

## Le droit de la gouvernance : l'identité juridique de la gouvernance

### *The Law of Governance: The legal identity of governance*

Stéphane Bernatchez, Alexandra Bouchard, Marie-Eve Couture-Ménard and Marie-Claude Desjardins

Volume 55, Number 1, 2026

Le droit public à la croisée des savoirs et des influences : mélanges offerts au professeur Daniel Mockle

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1125550ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1125550ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bernatchez, S., Bouchard, A., Couture-Ménard, M. & Desjardins, M. (2026). Le droit de la gouvernance : l'identité juridique de la gouvernance. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 55(1), 37–74. <https://doi.org/10.7202/1125550ar>

Article abstract

*This article offers an explanation of governance law, which emerged in the 21st century as one of the contemporary transformations of normativity. Professor Daniel Mockle was the legal scholar who coined the term “governance law” to describe this recent legal development. A study of his work on new public governance reveals the origins of this concept and the stages of its theorization. This article proposes a conception of governance law based on its requirements, processes, normative instruments and standards.*



# Le droit de la gouvernance: l'identité juridique de la gouvernance

*The Law of Governance: the legal identity  
of governance*

par Stéphane BERNATCHEZ\*,  
Alexandra BOUCHARD†,  
Marie-Eve COUTURE-MÉNARD‡ et  
Marie-Claude DESJARDINS§

*Le présent article propose une explication du droit de la gouvernance qui a émergé au XXI<sup>e</sup> siècle comme l'une des transformations contemporaines de la normativité. Le professeur Daniel Mockle a d'ailleurs été le premier juriste à utiliser l'expression « droit de la gouvernance » pour désigner cette évolution récente du droit. À partir d'une étude de ses travaux sur la nouvelle gouvernance publique, il est possible de retracer la généalogie de cette notion, ainsi que les différentes étapes de la théorisation du droit de la gouvernance. Une conceptualisation du droit de la gouvernance est ici proposée, sur la base des exigences, des processus, des instruments normatifs et des normes qui le composent.*

---

*This article offers an explanation of governance law, which emerged in the 21st century as one of the contemporary transformations of normativity.*

---

\* Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, chercheur au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG).

† Doctorante, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, étudiante-chercheuse au CrRDG.

‡ Professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, chercheuse au CrRDG.

§ Professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, chercheuse au CrRDG.

*Professor Daniel Mockle was the legal scholar who coined the term “governance law” to describe this recent legal development. A study of his work on new public governance reveals the origins of this concept and the stages of its theorization. This article proposes a conception of governance law based on its requirements, processes, normative instruments and standards.*

---

*El presente artículo propone una explicación del derecho de la gobernanza, que ha surgido en el siglo XXI como una de las transformaciones contemporáneas de la normatividad. El profesor Daniel Mockle fue, de hecho, el primer jurista en utilizar la expresión «derecho de la gobernanza» para describir esta evolución reciente del derecho. A partir del estudio de sus trabajos sobre la nueva gobernanza pública, es posible repasar la genealogía de este concepto y las diferentes etapas de su teorización. En este texto se propone una concepción del derecho de la gobernanza, basada en torno a los requisitos, los procesos, los instrumentos normativos y las normas que lo conforman.*

## TABLE DES MATIÈRES

<b>Introduction</b> .....	41
<b>I. De la gouvernance et des transformations du droit : une généalogie</b> .....	42
<b>A) La gouvernance et ses fondements interdisciplinaires</b> .....	42
<b>B) Les bouleversements en théorie du droit à l'ère de la gouvernance</b> .....	49
<b>II. La construction du droit de la gouvernance</b> .....	55
<b>A) L'appellation «droit de la gouvernance»</b> .....	56
<b>B) Une conceptualisation du droit de la gouvernance</b> .....	63
1. Les exigences .....	63
2. Les processus.....	68
3. Les instruments normatifs et les normes .....	69
<b>Conclusion</b> .....	74



## Introduction

À notre connaissance, Daniel Mockle a été le premier à utiliser l'expression «droit de la gouvernance<sup>1</sup>» pour désigner ce «nouvel avatar du droit public<sup>2</sup>», bien que d'autres avaient déjà développé avant lui une conception apparentée pour désigner les nouveaux phénomènes normatifs issus de la gouvernance. En examinant l'évolution de la gouvernance publique, le professeur Mockle a constaté ces importants changements dans son domaine du droit : «Pour le droit administratif, la gouvernance pose de nouveaux défis qui génèrent incertitude et flottement, au point que ce champ du droit soit plus que jamais un laboratoire, un terrain d'expérimentation, où les “règles de l'art” ne semblent pas encore déterminées avec précision<sup>3</sup>.»

Influencées par les travaux de ce chercheur et reconnaissant que «l'étude du droit de la gouvernance constitue ainsi un terrain de recherche fertile<sup>4</sup>», les recherches menées au Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG) continuent d'évoluer dans cette voie en cherchant à théoriser et à mobiliser cette perspective dans l'étude du droit. En guise d'hommage à ce penseur du droit de la gouvernance, le présent texte propose une reconceptualisation du droit de la gouvernance à la lumière des récents développements en théorie du droit et en théorie de la norme. Ce faisant, nous inscrivons notre contribution dans le défi lancé par Daniel Mockle lorsqu'il écrit que, si «la gouvernance pouvait représenter une stratégie d'évincement du droit, il faut également réaffirmer ou montrer son ancrage dans le droit<sup>5</sup>».

L'objectif ici est d'offrir une théorisation du droit de la gouvernance, fondée sur les écrits de Daniel Mockle et des autres juristes qui, dans des

---

<sup>1</sup> Daniel MOCKLE, «La gouvernance publique et le droit», (2006) 47-1 *C. de D.* 89, 126.

<sup>2</sup> *Id.*

<sup>3</sup> *Id.*, 95 et 96.

<sup>4</sup> Marie-Eve COUTURE-MÉNARD, *La responsabilité publique entourant les collaborations public-privé. Regard sur le domaine de la santé publique au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 129.

<sup>5</sup> Daniel MOCKLE, «La gouvernance publique et le droit», dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : exploration des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 33, à la p. 43.

perspectives qui présentent un « air de famille » – pour reprendre la notion de Wittgenstein –, ont contribué à la réflexion sur ce droit qui se superpose au droit moderne. Dans la perspective du droit moderne, « l'État apparaît comme la seule source du droit, le seul foyer de juridicité; et la règle de droit prend la forme de commandements impératifs, qui doivent être exécutés sous la menace de sanctions<sup>6</sup> ».

Pour ce faire, notre texte se divise en deux parties. Dans une première partie, il importe, avant de s'intéresser au rapport entre la gouvernance et le droit, de s'attarder à la généalogie de la gouvernance en revisitant l'émergence du phénomène ainsi que ses diverses conceptualisations. Dans une seconde partie, il convient de systématiser le droit de la gouvernance à partir de ses différentes composantes et d'offrir une meilleure compréhension de leur interrelation.

## **I. De la gouvernance et des transformations du droit : une généalogie**

En raison de sa nature polysémique<sup>7</sup>, la gouvernance est, tout comme le droit lui-même, une notion à contenu variable<sup>8</sup>. Par conséquent, définir le droit de la gouvernance représente un défi théorique important et exige de s'intéresser d'abord à la notion de gouvernance.

### **A) La gouvernance et ses fondements interdisciplinaires**

*Émergence du concept de gouvernance.* L'émergence du concept de gouvernance est souvent associée à la pratique des institutions internationales que sont le Fonds monétaire international et la Banque mondiale<sup>9</sup>. Il est vrai que le vocabulaire de la Banque mondiale a intégré dès 1989 la référence à la gouvernance, avant d'en faire une condition du développement à partir de 1992. Ainsi, la bonne gouvernance est devenue un étalon de mesure du

---

<sup>6</sup> Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2014, p. 101.

<sup>7</sup> Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? », (2003) 105-106-1 *Revue française d'administration publique* 203.

<sup>8</sup> Chaim PERELMAN et Raymond VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

<sup>9</sup> Voir notamment: GAOUSSOU DIARRA et Patrick PLANE, « La Banque mondiale et la genèse de la notion de bonne gouvernance », (2012) 158-2 *Mondes en développement* 51.

---

développement démocratique des États du Sud global, établi en fonction de critères d'imputabilité et de reddition de comptes afin de lutter contre la corruption et d'assainir les finances publiques.

*Les transformations de l'État.* Bien que la gouvernance soit souvent associée à des phénomènes comme la mondialisation<sup>10</sup> et le droit international économique, c'est aussi au sein de l'État administratif qu'on voit apparaître les balbutiements de ce qui s'apparente à de la gouvernance publique, alors que l'État est désormais conçu en termes d'État postmoderne<sup>11</sup> ou d'État régulateur<sup>12</sup>. Selon le professeur Mockle, la gouvernance renvoie au modèle du «décisionnisme initial de l'État<sup>13</sup>», et se manifeste de diverses façons : «[l']horizontalité des interactions à des fins de coopération et de coordination, les partenariats, la multiplication des acteurs dans la configuration de l'action publique, le décloisonnement du public et du privé, les revendications de participation et de démocratie citoyennes<sup>14</sup>». Ces transformations sont même antérieures à la montée du néolibéralisme qui a affublé l'État contemporain au nom de la rigueur économique. Daniel Mockle écrit à ce sujet :

Durant la Seconde Guerre mondiale et au cours des décennies suivantes, qui ont vu l'interventionnisme accru de l'État, les auteurs britanniques ont été confrontés à la croissance de règles administratives qui n'étaient pas des règlements. La terminologie utilisée par les autorités administratives (*bulletins, circulars, rules, guidelines, polices, memorandums, guides, directives*) posait – et pose encore – les mêmes difficultés conceptuelles que celles connues dans le monde francophone<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Voir notamment : Daniel MOCKLE (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002; Josepha LAROCHE (dir.), *Mondialisation et gouvernance mondiale*, Paris, Presses universitaires de France, 2003.

