loi sur la gouvernance des sociétés d'État*⁵¹, en 2006, et de ses amendements successifs constitue l'expression légiférée de ces principes de gouvernance. Comme le prévoit son article premier: «La présente loi a pour objet d'établir des principes de gouvernance d'entreprise afin de renforcer la gestion des sociétés d'État dans une optique visant à la fois l'efficacité, la transparence et l'imputabilité des composantes de leur direction.»

S'agit-il pour autant d'une mutation de la structure et des formes de la normativité juridique? Nés de la subsumation d'une multitude de pratiques et de formes normatives échevelées, ces principes, une fois nommés, sont-ils susceptibles de peser réellement sur l'action publique⁵²?

Au sens «moderne» du terme, l'apparition de la notion de *principe* est encore récente dans le paysage de la normativité juridique (étatique). On entrevoit intuitivement qu'elle porte une forme normative, peut-être supérieure à celle de la simple norme législative ou réglementaire, de la simple règle de droit, et que, si c'était le cas, sa définition pourrait modifier la hiérarchie des normes et ouvrir la porte à une théorie du droit très différente de celle sur laquelle a pu s'appuyer jusqu'ici le droit public occidental. Au cours de l'histoire juridique récente, il s'agit d'un mouvement que la constitutionnalisation des *droits et libertés de la personne* a déjà initié. *L'État ne peut, par ses lois, imposer n'importe quoi aux membres de sa population*. Le développement d'un *droit de la gouvernance*, dont la normativité serait constitutionnalisée ou reconnue de nature quasi-constitutionnelle, viendrait

⁵⁰ *Id.*, préc., note 3, p. 175 et 176.

⁵¹ RLRQ, c. G-1.02.

⁵² La notion de principe juridique n'est pas nouvelle en droit occidental. Elle a cependant trouvé, en droit anglosaxon, une place particulière dans l'œuvre de Ronald Dworkin. Une lecture attentive de ses travaux laisse entendre que certains de ces principes ont une valeur quasi-constitutionnelle, dans la mesure où ils peuvent être déduits d'une lecture globale de la normativité, établie comme une conséquence ou une condition nécessaire des normes qui y sont déjà formellement inscrites: Ronald DWORKIN, «Le positivisme», (1985) 1 *Droit et société* 31 – il s'agit de la traduction d'un extrait de Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

renforcer cette idée, dont l'orientation est intrinsèquement démocratique. *L'État ne peut, par sa propre action, imposer n'importe quoi aux membres de sa population*, et ses règles s'imposent potentiellement à toute entité publique ou à tout mandataire de l'action publique. La question de la légitimité d'action de l'État et de ses mandataires se superpose ainsi à celle de sa simple légalité, jusqu'à s'y confondre potentiellement, alors que seraient reconnus législativement ou constitutionnellement certains des principes associés à la bonne gouvernance. Citant Rosanvallon, Mockle soutient ainsi l'idée d'une complémentarité entre *démocratie d'autorisation* et *démocratie d'exercice*⁵³. Et c'est précisément l'ajout de nouveaux critères démocratiques que la définition de ces nouveaux principes de gouvernance propose.

Cette perspective n'épuise pas la question de l'effectivité de ces principes, qui sont à la fois tributaires de la place qu'ils occupent dans la hiérarchie des normes et de la fluidité même de la notion de principe. Daniel Mockle reconnaît que le caractère contraignant de ces principes reste à établir; qu'à défaut d'une reconnaissance judiciaire de leur portée, leur normativité demeure « limitée⁵⁴ ». Il souligne par ailleurs que même la constitutionnalité de tels principes ne détermine pas le poids de leur normativité, et que leur simple localisation au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes ne suffit pas à mesurer leur portée juridique réelle. Le tout démontre « la difficulté récurrente qui résulte d'une association trop exclusive entre le statut hiérarchique d'une norme ou d'un principe et son effectivité (parfois présumée mais aussi contestée)⁵⁵ ». En contrepartie, il fait valoir qu'en matière d'effectivité, les mécanismes qui assurent la mise en œuvre de ces principes sont souvent plus déterminants que leur simple localisation dans la hiérarchie des normes⁵⁶. De même, le contrôle juridictionnel n'est pas intrinsèquement déterminant du point de vue de leur effectivité, alors que leur application est souvent confiée à des organismes de nature administrative dont l'autorité est tout aussi respectée que celle des tribunaux : ombudsman, vérificateur général, autorité des marchés publics, etc.

⁵³ D. MOCKLE, préc., note 3, p. 21 et 103; Pierre ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015.

⁵⁴ D. MOCKLE, préc., note 3, p. 174 et 175.

⁵⁵ *Id.*, p. 176.

⁵⁶ *Id.*, p. 176-186.

IX. Les fonctions instrumentales et symboliques des normes de gouvernance

Cette question accompagne celle de la fonction et de la portée interprétative de ces principes. Ceux-ci ont-ils une portée normative indépendante et, d'une manière plus large encore (et plus sociologique), leur effectivité est-elle de nature strictement juridique? Le poids de cette *normativité d'exercice* se mesurerait alors à leur impact sur l'interprétation d'autres normes, de nature proprement juridique.

La question est de savoir si la portée normative de ces principes de gouvernance doit être limitée à leur seule capacité de peser sur le sens des autres normes juridiques auxquelles elles sont liées, ce qui constitue le propre du droit formel. Ne doit-on pas également mesurer le poids qu'elles font peser sur des réalités de nature plus matérielle, par exemple, sur leur capacité à modifier concrètement le comportement des acteurs agissant dans les champs d'action que ces principes ont vocation à réguler? Il s'agirait dès lors d'une effectivité de résultat de nature instrumentale ou proprement régulatrice, dans le sens défini antérieurement.