<sup>11</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 6.

<sup>12</sup> Jacques CHEVALLIER, «L'État régulateur», (2004) 111-3 *Revue française d'administration publique* 473.

<sup>13</sup> Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 9 et 263.

<sup>14</sup> *Id.*, p. 1.

<sup>15</sup> Daniel MOCKLE, «Politiques, directives et instruments de gestion», dans JurisClasseur Québec, coll. «Droit public», *Droit administratif*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, n° 4, à jour au 1<sup>er</sup> janvier 2025 (LAd/QL).

Considérant cette évolution du rôle de l'État, il n'est donc pas étonnant que les administrativistes aient été à l'avant-poste de l'observation des transformations contemporaines de l'action publique. Avant d'y voir des principes de bon gouvernement faisant partie du droit public<sup>16</sup>, Daniel Mockle considérait la gouvernance comme « un phénomène éminemment politique, irréductible à la rationalité du droit, qui, en contrepartie, relève d'une autre logique<sup>17</sup> ». En conséquence, la gouvernance n'est pas qu'une affaire privée, de gouvernance d'entreprise, comme cela est souvent entendu, mais également une affaire publique, associée à la nouvelle gouvernance étatique<sup>18</sup> ou publique<sup>19</sup>.

*Au-delà du néolibéralisme.* La perspective ouverte par la gouvernance a été qualifiée de néolibérale en référence aux politiques de privatisation et de déréglementation menées par plusieurs gouvernements, dont ceux de Margaret Thatcher au Royaume-Uni, Ronald Reagan aux États-Unis, Brian Mulroney au Canada ou Robert Bourassa au Québec. C'est dans ce contexte que la gouvernance a pu être comprise à ses débuts comme signifiant un évincement du gouvernement : « governance without government<sup>20</sup> ». Les gouvernements qui leur ont succédé ont poursuivi dans cette même logique néolibérale, mais en attribuant un nouveau rôle à l'État gestionnaire :

Les réformes introduites en Grande-Bretagne en 1990, par le gouvernement de John Major (*Next Steps*), et aux États-Unis en 1993, par l'administration Clinton-Gore avec le courant Reinventing Government, ont été suivies par l'introduction progressive, mais néanmoins décisive, des préceptes du nouveau management public dans plusieurs pays occidentaux à la fin des années 90. Le Canada et le Québec ont suivi ce mouvement avant 2000<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Daniel MOCKLE, *La gouvernance publique*, Paris, L.G.D.J., 2022.

<sup>17</sup> D. MOCKLE, préc., note 13, p. 1.

<sup>18</sup> Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.

<sup>19</sup> D. MOCKLE, préc., note 16.

<sup>20</sup> James N. ROSENAU et Ernst-Otto CZEMPIEL (dir.), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

<sup>21</sup> D. MOCKLE, préc., note 1, 111.

---

Les critiques de la gouvernance néolibérale omettent toutefois de considérer que le « moins d'État » associé à cette période semble en contradiction avec les nouveaux rôles de l'État qui, se faisant incitateur et propulsif<sup>22</sup>, intervient davantage dans la société par des normes de plus en plus nombreuses. Ainsi, l'idée selon laquelle la gouvernance signifierait gouverner sans gouvernement<sup>23</sup> a été revue. La nouvelle gouvernance publique ne signifie pas nécessairement moins de gouvernement, ni l'absence de gouvernement, puisque les innovations normatives et les modes de gouvernance développés par l'État sont très nombreux, à telle enseigne que la question de savoir quel type d'instrument normatif ou quel mode de gouvernance est le plus approprié devient un enjeu<sup>24</sup>.

*De la gouvernementalité à la gouvernance.* La perspective du néolibéralisme s'incarne dans le concept de gouvernementalité développé par Michel Foucault. À titre de mode d'exercice du pouvoir au sein d'un État administratif de plus en plus envahissant, la gouvernementalité institue un contrôle insidieux des individus qui, volontairement, s'autodisciplinent parce qu'ayant intériorisé l'autorité. Certes, la gouvernementalité partage avec la gouvernance cette idée d'une gouvernance par les normes. La gouvernance s'avère une variante de la gouvernementalité qui est définie comme le gouvernement des conduites associé à une technique de discipline<sup>25</sup> : « le problème de la gouvernabilité renvoie en réalité aux mécanismes de contrôle social et de

---

<sup>22</sup> Charles-Albert MORAND, *L'État propulsif. Contributions à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991.

<sup>23</sup> J. N. ROSENAU et E.-O. CZEMPIEL, préc., note 20.

<sup>24</sup> Pierre ISSALYS, avec la collab. de Michel BOURQUE, *Répartir les normes. Le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, Société de l'assurance automobile, 2002; Michael J. TREBILCOCK, « The Choice of Governing Instrument: A Retrospective », dans Pearl ELIADIS, Margaret M. HILL et Michael HOWLETT (dir.), *Designing Government. From Instruments to Governance*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 51; Michael J. TREBILCOCK, Douglas G. HARTLE, J. Robert S. PRICHARD et Donald N. DEWEES, *The Choice of Governing Instrument*, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1982.

<sup>25</sup> Claude GAUTHIER, « À propos du "gouvernement des conduites" chez Foucault : quelques pistes de lecture », dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (dir.), *La gouvernabilité*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 19.

normalisation des comportements<sup>26</sup>». Tandis que le prisme du néolibéralisme avait entraîné, dans les années 1970-1980, les transformations de la régulation dans le champ de la gouvernementalité, les années 1990 ont fait passer ce phénomène dans le spectre de la gouvernance<sup>27</sup>. En insistant sur une approche composée de plusieurs courants théoriques, selon une logique de régulation, d'expérimentation et d'apprentissage, davantage fondée sur le pragmatisme<sup>28</sup>, il se dégage donc une compréhension de la gouvernance qui s'éloigne de la perspective néolibérale. Sur cette base, l'idée de gouvernance peut être définie comme « celle d'un pilotage non autoritaire des conduites » visant à convaincre plutôt qu'à contraindre<sup>29</sup>.

*La logique managériale.* La gouvernance est souvent comprise dans la seule dimension managériale. La gouvernance managériale ou « évaluative<sup>30</sup> » traduirait ainsi, dans la sphère publique, le modèle de gestion optimal des entreprises, qui vise la performance, la réduction des coûts de production et de transaction ainsi que les impératifs d'efficacité et d'efficience. Dans le contexte étatique, cette logique prend notamment la forme du nouveau management public (NMP), aussi appelé *New Public Management*. Elle avait également été associée à la réflexion relative à la taille de l'État et à son rôle : « smaller or smarter government?<sup>31</sup> ». Même si l'idée d'un État modeste (*smaller*) a fait son

---

<sup>26</sup> Jacques CHEVALLIER, « Présentation », dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (dir.), *La gouvernabilité*, Paris, Presses universitaires de France, p. 5, à la p. 6.

<sup>27</sup> Voir : Madeleine ARONDEL-ROHAUT, « De la gouvernementalité à la gouvernance », dans Madeleine ARONDEL-ROHAUT et Philippe ARONDEL (dir.), *Gouvernance : une démocratie sans le peuple?*, Paris, Ellipses, 2007, p. 119 et suiv.

<sup>28</sup> Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009; Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.

<sup>29</sup> Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 169.

<sup>30</sup> Daniel MOCKLE, « Gouvernance », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Dictionnaire de la norme. Formaliser l'informel*, (2024) 29-3 *Lex Electronica*.

<sup>31</sup> Robert HOWSE, J. Robert S. PRICHARD et Michael J. TREBILCOCK, « Smaller or Smarter Government? », (1990) 40-3 *U.T.L.J.* 498.

---

chemin, la réponse a plutôt été de type *smarter* avec l'introduction du NMP. Au Québec, ce tournant est associé à la *Loi sur l'administration publique*<sup>32</sup> adoptée en 2000. Cette approche managériale se matérialise « au travers de la pénétration de la sémantique économique sous sa forme managériale dans le vocabulaire juridique<sup>33</sup> » ainsi que par le recours à des instruments de gestion, tels que les plans stratégiques, les plans d'action et les stratégies, pour réguler la société et l'administration publique.

Parmi les critiques adressées à la gouvernance<sup>34</sup>, l'une des plus virulentes est allée jusqu'à voir en elle l'instauration d'un « management totalitaire<sup>35</sup> ». Cette conception oppose la gouvernance à la démocratie en ce que la logique managériale y remplace le politique. Toutefois, n'assimiler la gouvernance qu'à cette branche managériale demeure nettement insuffisant, tant il est vrai que la gouvernance est construite à partir de plusieurs perspectives disciplinaires. Ainsi, ce serait faire fi de la gouvernance participative<sup>36</sup>, fondée sur la participation citoyenne si chère à la science politique, ainsi que de la composante de légitimité que la philosophie politique a apportée à la gouvernance, dans une perspective ouverte par les travaux de Jürgen Habermas sur la démocratie délibérative<sup>37</sup>.

*Un concept interdisciplinaire.* L'insistance sur la seule dimension managériale de la gouvernance omet de considérer les autres composantes de cette notion, alors que les transformations de l'État ont souvent été comprises dans la perspective de l'interdisciplinarité<sup>38</sup>. Issus de « plusieurs

---

<sup>32</sup> RLRQ, c. A-6.01.

<sup>33</sup> Jean-Louis GENARD, *Les dérèglements du droit. Entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Labor, 2000, p. 27.

<sup>34</sup> Voir notamment : Jean-Pierre GAUDIN, *Critique de la gouvernance. Une nouvelle morale politique?*, Paris, Éditions de l'Aube, 2014.

<sup>35</sup> Alain DENEAULT, « *Gouvernance* ». *Le management totalitaire*, Montréal, Lux Éditeur, 2013.

<sup>36</sup> D. MOCKLE, préc., note 30.

<sup>37</sup> Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

<sup>38</sup> Violaine LEMAY et Michelle CUMYN, « La recherche et l'enseignement en faculté de droit : le cœur juridique et la périphérie interdisciplinaire d'une discipline éprouvée », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique. Actes des 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*,

savoirs et disciplines<sup>39</sup>», ces « concepts nomades<sup>40</sup> » fournissent au droit de la gouvernance plusieurs exigences que l'exercice de la gouvernance s'efforce de satisfaire. Chacune des disciplines a ainsi contribué à sa façon à l'élaboration du concept de gouvernance en y apportant un principe fondateur : l'efficacité de l'économie et de la gestion, la performance du management (ou de la science de la gestion), la légitimité de la philosophie politique, l'effectivité de la sociologie, la validité du droit, la participation de la science politique, l'imputabilité des sciences administratives, la transparence et la réflexivité de l'éthique. Selon les autres exigences qui se sont greffées plus récemment à la gouvernance, il est également possible d'ajouter la proximité de la géographie et de la psychologie<sup>41</sup>.

Comme l'écrit Roderick A. Macdonald, « no discipline – be it law, political science, public administration, economics, sociology – has a monopoly on the vocabulary, concepts, and inquiries appropriate to studies of governance<sup>42</sup> ».

*La définition de la gouvernance.* Parfois qualifiée de mot fourre-tout<sup>43</sup> ou de mot-valise<sup>44</sup>, la gouvernance a souvent été discréditée en raison du fait qu'elle donnerait ouverture à de multiples significations sans qu'un consensus n'émerge de ce brouillamini. Pourtant, les juristes devraient être sensibles

---

Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 39, aux p. 90 et 91; Alexandra BOUCHARD, « L'interdisciplinarité comme fondement méthodologique de la recherche en droit de la gouvernance », (2022) 4-7 *Les chantiers de la recherche en droit* 289.

<sup>39</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 29.

<sup>40</sup> Isabelle STENGERS (dir.), *D'une science à l'autre. Des concepts nomades*, Paris, Seuil, 1987.

<sup>41</sup> Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *La gouvernance de proximité. Usages et sens pour le droit*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2021.

<sup>42</sup> Roderick A. MACDONALD, « The Swiss Army Knife of Governance », dans Pearl ELIADIS, Margaret M. HILL et Michael HOWLETT (dir.), *Designing Government. From Instruments to Governance*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 203, à la p. 206.

<sup>43</sup> André-Jean ARNAUD, *La gouvernance. Un outil de participation*, Paris, L.G.D.J., 2014, p. 3.

<sup>44</sup> Pierre DE MONTALIVET, « La proximité et la gouvernance : un enrichissement réciproque? », dans S. BERNATCHEZ (dir.), préc., note 41, p. 15, à la p. 16.

---

au fait que la même critique pourrait être adressée au droit. Ainsi, même s'il prête le flanc à pareille critique, surtout à la suite du réalisme et des *Critical Legal Studies*, sans compter les différentes versions du positivisme juridique lui-même, le droit ne s'en trouve pas complètement discrédité pour autant. Il ne serait possible, non plus souhaitable, de répertorier ici les nombreuses définitions de la gouvernance, ni les différents types de gouvernance. La gouvernance peut être publique ou privée, mondiale, globale ou locale, étatique ou non étatique, d'entreprise, organisationnelle ou gouvernementale, participative, collaborative, réflexive, démocratique, normative. Dans son plus récent ouvrage, Daniel Mockle identifie trois modèles fondamentaux de gouvernance, en se fondant sur la typologie proposée par Kong et Yoon<sup>45</sup>, soit «la gouvernance proprement juridique (*legal governance*) issue du modèle wéberien, la gouvernance axée sur l'évaluation des organisations (*performance-based governance*), et enfin, la gouvernance participative ou associative (*consensus-based governance*)<sup>46</sup>».

Plutôt que de se livrer à un autre exercice de classification, qu'il nous suffise ici de préciser la définition qui nous paraît le mieux refléter notre compréhension de la gouvernance, définition que nous empruntons à Marc Maesschalck : «La gouvernance est un processus expérimental visant à transformer les rôles et les formes de production normative. L'enjeu est d'expérimenter de nouveaux comportements d'acteurs eux-mêmes guidés par un usage innovant des normes<sup>47</sup>.» Ces références à la production normative et aux innovations normatives permettent de faire le lien entre la gouvernance et le droit de la gouvernance, ce qui devrait intéresser particulièrement les juristes.

## **B) Les bouleversements en théorie du droit à l'ère de la gouvernance**

*La gouvernance, aussi une affaire de juristes.* Après que les sociologues aient constaté la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques sur un même

---

<sup>45</sup> Dongsung KONG et Kiwoong YOON, «Mode of Public Governance: A Typology Toward a Conceptual Modeling», (2018) 14-1 *World Political Science* 145.

<sup>46</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 19 et 20.

<sup>47</sup> Marc MAESSCHALCK, *Gouvernance réflexive de la recherche et de la connaissance innovante*, Londres, ISTE Editions, 2017, p. 23 et 24.

territoire à un même moment<sup>48</sup>, les administrativistes ont aussi pris acte des nouveaux modes d'action publique<sup>49</sup>, des nouveaux outils de gouverne étatique<sup>50</sup> et des métamorphoses de la régulation politico-juridique<sup>51</sup>. À la différence du constat du « fait du pluralisme juridique », posé dans une perspective sociologique, la doctrine de droit administratif a plutôt retravaillé les concepts juridiques dans une perspective interne à la science juridique.

*Le modèle du réseau.* Depuis Kelsen, les juristes s'étaient représenté le système juridique sur le modèle hiérarchique de la pyramide, où la validité de chaque norme s'évalue en fonction de sa conformité à une norme supérieure, et ce, jusqu'à la norme fondamentale présumée qu'est la *Grundnorm*. Voilà qu'apparaît au début du XXI<sup>e</sup> siècle le modèle du réseau, non pas en remplacement du modèle de la pyramide, mais en complément : ce changement de paradigme s'accompagne du passage du gouvernement à la gouvernance et de la réglementation à la régulation<sup>52</sup>. Suivant cette logique, le droit deviendrait d'abord et avant tout un instrument de régulation.

*La mutation génétique du droit.* Dans un article sur le nouveau paradigme de la gouvernance, Jean-Guy Belley traduit en une image, « simplifiée mais expressive, la nouvelle construction théorique de l'organisation et de la gouvernance » : « on pourrait dire que le modèle de référence est désormais celui de l'école plutôt que celui de l'armée<sup>53</sup> ». Plus encore, il résume les transformations de la régulation juridique comme suit :

<sup>48</sup> Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002; Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29-1 *C. de D.* 91.

<sup>49</sup> Fabrizio CANTELLI, Steve JACOB, Jean-Louis GENARD et Christian DE VISSCHER (dir.), *Les constructions de l'action publique*, Paris, L'Harmattan, 2007.

<sup>50</sup> Lester M. SALAMON (dir.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

<sup>51</sup> Jacques COMMAILLE et Bruno JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, L.G.D.J., 1998.

<sup>52</sup> François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

<sup>53</sup> Jean-Guy BELLEY, « Gouvernance et démocratie dans la société neuronale », dans Linda CARDINAL et Caroline ANDREW (dir.), *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, p. 153, à la p. 155.

La règle de droit n'est plus ce qu'elle était. Elle enregistre l'évolution de la société plus qu'elle ne s'y oppose. Elle incite à souscrire à un idéal et subventionne le ralliement plus qu'elle n'interdit et ne punit. Elle s'élabore et s'applique avec la souplesse des mesures négociées plutôt qu'avec la rigueur de l'ancien droit impérial. Elle se moule dans les interstices de l'application quotidienne des politiques publiques. Elle réhabilite les règles générales des anciennes codifications au nom de leur aptitude à se voir conférer un sens précis et évolutif dans l'action des premiers intéressés plutôt que dans les énonciations formelles des autorités. Elle est le langage privilégié d'un «État propulsif» qui a cessé d'être gendarme, d'un droit «souple et flou» qui ne prétend plus s'imposer en toute rigueur<sup>54</sup>.

En ce sens, les juristes n'ont pas hésité à parler d'une «mutation génétique» du droit<sup>55</sup>.

*Les objets juridiques non identifiés (OJNI)*. L'idée de «gouverner sans le droit<sup>56</sup>», ou «en marge du droit<sup>57</sup>», dans une sorte d'«évincement du droit<sup>58</sup>», résultait alors de

la croissance de formules de rechange qui échappent aux catégories connues du droit public et qui, dans l'attente de solutions ou de réponses, sont reléguées dans la vaste série des «actes non réglementaires»: plans stratégiques, chartes d'usagers, normes de substitution, normes intégrées par renvoi, codes de conduite et codes de bonnes pratiques, certification par une tierce autorité, contractualisation des normes et autoréglementation plus ou moins intégrale<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> *Id.*, aux p. 156 et 157.

<sup>55</sup> Gustavo ZAGRENSKY, *Le droit en douceur. Il diritto mite*, Aix-en-Provence/Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 2000, p. 35.