On sait déjà que cette effectivité peut être assurée par la traduction de ces principes dans une forme plus matérielle, forme que la contractualisation de l'action publique est venue consacrer et qui mobilise la fonction instrumentale (et partant pratique) de la normativité juridique. Mais s'agissant d'une normativité «de principe», cette effectivité doit également être analysée en fonction de sa dimension *supra juridique*. On doit alors s'intéresser également à la force *symbolique* de cette normativité, mesurable à sa capacité d'influer sur les représentations sociales qu'entretiennent des acteurs de l'action publique sur les exigences de cette action⁵⁷. Or, cette dimension symbolique est ontologiquement associée à cette *normativité de principes*. Ce qu'elle signifie et ce qu'elle évoque vaut en soi. Le rappel systématique de ces principes vient entretenir ces nouvelles représentations de la bonne gouvernance,

⁵⁷ Pierre NOREAU, «De la force symbolique du droit», dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 137.

notamment dans le cadre de lois organiques créant les différents ministères du gouvernement, ou tout autre organisme public.

L'émergence du droit de la gouvernance offre le cas exemplaire des dimensions diverses qui accompagnent la régulation de l'action publique, mais également, et plus largement, celle de l'action sociale. Dans le cadre de travaux récents, j'établis une distinction entre trois niveaux différents de cette régulation : la régulation *référentielle* (les valeurs, les idéologies et les représentations sociales); la régulation *institutionnelle* (espace privilégié du droit formel); la régulation *pratique – empirique, expérientielle –*, fondée sur l'ajustement mutuel des attentes et des actions. Cette typologie avait pour objectif de faciliter l'étude des processus de changement au sein de systèmes fortement institutionnalisés (on pense au domaine de la santé et de la justice), tous caractérisés par leur étanchéité, sinon par leur opposition intrinsèque au changement⁵⁸.

Les études de cas menées sur ces processus ont révélé très tôt que la régulation sociale était assurée de manière tout aussi stable par des normes pratiques (et partant instrumentales) que par des normativités formelles (juridiquement établies au plan institutionnel) ou des référents symboliques (idéologies de référence, croyances partagées, valeurs émergentes, etc.). C'est cette fonction symbolique qu'on a surtout évoquée ici. Si l'étude des mutations de l'action publique a révélé que les innovations pratiques apparues en marge des activités courantes de l'État sont souvent la source de changements que connaît ultérieurement l'activité de l'État, elles ont tôt ou tard dû trouver un relai par la législation ou la réglementation, de sorte que dans beaucoup de cas, elles ont exigé une forme de *désinstitutionnalisation* (de *déjuridicisation*) de l'action publique avant d'être réintégrées dans le répertoire des normes juridiques formalisées. On peut ainsi parler de *ré-institutionnalisation* (de réintégration) de ces pratiques, et également des représentations sociales qui les supportent dans le cadre du droit formel.

C'est cette trajectoire de l'action publique que les travaux de Daniel Mockle ont suivie, étape par étape, sur une très grande échelle et sans savoir à l'avance la direction et la forme juridique que prendraient ces changements.

⁵⁸

P. NOREAU, préc., note 4, p. 103-182.

En doutant parfois de la force du droit formel (défini au niveau le plus proprement institutionnel de l'action) en tant que mécanisme de régulation, Daniel Mockle a indirectement mis en évidence d'autres dimensions de la régulation juridique, ici plus instrumentales et pratiques, et là plus symboliques (ou référentielles), que celles que recouvre une définition strictement formelle et légicentrée (et plus strictement institutionnelle) du droit.

Conclusion

Ce que l'œuvre de Daniel Mockle nous apprend, c'est la capacité du droit étatique d'intégrer dans son propre domaine d'action, et son propre registre juridique (celui du droit formel), toute espèce de normativité dont elle ne constitue pas *a priori* l'origine. Mockle parle de *perméabilité* du droit public⁵⁹. «La vaste diffusion que connaissent tous les principes associés à la bonne gouvernance illustre la relativisation des droits nationaux au profit d'une culture commune⁶⁰.» Cette porosité n'est cependant pas propre au droit contemporain, et Mockle démontre comment, sur le plan historique – on pense au développement du droit social –, certains principes de gouvernance reconnus aujourd'hui (précaution, participation) ont été pris en compte dans le cadre de mécanismes divers⁶¹.

Abordé dans cette perspective continue (et évolutive), le changement rapide que connaît le domaine de l'action publique en fait un extraordinaire laboratoire pour l'étude des réformes de la normativité juridique, quelle que soit la définition qu'on lui donne. Le travail archéologique que nous nous sommes proposé de réaliser dans l'œuvre de Daniel Mockle démontre du moins qu'une certaine sociologie de la réforme du droit peut tirer profit du travail pionnier qu'il a réalisé dans le domaine de la gouvernance publique. Ce patient travail d'observation donne un sens particulier au concept du droit vivant. Cette observation ne permet pas seulement de rendre compte de l'ajustement de la normativité à la réalité changeante de l'action publique, mais aussi des mutations de la forme juridique elle-même. Ces travaux projettent sur le *mouvement du droit* une lumière essentielle.

⁵⁹ D. MOCKLE, préc., note 3, p. 33.

⁶⁰ *Id.*, p. 85.

⁶¹ *Id.*, p. 41-87.