<sup>56</sup> Daniel MOCKLE, «Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation», (2002) 43-2 *C. de D.* 143.

<sup>57</sup> Suzanne COMTOIS, «Administrer des lois en marge du droit. Un défi», dans Mohamed CHARIH et Réjean LANDRY (dir.), *La gestion publique sous le microscope*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1997, p. 127.

<sup>58</sup> Daniel MOCKLE, «L'évincement du droit par l'invention de son double: les mécanismes néo-réglementaires en droit public», (2003) 44-3 *C. de D.* 297.

<sup>59</sup> *Id.*, 300.

Le constat des transformations du droit a d'abord été celui des nouveaux états et des nouvelles textures du droit<sup>60</sup>. En fait, pour la théorie dominante du droit, de telles anomalies équivalent à des obstacles épistémologiques<sup>61</sup>. Les juristes ont qualifié ce nouveau droit de flexible<sup>62</sup>, soluble<sup>63</sup>, souple<sup>64</sup>, liquide<sup>65</sup>, fluide<sup>66</sup>, gazeux<sup>67</sup>, mais également flou<sup>68</sup>, doux<sup>69</sup> et mou<sup>70</sup>, en raison de l'imprécision, de l'absence d'obligation et de contrainte. C'est cette nature inqualifiable dans l'ordre juridique existant qui leur a valu d'être considérées comme des objets juridiques non identifiés<sup>71</sup>. Par exemple, pendant la crise sanitaire causée par la COVID-19, les autorités ont émis des « consignes », telles que se laver les mains et éviter le contact direct pour les salutations, ainsi que des « recommandations », notamment celles relatives au port du masque<sup>72</sup>.

<sup>60</sup> Catherine THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », (2003) 4 *R.T.D. civ.* 599.

<sup>61</sup> Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Vrin, 1980.

<sup>62</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 1969.

<sup>63</sup> Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996.

<sup>64</sup> Catherine THIBIERGE, « Rapport de synthèse », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 141; CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple. Étude annuelle 2013*, Paris, La documentation française, 2013.

<sup>65</sup> François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », dans Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 241; Emeric NICOLAS, « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux », (2017) 79-2 *R.I.É.J.* 5.

<sup>66</sup> Emeric NICOLAS, *Penser les flux normatifs. Essai sur le droit fluide*, Paris, Mare & Martin, 2018.

<sup>67</sup> François OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995, p. 107.

<sup>68</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1986.

<sup>69</sup> G. ZAGRENSKY, préc., note 55.

<sup>70</sup> Mustapha MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1, aux p. 3 et 4.

<sup>71</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 52, p. 14.

<sup>72</sup> Voir notamment: Stéphane BERNATCHEZ et Marie-Eve COUTURE-MÉNARD, « Pour ce *Liber amicorum*, le droit de la gouvernance présenté à l'*amicus* Kouri à partir du cas de la régulation de la pandémie de COVID-19 », dans Nathalie VÉZINA, Pascal FRÉCHETTE et

Dans ce contexte, la théorie du droit a cherché à comprendre ces nouveaux instruments normatifs et modes de régulation associés à l'État et au droit postmodernes<sup>73</sup>. Afin de leur reconnaître une certaine juridicité, les juristes se sont tournés vers le pluralisme juridique qui, sur la base d'une reconnaissance de la normativité, reconnaissait le caractère juridique de ce nouveau droit<sup>74</sup>. D'autres perspectives théoriques, telles celles du droit souple<sup>75</sup> ou encore du droit global<sup>76</sup>, proposent un cadrage juridique de ces normativités.

*Les théories contemporaines du droit.* Ces transformations du droit trouvent différentes explications théoriques, comme l'écrit Belley: « Cette évolution de la technique juridique contemporaine trouve un renfort théorique dans les thèses générales du pluralisme juridique, de l'internormativité et du droit réflexif<sup>77</sup>. » Le pluralisme juridique insiste sur le fait que l'État n'a plus le monopole de la production du droit en raison de la coexistence de nombreux ordres juridiques<sup>78</sup>. L'internormativité réfléchit en termes de superposition,

---

Louise BERNIER (dir.), *Mélanges Robert P. Kouri. L'humain au cœur du droit*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021, p. 447, à la p. 460; Marie-Eve COUTURE-MÉNARD, Stéphane BERNATCHEZ, Thomas BLACKBURN-BOILY, Louise BERNIER, Jean-Frédéric MÉNARD, Mylaine BRETON et Robert P. KOURI, « La gouvernance, nouvel environnement de l'exercice des pouvoirs publics en temps de crise sanitaire: l'exemple de la régulation des masques », (2022) 24-1 *Éthique publique* 10.

<sup>73</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 6; Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *R.D.P.* 659; Karim BENYKHFLEF, « Droit postmoderne », dans Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit*, t. 2 « Philosophie et théorie juridiques », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 393; Boris BARRAUD, *Le droit postmoderne. Une introduction*, Paris, L'Harmattan, 2017.

<sup>74</sup> Voir notamment: Marie-Claude DESJARDINS, *La certification du commerce équitable depuis une perspective juridique. L'exemple du secteur viticole*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 190 et 191; M.-E. COUTURE-MÉNARD, préc., note 4, p. 123, 124 et 129.

<sup>75</sup> C. THIBIERGE, préc., note 60; C. THIBIERGE, préc., note 64.

<sup>76</sup> Benoît FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2014; Benoît FRYDMAN, « Le droit global selon l'École de Bruxelles: l'évolution d'une idée centenaire », dans Karim BENYKHFLEF (dir.), *Vers un droit global?*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 115.

<sup>77</sup> J.-G. BELLEY, préc., note 53, à la p. 157.

<sup>78</sup> G. ROCHER, préc., note 48; Guy ROCHER, « La pluralité des ordres juridiques », (2019) 49-2 *R.G.D.* 443.

d'interaction et même d'interpénétration des systèmes normatifs<sup>79</sup>, alors que le droit réflexif s'articule sur la base du modèle de guidage et de reproduction autopoïétique du droit<sup>80</sup>. À ces approches théoriques s'ajoute celle de la théorie génétique du droit et de la gouvernance<sup>81</sup>, laquelle insiste sur les nécessaires acceptation pratique de la norme et apprentissage réflexif comme conditions de son effectivité régulatoire. Cela exige d'approfondir « [la] recherche génétique des conditions de possibilité de l'opération d'apprentissage collective qu'appelle la reconnaissance de la capacité régulatoire du droit<sup>82</sup> ». Pour que cette opération puisse réussir, l'apprentissage collectif<sup>83</sup> passe par un retour réflexif sur les comportements et les formes de vie existantes, mais cette capacité ne doit pas être présumée. Il importe pour que cela s'accomplisse de construire les mécanismes ou les dispositifs de la gouvernance réflexive<sup>84</sup>.

*La théorie positiviste du droit mise à l'épreuve.* L'émergence de nouvelles normativités pose un défi au positivisme juridique, surtout lorsque ces normes sont adoptées par l'État : « Selon les tenants de la théorie positiviste, les normes étatiques souples ne sauraient être considérées comme étant juridiques, puisqu'elles ne répondent pas aux critères de formalité et de légalité des instruments classiques du droit. En effet, elles émergent souvent en marges des processus rigides d'élaboration du droit étatique classique, par

<sup>79</sup> Jacques CHEVALLIER, « L'internormativité », dans Isabelle HACHEZ, Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4 « Théorie des sources du droit », Limal/Bruxelles, Anthémis/Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 689.

<sup>80</sup> Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

<sup>81</sup> J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, préc., note 28.

<sup>82</sup> Jacques LENOBLE, « Pour une Théorie génétique du Droit. Au-delà des approches herméneutique et positiviste », dans Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit*, t. 2 « Philosophie et théorie juridiques », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 503, à la p. 532.

<sup>83</sup> Voir : Gilles PAQUET, « La gouvernance en tant que manière de voir : le paradigme de l'apprentissage collectif », dans Linda CARDINAL et Caroline ANDREW (dir.), *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, p. 9.

<sup>84</sup> J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, préc., note 28, p. 353.

---

exemple en marge des débats parlementaires<sup>85</sup>. » La question est ici de savoir à quelles insuffisances du modèle juridique de la modernité politique répond ce nouveau système normatif. Poser la question en termes d'insuffisances, ou plus précisément d'anomalies, renvoie à la structure des révolutions scientifiques<sup>86</sup> : lorsque la science normale ne parvient plus à expliquer certains phénomènes, et que des anomalies surgissent, les conditions sont réunies pour qu'émerge un nouveau paradigme. C'est dans ce contexte que le droit de la gouvernance a été présenté comme étant un nouveau paradigme juridique<sup>87</sup>. L'hypothèse théorique du droit de la gouvernance se présente comme une approche possible pour concevoir ce droit, bien qu'elle le fasse selon une conception d'une théorie du droit en réseau qui tente de construire une épistémologie juridique à partir des développements de chaque approche et en tissant des liens entre elles<sup>88</sup>.

## II. La construction du droit de la gouvernance

Comme nous l'avons vu dans la première partie, l'idée que le droit aurait partie liée avec la gouvernance n'est pas entièrement nouvelle. Dans son ouvrage sur la moralité du droit initialement publié en 1964<sup>89</sup>, Lon Fuller définissait déjà le droit comme « l'entreprise visant à soumettre la conduite humaine à la gouvernance des règles<sup>90</sup> ». Avec le passage du gouvernement à la gouvernance, deux modèles normatifs coexistent : celui du droit moderne, que les facultés de droit enseignent majoritairement et que la pratique met en œuvre

---

<sup>85</sup> M.-E. COUTURE-MÉNARD, préc., note 4, p. 123.

<sup>86</sup> Thomas S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

<sup>87</sup> Stéphane BERNATCHEZ, « Une révolution scientifique en droit? Les fondements cybernétiques des théories juridiques contemporaines », (2023) 90-1 *R.I.É.J.* 3.

<sup>88</sup> Stéphane BERNATCHEZ, « Le réseau du droit de la gouvernance », dans Mathieu DEVINAT, Mélanie SAMSON et Georges AZZARIA (dir.), *Les écoles de pensée en droit. Legal Schools of Thought*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2021, p. 7.

<sup>89</sup> Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

<sup>90</sup> Traduction tirée de Lon L. FULLER, *La Moralité du droit*, trad. par Jérémie VAN MEERBEECK, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2017, p. 113. Dans la version originale anglaise, Fuller écrit : « law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance or rules » (Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, 2<sup>e</sup> éd., New Haven/Londres, Yale University Press, 1969, p. 106).

quotidiennement, et celui du droit de la gouvernance, de plus en plus enseigné et qui fait tout autant l'objet d'une pratique au jour le jour.

Comme le suggère la définition de la gouvernance proposée par Marc Maesschalck, et que nous avons citée plus haut, la gouvernance renvoie à, ou se caractérise par, un usage innovant des normes. C'est précisément cet usage innovant des normes que le droit de la gouvernance tente de saisir, en ce qu'il est ce droit qui se transforme au contact de la gouvernance. L'innovation normative provient notamment du fait que les acteurs sont davantage impliqués dans les processus décisionnels producteurs de normes et, du même coup, moins de hiérarchie entre ces différentes sources émettrices de normes. Cela entraîne, inévitablement, une diversification des normativités, laquelle exige une conceptualisation de la part des juristes.

Avant de présenter une nouvelle conceptualisation du droit de la gouvernance, nous reviendrons brièvement sur les différentes formulations des rapports entre droit et gouvernance de manière à reconstituer la généalogie du droit de la gouvernance.

### **A) L'appellation « droit de la gouvernance »**

*La gouvernance par le droit.* Prenant acte de la crise contemporaine de la démocratie et de l'émergence de nouvelles approches de la théorie de la norme, Jacques Lenoble avait développé l'idée de la gouvernance par le droit il y a plus de vingt ans<sup>91</sup>. À partir des approches procédurales du droit, Lenoble théorisait alors la procéduralisation contextuelle du droit et la gouvernance démocratique. Son approche mettait déjà l'accent sur l'arrière-plan contextuel de la norme, sur les formes de vie et les contextes, ce qui fera l'objet d'approfondissement par la suite dans les travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain, jusqu'à l'élaboration d'une théorie génétique du droit et de la gouvernance<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Jacques LENOBLE, «L'efficience de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit», (2002) 33-1-2 *R.D.U.S.* 13.

<sup>92</sup> Voir les ouvrages de 2009 et 2011 : J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, préc., note 28; J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, préc., note 28.

---

*Law & Governance.* En parallèle, dans le monde anglo-saxon, le mouvement *Law & Governance* s'est intéressé au rapport que le droit entretient avec cette nouvelle gouvernance alors en émergence<sup>93</sup>. Les rapports entre la gouvernance et le droit ont alors fait l'objet de réflexions. Trois cas de figure ont été dégagés pour résumer les rapports entre les deux<sup>94</sup> : la «*gap thesis*», caractérisée par l'écart entre la gouvernance et le droit – sans incidence de la première sur ce dernier –; l'«*hybridity thesis*», qui concerne la coexistence et l'interdépendance des deux modèles de régulation; la «*transformation thesis*», où le droit est transformé par la nouvelle gouvernance.

*Le droit de gouvernance.* Dans les *Mélanges* offerts à Paul Amssek<sup>95</sup>, Jacques Chevallier avait, dès 2005, utilisé l'expression «droit de gouvernance». Il écrivait en conclusion de son texte :

Contrairement aux apparences, la gouvernance ne reste donc pas étrangère au monde du droit : non seulement elle tend irrésistiblement à se juridiciser, par le biais de la procéduralisation et de la contractualisation, mais encore elle influe sur la conception du droit, en favorisant la promotion d'un droit négocié et souple, aux antipodes du droit de commandement traditionnel. Néanmoins, le «droit de gouvernance» ne saurait être conçu comme un modèle juridique alternatif : la gouvernance se coule dans le moule du droit existant, dont elle modifie seulement les conditions d'élaboration et la portée normative; et elle prend aussi appui sur la rationalité juridique classique. Sous ces réserves et avec ces limites, le concept de gouvernance n'en est pas moins de nature à éclairer certaines des transformations du droit dans les sociétés contemporaines<sup>96</sup>.

À titre d'exemple de droit négocié et souple, qu'il suffise de penser aux possibilités d'élaborer, suivant ce mode de gouvernance, des plans de gestion

---

<sup>93</sup> L. M. SALAMON, préc., note 50.

<sup>94</sup> Gráinne DE BÚRCA et Joanne SCOTT (dir.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2006; Neil WALKER et Gráinne DE BURCA, «Reconceiving Law & New Governance», (2007) 13-3 *Columbia Journal of European Law* 519.

<sup>95</sup> Jacques CHEVALLIER, «La gouvernance et le droit», dans *Mélanges Paul Amssek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189.

<sup>96</sup> *Id.*, à la p. 207.

de barrages<sup>97</sup> et des plans de développement d'une communauté nourricière<sup>98</sup>. En effet, l'élaboration de tels instruments normatifs appelle la participation des différents acteurs concernés, tant publics que privés.

*Le droit de la gouvernance.* Dans son article de 2006<sup>99</sup>, repris dans son important ouvrage de 2007, Daniel Mockle définissait le droit de la gouvernance à partir de la rencontre de différentes disciplines :

Les deux composantes de la gouvernance publique, la gestion publique (dimension interne de réforme) et les politiques publiques (transformation de l'action publique), ne sont pas généralement abordées comme un tout cohérent. Le nouveau management public correspond à un champ spécialisé qui peut paraître éloigné de la logique instrumentaire des outils de gouvernance. Si ces deux domaines génèrent un « droit de la gouvernance », la rationalité de ce nouvel avatar du droit public reste probablement plus difficile à décoder que ses manifestations<sup>100</sup>.

Le droit administratif intégrant des éléments de cette transformation du droit, le droit de la gouvernance ne constitue pas un modèle juridique alternatif : il n'y a pas « rupture pour un autre type de droit administratif<sup>101</sup> ».

Comme le droit de la gouvernance est un terrain fertile pour des solutions de rechange, il peut donner l'illusion que la gouvernance relève d'un autre droit ou d'une imitation du droit. En réalité, il n'existe aucune possibilité de dissocier le droit public des succédanés qui servent de formules de rechange au droit<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> Catherine CHOQUETTE, Stéphane BERNATCHEZ, Mélanie TRUDEL, Robert LECONTE, Julia SANTOS SILVA, Catherine FRIZZLE et Ayoub HAMMOUDI, « L'adaptation de la gestion des barrages aux changements climatiques », (2021) 3 *Le Climatoscope* 95.

<sup>98</sup> GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Plan de développement d'une communauté nourricière*, 26 octobre 2023, en ligne : <perma.cc/44QY-QPDE>.

<sup>99</sup> D. MOCKLE, préc., note 1, 126.

<sup>100</sup> *Id.*

<sup>101</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 20.

<sup>102</sup> D. MOCKLE, préc., note 13, p. 247.

Ainsi, «le droit de la gouvernance représente un élargissement considérable du champ juridique<sup>103</sup>». Mockle reconnaît, à juste titre, que le droit de la gouvernance est non seulement composé de «formules nouvelles», mais également du «droit traditionnel<sup>104</sup>». Le droit de la gouvernance se retrouve aussi en partie énoncé dans des lois et des règlements, notamment lorsqu'un mode de gouvernance est spécifiquement prévu ou qu'un processus de gouvernance l'est. Par exemple, la *Loi sur l'administration publique*<sup>105</sup>, adoptée en 2000, dicte, dès ses premiers articles, un mode de gestion par résultats fondé sur des principes de gouvernance publique. De même, le *Règlement sur la certification des résidences privées pour aînés* exige que chaque exploitant d'une résidence privée pour aînés adopte un code d'éthique<sup>106</sup>.

*L'hybridation du droit.* Ces phénomènes normatifs sont demeurés en marge du droit<sup>107</sup> ou au-delà du droit et, par conséquent, dans l'angle mort des juristes qui n'y voyaient qu'un «brouillage des catégories juridiques<sup>108</sup>» jusqu'à ce qu'émerge cette hypothèse de «l'hybridation des catégories du droit<sup>109</sup>» : «La gouvernance apparaît dès lors comme un dispositif globalisant où le droit est appelé à composer avec des formules induites par le management<sup>110</sup>.» Comme l'indique la définition que Mockle donne du droit de la gouvernance, le droit a été fécondé par le management ou la gestion, dans une certaine hybridation des catégories du droit. Il évoque même un «décentrement vers les sciences de la gestion<sup>111</sup>» et une rationalité hybride recomposée par les rapports entre le droit, la gestion et l'économie<sup>112</sup>. En cela, sa conception se rapproche de celle qui présente la gouvernance publique et le management public selon

---

<sup>103</sup> *Id.*, p. 216.

<sup>104</sup> *Id.*

<sup>105</sup> *Loi sur l'administration publique*, préc., note 32.

<sup>106</sup> *Règlement sur la certification des résidences privées pour aînés*, RLRQ, c. S-4.2, r. 0.01, art. 36.

<sup>107</sup> S. COMTOIS, préc., note 57.

<sup>108</sup> P. ISSALYS, préc., note 24, p. 277; D. MOCKLE, préc., note 1; D. MOCKLE, préc., note 13, p. 22, 28 et 114.

<sup>109</sup> D. MOCKLE, préc., note 1, 126; D. MOCKLE, préc., note 13, p. 208.

<sup>110</sup> D. MOCKLE, préc., note 13, p. 181.

<sup>111</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 12.

<sup>112</sup> D. MOCKLE, préc., note 13, p. 35.

un cadre d'analyse unifié<sup>113</sup>. Il reconnaît toutefois que la gouvernance « offre des dimensions qui dépassent le fonctionnement des États tant pour les modalités de leur organisation, que pour celles de l'action publique<sup>114</sup> ».

*Les données légitimantes et les normes officielles.* Près d'une dizaine d'années plus tard, Valérie Lasserre consacre un ouvrage au droit de la gouvernance. Ce dernier y est présenté comme étant composé à la fois de données légitimantes issues de l'expertise et de l'information, ainsi que de normes officielles non obligatoires, telles que les recommandations et les normes techniques de la normalisation, dont celles de la certification. Afin de justifier sa typologie, Lasserre aborde la question de la distinction entre le droit de la gouvernance et le droit souple, question incontournable du fait que cette dernière notion faisait florès pour décrire l'évolution récente du droit depuis le début des années 2000<sup>115</sup>. Elle considère la notion de droit souple comme étant trop restrictive en ce qu'elle :

se limite, en effet, empiriquement à des communications écrites dans la forme plus ou moins juridico-normative, comme les résolutions, les chartes, les codes de déontologie, les communications, les recommandations, la normalisation. Elle n'envisage donc pas certains phénomènes normatifs qui sont trop éloignés de la formule juridique, mais qui en réalité exerce une pression majeure sur le droit, comme par exemple les expertises techniques et la production de données informationnelles dont la connaissance, l'étude et le contrôle sont pourtant nécessaires<sup>116</sup>.

*Le système normatif du droit de la gouvernance.* La question de savoir si cet « outillage juridique de la gouvernance<sup>117</sup> » constitue un nouvel ordre

<sup>113</sup> Tony BOVAIRD et Elke LOEFFLER (dir.), *Public Management and Governance*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Routledge, 2016.

<sup>114</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 12.

<sup>115</sup> Voir notamment : C. THIBIERGE, préc., note 60; ASSOCIATION Henri CAPITANT (dir.), *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009.

<sup>116</sup> Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 350.

<sup>117</sup> Jacques CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2017, p. 124.

juridique<sup>118</sup>, un autre droit<sup>119</sup>, un autre droit administratif<sup>120</sup> ou s'il ne s'agit pas simplement d'une évolution interne qui ne change pas la nature de ce droit administratif<sup>121</sup> demeure ouverte. Après avoir étudié la gouvernance pendant quelques décennies, le professeur Daniel Mockle souligne, dans son plus récent ouvrage, la perméabilité du droit public : « À l'ère de la gouvernance, le droit administratif reflète des éléments de transformation, sans qu'il y ait pour autant rupture pour un autre type de droit administratif<sup>122</sup>. » Sur cette base, se forme une gouvernance juridique au sein même du droit administratif.

Au-delà de la perspective administrativiste, le droit de la gouvernance se conçoit plus largement comme système normatif<sup>123</sup>. Dans son ouvrage sur le constructivisme juridique<sup>124</sup>, Cyril Sintez considère ce nouveau droit construit comme étant un système normatif plutôt qu'un ordre juridique<sup>125</sup>. Pierre Moor préfère, lui aussi, la notion de système à celle d'ordre. À la différence d'un ordre cohérent et statique dans un agencement ordonné, « le système est en même temps un processus, et c'est parce qu'il fonctionne comme processus qu'il se maintient comme système; [...] une théorie du droit n'a pas pour objet immédiatement le concept de norme, mais d'abord l'ordre juridique en tant que système original de production de normes: donc un ensemble de processus, une *dynamique*<sup>126</sup> ».

*Le réseau du droit de la gouvernance.* La conceptualisation du droit de la gouvernance peut être élaborée à l'aide d'un ensemble de concepts proposés par la littérature sur les transformations contemporaines du droit.

<sup>118</sup> V. LASSERRE, préc., note 116.

<sup>119</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 95.

<sup>120</sup> Daniel MOCKLE, « Le droit administratif doit-il être vu autrement? », (2016) 92-1 *Droit et société* 231.

<sup>121</sup> D. MOCKLE, préc., note 16.

<sup>122</sup> *Id.*, p. 20.

<sup>123</sup> Cyril SINTEZ, *Le droit construit. Penser le droit par le constructivisme*, Paris, Dalloz, 2022, p. 73 et 74.

<sup>124</sup> *Id.* L'auteur associe le constructivisme juridique au constructivisme critique de la *French Theory* et il en retrace la généalogie dans différentes approches (sociologisme, pluralisme, pragmatisme, systémisme).

<sup>125</sup> C. SINTEZ, préc., note 123, p. 74.

<sup>126</sup> Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit*, Zürich/Paris/Bruxelles, Schulthess Éditions Romandes/L.G.D.J./Bruylant, 2010, p. 4 et 5.

Sur la base des différentes approches théoriques mises en réseau<sup>127</sup>, divers cadres d'analyse émergent : les sources revisitées<sup>128</sup>, la théorie de la norme<sup>129</sup>, la force normative<sup>130</sup>, la densification normative<sup>131</sup>, la garantie normative<sup>132</sup>, les postures normatives<sup>133</sup>, les flux normatifs<sup>134</sup>, l'échelle de juridicité graduée<sup>135</sup>, la répartition normative<sup>136</sup>, le droit construit<sup>137</sup>, etc. Il a également fallu repenser la légistique à l'ère du droit souple<sup>138</sup>. Ces différents cadres conceptuels permettent non seulement d'identifier les composantes du droit de la gouvernance, mais servent également à analyser les phénomènes normatifs de gouvernance.

<sup>127</sup> S. BERNATCHEZ, préc., note 88.

<sup>128</sup> I. HACHEZ *et al.* (dir.), préc., note 79; Stéphane GERRY-VERNIÈRES, *Les «petites» sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012.

<sup>129</sup> François BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2011; Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), avec la collab. de Georges AZZARIA, *La norme juridique «reformatée». Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2016.

<sup>130</sup> Catherine THIBIERGE, «Conclusion. Le concept de “force normative”», dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 813; Marie-Eve COUTURE-MÉNARD, «Le concept de “force normative” comme outil pour distinguer des normes similaires», dans L. LALONDE et S. BERNATCHEZ (dir.), préc., note 129, p. 409.

<sup>131</sup> Catherine THIBIERGE, «Conclusion. Le processus de densification normative», dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 1103.

<sup>132</sup> Catherine THIBIERGE, «L'essentiel de la “notion-fonction” de garantie normative», dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 723.

<sup>133</sup> Cyril SINTEZ, *La posture normative. Une voie d'incarnation de la normativité*, Paris, Mare & Martin, 2024; Cyril SINTEZ, «Les postures normatives face à la gestion normative de la crise sanitaire de la COVID-19», (2020) 85-2 *R.I.É.J.* 65.

<sup>134</sup> E. NICOLAS, préc., note 66; E. NICOLAS, préc., note 65.

<sup>135</sup> Boris BARRAUD, *Qu'est-ce que le droit? Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, Paris, L'Harmattan, 2017.

<sup>136</sup> P. ISSALYS, préc., note 24.

<sup>137</sup> C. SINTEZ, préc., note 123.

<sup>138</sup> Alexandre FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, Stämpfli, 2019.

---

## B) Une conceptualisation du droit de la gouvernance

Tenant compte des différents cadres théoriques qui permettent de comprendre et d'expliquer les transformations contemporaines du droit, nous partons de l'idée que le droit de la gouvernance est le modèle juridique de la gouvernance pour en faire émerger une conceptualisation nouvelle.

*Les marqueurs du droit de la gouvernance.* Tout comme le droit positif de l'État moderne est composé à la fois de principes, de procédures et de règles, le droit de la gouvernance peut être repéré à l'aide de marqueurs tels que : des exigences; des processus; des instruments normatifs et des normes.

### 1. Les exigences

*Les principes de bonne gouvernance.* Daniel Mockle a travaillé plus que quiconque les principes de gouvernance, qu'il nomme les nouveaux principes transversaux<sup>139</sup>. Il le fait dans les suites de la notion de «bonne gouvernance» proposée par la Commission de Venise. Cette dernière a constaté la prépondérance des principes de responsabilité, de transparence et de participation «dans les références des acteurs internationaux<sup>140</sup>».

Prudente, la Commission énumère de façon plus exhaustive ces éléments qui, outre les précédents, incluent l'efficacité, l'effectivité, l'ouverture, la prévisibilité, l'État de droit, la cohérence, l'équité, l'intégrité (la lutte contre la corruption), la célérité (la conclusion des procédures dans des délais raisonnables), la protection des droits de l'Homme et la simplification des procédures<sup>141</sup>.

Dans son *Livre blanc* de 2001 sur la gouvernance, la Commission européenne avait, quant à elle, identifié les cinq principes de bonne

---

<sup>139</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 16.

<sup>140</sup> *Id.*, p. 16 et 17. Mockle réfère alors à la COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Bilan sur les notions de «bonne gouvernance» et de «bonne administration»*, Étude n° 470, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 9 mars 2011.

<sup>141</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 17.

gouvernance comme étant « l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence<sup>142</sup> ».

Dans ses travaux, Daniel Mockle a identifié plusieurs principes transversaux de bonne gouvernance, issus de la nouvelle gouvernance publique<sup>143</sup>. Il propose une différenciation fonctionnelle entre ces différents principes. En effet, il distingue les types de principes en droit en établissant trois catégories : les principes constitutifs, les principes justificatifs, et les principes de finalité<sup>144</sup>. À cet effet, les principes associés à la nouvelle gouvernance publique, tels que l'efficacité, la participation, la responsabilité, la transparence et l'imputabilité, relèvent de la catégorie des principes justificatifs en raison de leur fonction de légitimation<sup>145</sup>. Ils s'ajoutent ainsi aux principes constitutifs qui forment les exigences de la *Rule of Law* propre au système juridique (légalité, régularité, conformité, stabilité, prévisibilité, cohérence, publicité, généralité)<sup>146</sup>. Les principes de gouvernance, tels que l'efficacité et l'imputabilité, revêtent également une dimension téléologique en raison de leur distance plus grande par rapport aux catégories habituelles du droit et du fait qu'ils « ne requièrent pas l'atteinte d'un résultat immédiat qui pourrait être mesuré et sanctionné<sup>147</sup> ».

*Des principes relevant de plusieurs disciplines.* Ces principes de la gouvernance forment désormais un nouveau cadre référentiel issu principalement d'autres disciplines que le droit. Par rapport aux caractéristiques formelles du droit (légalité, validité, régularité), ces principes sont transversaux, car ils relèvent de plusieurs savoirs et disciplines : l'efficacité

---

<sup>142</sup> COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Gouvernance européenne. Un Livre blanc*, Bruxelles, 25 juillet 2001, J.O. C 287 du 12.10.2001, p. 1.

<sup>143</sup> Voir notamment : D. MOCKLE, préc., note 16.

<sup>144</sup> *Id.*, p. 100 et suiv.

<sup>145</sup> *Id.*, p. 103.

<sup>146</sup> L. L. FULLER, *The Morality of Law*, préc., note 90.

<sup>147</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 103.

et l'efficacité (économie)<sup>148</sup>, l'effectivité (sociologie)<sup>149</sup>, la légitimité (philosophie politique)<sup>150</sup>, la performance (management), l'imputabilité (sciences administratives), la réflexivité et l'intégrité (éthique), la proximité (aménagement, géographie et psychologie), la qualité, la célérité et l'accessibilité (droit)<sup>151</sup>. Comme il existe, pour chacun de ces principes, une littérature abondante approfondissant son sens et sa portée<sup>152</sup>, il ne nous est pas possible de les définir individuellement dans le présent texte.

<sup>148</sup> Pierre ISSALYS, «L'analyse d'impact des lois et règlements : impératif d'efficacité ou condition de légitimité?», dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 133; Daniel MOCKLE, «La justice, l'efficacité et l'imputabilité», (2013) 54-4 *C. de D.* 613; Alain SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015; Petra HAMMJE, Laetitia JANICOT et Sophie NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Cergy-Pontoise, Université de Cergy-Pontoise, 2013; Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Ariane VIDAL-NIQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2012; Sylvain BOLLÉE, Yves-Marie LAITHIER et Cécile PÉRÈS (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010; Oliviera BOSKOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement. Mise en œuvre et sanctions*, Paris, Dalloz, 2010.

<sup>149</sup> Pierre LASCOUMES et Évelyne SERVERIN, «Théories et pratiques de l'effectivité du Droit», (1986) 2 *Droit et société* 127; Guy ROCHER, «L'effectivité du droit», dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*. Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 1998, p. 133; Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ, «L'effectivité dans le monde vécu comme lieu d'émergence de la norme : la normativité, l'interprétation contextuelle et l'acceptation pratique», dans Vincente FORTIER et Sébastien LABEL-GRENIER (dir.), *Les pratiques, sources de normativité?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, p. 9.

<sup>150</sup> J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, préc., note 28; P. ISSALYS, préc., note 148; Andreas KLINKE, «Democratic Theory», dans Christopher ANSELL et Jacob TORFING (dir.), *Handbook on Theories of Governance*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 86.

<sup>151</sup> A. SUPLOT, préc., note 148; Baptiste RAPPIN, *Au fondement du Management*, vol. 1 «Théologie de l'Organisation», Nice, Ovadia, 2014; D. MOCKLE, préc., note 1; Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

<sup>152</sup> À titre d'exemple, voir sur le principe de transparence : Gilles J. GUGLIELMI et Élisabeth ZOLLER (dir.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2014.

*L'encadrement démocratique de la gouvernance.* Lorsque la gouvernance a émergé comme mode d'organisation du politique, d'aucuns y ont vu un substitut à la démocratie, surtout avec l'utilisation des principes de bonne gouvernance comme outil de développement. La dimension participative de la gouvernance a pu en effet laisser croire à une substitution de l'idéal moderne de la démocratie, au-delà de la souveraineté étatique et de la démocratie représentative<sup>153</sup>. Ce sont surtout les insuffisances du modèle étatique des derniers siècles qui ont amené à concevoir la gouvernance comme une solution de rechange à l'organisation du pouvoir<sup>154</sup>.

Dans son ouvrage sur le droit de la gouvernance, Valérie Lasserre en appelle *in fine* à un contrôle démocratique de ces nouveaux phénomènes normatifs de gouvernance<sup>155</sup>, avant d'assigner cette tâche au droit de la gouvernance lui-même : « Le véritable enjeu n'est pas d'admettre ou non les nouvelles formes de normativité au rang de sources du droit, mais de ne pas en admettre les effets sans contrôle de leurs procédures, de leur contenu et de leur légitimité<sup>156</sup>. » À cet égard, le travail effectué plus récemment par Daniel Mockle sur les principes de la gouvernance publique représente une contribution majeure à cette nécessité d'un encadrement de la gouvernance. « Quelques principes (*normative principles*) apparaissent de façon récurrente : la transparence, la redevabilité ou l'imputabilité (*accountability*), l'efficacité et l'impartialité à des fins de "bonne gouvernance"<sup>157</sup>. »

*Des principes de gouvernance aux exigences du droit de la gouvernance.* Alors que Pierre Rosanvallon a redéfini la légitimité démocratique à partir d'impératifs d'impartialité, de réflexivité et de proximité<sup>158</sup>, Jacques Commaille a formulé, quant à lui, des exigences à partir des principes de proximité, de participation, de délibération et de procéduralisation. Constatant les mutations

<sup>153</sup> M. ARONDEL-ROHAUT et P. ARONDEL (dir.), préc., note 27.

<sup>154</sup> Linda CARDINAL et Caroline ANDREW (dir.), *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2001.

<sup>155</sup> V. LASSERRE, préc., note 116, p. 351 et suiv.

<sup>156</sup> *Id.*, p. 358.

<sup>157</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 12.

<sup>158</sup> Pierre ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008.

contemporaines de la légalité, Jacques Commaille en conclut à l'émergence d'un nouveau modèle de légalité prenant la forme d'une gouvernance participative et démocratique<sup>159</sup>. Dans cette reconfiguration de la régulation juridique « par le bas », la nouvelle mise en relation entre légalité et démocratie comprend certaines exigences, dont l'exigence de procéduralisation, l'exigence de délibération et l'exigence de participation<sup>160</sup>. C'est également en ces termes que Jacques Lenoble et Marc Maesschalck<sup>161</sup>, d'une part, et Louise Lalonde<sup>162</sup>, d'autre part, ont traité de l'exigence de réflexivité.

Ainsi, dès lors qu'ils sont traduits dans le droit, les principes de la gouvernance se transforment en exigences du droit de la gouvernance<sup>163</sup>. Cette traduction s'opère lorsque le droit de la gouvernance formule en termes d'exigences ce qui étaient jusqu'alors des principes de gouvernance, selon son propre code ou langage. L'emploi du terme « exigence » plutôt que celui de « principe » permet par ailleurs de les distinguer des principes juridiques traditionnellement reconnus, comme le principe de primauté du droit et le principe d'indépendance judiciaire, généralement associés à une conception du droit moderne.

Ainsi, par le droit de la gouvernance, il existe une forme de contrôle autopoïétique de la gouvernance par elle-même. Elle aurait « une forte capacité auto-réflexive (notamment dans ses processus d'évaluation et sa façon d'apprendre par “essais et erreurs”) »<sup>164</sup>. À son tour, le droit de la gouvernance devient lui-même soumis à ces mêmes exigences à la fois quant à son contenu, son mode d'élaboration et sa mise en œuvre. C'est-à-dire que, tout comme la gouvernance s'évalue à l'aune notamment de son efficacité et de sa légitimité,

---

<sup>159</sup> Jacques COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit?*, Paris, Gallimard, 2015.

<sup>160</sup> *Id.*, p. 356 et suiv.

<sup>161</sup> J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, préc., note 28, p. 335.

<sup>162</sup> Louise LALONDE, « La parole des citoyens interpellée par les lois à exigence de réflexivité, quel(s) usage(s) et quelle(s) parole(s)? », dans Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER (dir.), *La parole et le droit*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, p. 25.

<sup>163</sup> Louise LALONDE, « Les “lois éthiques”, un défi pour le droit », (2011) 13-1 *Éthique publique* 117, 126.

<sup>164</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 52, p. 31.

les normes qui la mettent en œuvre ou qui en sont issues doivent aussi être efficaces et légitimes<sup>165</sup>.

## 2. Les processus

*Les procédures et les processus.* Le droit classique connaît bien les procédures, qu'elles soient judiciaires, législatives ou administratives. Malgré l'omniprésence des procédures, un important courant contemporain, dit de procéduralisation, a jailli afin de rendre compte des transformations contemporaines du droit<sup>166</sup> et de mettre en lumière l'importance de plusieurs processus. Le droit de la gouvernance insiste davantage sur les processus, dans les suites du *Legal Process School*<sup>167</sup>. En effet, à l'ère de la gouvernance, les processus permettent de mettre en œuvre et de tenir compte des différentes exigences du droit de la gouvernance. À titre d'illustration, l'exigence de la participation pourrait s'incarner à travers un processus participatif de coconstruction d'une norme<sup>168</sup>.

*Les types de processus.* Généralement, les processus du droit de la gouvernance sous-tendent une ou des actions posées par des acteurs de la gouvernance. Néanmoins, ils ne sont pas forcément de la même nature. Il est ainsi possible de les scinder en trois catégories, selon que l'on insiste sur le fait que les processus sont mobilisés par les acteurs, se manifestent à l'égard des normes, ou se réalisent par le comportement des acteurs. Ces catégories

<sup>165</sup> M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et J. PINI (dir.), préc., note 151; M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NIQUET (dir.), préc., note 148; P. ISSALYS, préc., note 148; Stéphane BERNATCHEZ, «L'arrêt *Jordan*, le management de la justice et le droit de la gouvernance : de la conversion des droits en nombres à la transformation de la culture juridique», (2016) 46-3 *R.D.U.S.* 451.

<sup>166</sup> Philippe COPPENS et Jacques LENOBLE, *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

<sup>167</sup> William N. ESKRIDGE Jr. et Philip P. FRICKEY, «The Making of the Legal Process», (1994) 107-8 *Harv. L. Rev.* 2031; Stéphane BERNATCHEZ, «La *Legal Process Theory* : la procéduralisation du droit aux États-Unis au milieu du XX<sup>e</sup> siècle», dans Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit*, t. 2 «Philosophie et théorie juridiques», Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 359.

<sup>168</sup> Pierre DE MONTALIVET (dir.), *Gouvernance et participation*, Bruxelles, Bruylant, 2011; André-Jean ARNAUD, *La gouvernance. Un outil de participation*, Paris, L.G.D.J., 2014.

ne sont toutefois pas hermétiques. Dans la première catégorie, peuvent être inclus notamment les processus de coconstruction, d'autorégulation, de contractualisation<sup>169</sup>, de médiation, ainsi que l'expérimentation propre aux projets pilotes, soit des processus relatifs à l'élaboration de normes. D'autres processus de cette catégorie concernent l'évaluation, comme les études d'impact<sup>170</sup>, ou encore la mise en œuvre des normes, tels la certification<sup>171</sup> et les audits. Quant à la seconde catégorie, elle comprend notamment les processus de densification normative<sup>172</sup>, de circulation normative<sup>173</sup> et de répartition normative<sup>174</sup>. À titre d'exemple, un processus de densification normative a pu s'observer pendant la pandémie de COVID-19 à l'égard de la norme visant le port du masque<sup>175</sup>. Ce cas a permis de constater que la densification peut avoir un effet sur l'acceptabilité et l'effectivité de la norme. La troisième catégorie inclut les processus, tels l'apprentissage et l'acceptation, qui correspondent aux comportements des acteurs qu'appelle le droit de la gouvernance. Puisque le droit de la gouvernance repose de manière importante sur des normes souples, l'acceptation par ses destinataires devient un élément plus important encore.

### 3. Les instruments normatifs et les normes

*Les instruments normatifs.* Les instruments normatifs ne doivent pas être confondus avec les normes dont ils sont les supports : ils sont des outils de gouvernance<sup>176</sup>. Les instruments représentent les formes normatives qui contiennent et énoncent des normes; ils constituent « l'outillage juridique de

---

<sup>169</sup> Michelle CUMYN, «La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social?», (2006) 47-4 *C. de D.* 677; Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008.

<sup>170</sup> P. ISSALYS, préc., note 148.

<sup>171</sup> M.-C. DESJARDINS, préc., note 74.

<sup>172</sup> C. THIBIERGE, préc., note 131.

<sup>173</sup> Carine LAURENT-BOUTOT, «La circulation normative: une manifestation de la densification normative des droits de l'Homme. L'exemple du droit au respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme», dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 477.

<sup>174</sup> P. ISSALYS, préc., note 24.

<sup>175</sup> M.-E. COUTURE-MÉNARD *et al.*, préc., note 72.

<sup>176</sup> L. M. SALAMON, préc., note 50.

la gouvernance<sup>177</sup> ». Le recours à certains instruments distincts des instruments classiques du gouvernement (loi, règlement) pour énoncer des normes peut, en soi, être révélateur d'un contexte de gouvernance et conséquemment du droit de la gouvernance, et ce, lorsque cet instrument constitue, par exemple, une politique, une directive ou un guide et, notamment, ne revêt pas un caractère contraignant, est élaboré par un autre acteur que le législateur, ou encore est issu d'un processus moins formel. La multiplicité de ces instruments de la gouvernance ou de l'action publique peut s'illustrer par la métaphore du couteau suisse utilisée par Roderick Macdonald<sup>178</sup>.

*La diversification des instruments.* Dès que plusieurs outils<sup>179</sup> ou instruments<sup>180</sup> normatifs sont possibles, il s'agit de faire le choix de l'un d'eux – ce qui relève de la répartition normative<sup>181</sup>. Dans ce qui est parfois considéré comme un « bazar des normes<sup>182</sup> », les instruments de la gouvernance prennent différentes formes normatives<sup>183</sup> : code d'éthique, directive, guide, ligne directrice, principe directeur, manuel, norme, politique, principe et programme, charte administrative, déclaration de services, bulletin, code de conduite, circulaire, plan d'action, plan stratégique, mémorandum, orientation, certification, rapport sur les priorités, indicateur, entente administrative, contrat de performance, étude ou analyse d'impact, norme technique, etc.

*Les lois de gouvernance.* Bien que le droit de la gouvernance soit généralement associé à des instruments de droit souple, cela n'exclut pas qu'une loi puisse parfois constituer du droit de la gouvernance. Dès lors qu'elle énonce des normes de gouvernance, qu'elle crée un processus de gouvernance, ou qu'elle incite à la mise en place d'une exigence de gouvernance<sup>184</sup>, elle peut être qualifiée

<sup>177</sup> J. CAILLOSSE, préc., note 117, p. 124.

<sup>178</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 42, à la p. 216.

<sup>179</sup> L. M. SALAMON, préc., note 50.

<sup>180</sup> Pierre LASCOUMES et Patrick LE GALÈS (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005.

<sup>181</sup> P. ISSALYS, préc., note 24.

<sup>182</sup> Yvon PESQUEUX, « Bazar des normes et souveraineté », dans Dominique BESSIRE, Laurent CAPELLETTI et Benoît PIGÉ (dir.), *Normes : origines et conséquences des crises*, Paris, Economica, 2010, p. 217.

<sup>183</sup> D. MOCKLE, préc., note 15.

<sup>184</sup> L. LALONDE, préc., note 162.

de loi de gouvernance. De la même manière qu'il existe des lois à exigence de réflexivité<sup>185</sup>, les autres exigences du droit de la gouvernance peuvent insuffler d'autres lois de gouvernance, qu'il s'agisse de loi à exigence d'efficacité, à exigence de participation, à exigence de transparence, à exigence d'imputabilité, etc.

*Les normes.* Si les instruments normatifs réfèrent à la forme, les normes quant à elles réfèrent plutôt au contenu. Les normes de gouvernance sont celles qui, notamment de par leur nature, leur fonction ou leur processus d'élaboration, témoignent de l'impact de la gouvernance sur le droit et de l'usage innovant des normes qui en découle. Ces normes se retrouvent dans diverses «enveloppes formelles<sup>186</sup>», ou sous différentes formes normatives.

Il est possible de distinguer des types de normativité. Par exemple, Karim Benyekhlef distingue quatre types de normes alternatives. Il s'agit de normes techniques qui visent la standardisation, telles que les normes ISO; des normes contractuelles, dont les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, qui permettent et facilitent les échanges; des normes comportementales qui introduisent une certaine éthique, comme les codes de conduite des entreprises; des normes informatives qui concernent, par exemple, les labels de qualité<sup>187</sup>. Lasserre, pour sa part, propose deux types de normes, soit les recommandations et la normalisation<sup>188</sup>. Quant à elle, Thibierge ajoute la catégorie des normes sensorielles<sup>189</sup>. Il existe aussi des normes incitatives, tels les *nudges*<sup>190</sup>.

*Les deux niveaux de normes de gouvernance.* Le droit de la gouvernance s'incarne, d'une part, dans des normes que l'on peut appeler «droit-cadre»,

---

<sup>185</sup> *Id.*

<sup>186</sup> C. THIBIERGE, préc., note 131, à la p. 1123.

<sup>187</sup> Karim BENYekhLEF, avec la collab. d'Antonia PEREIRA DE SOUSA, Mathieu AMOUROUX et Karim SEFFAR, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 745 et suiv.

<sup>188</sup> V. LASSERRE, préc., note 116.

<sup>189</sup> Catherine THIBIERGE, «Les “normes sensorielles”. Exploration de la normativité du quotidien aux confins du droit», (2018) 3 *R.T.D. civ.* 567.

<sup>190</sup> Stéphane BERNATCHEZ, Marie-Eve COUTURE-MÉNARD et Marie-Claude DESJARDINS, «Les nudges comme normes incitatives du droit de la gouvernance: l'exemple des nudges alimentaires», (2023) 1-1 *Nomopolis* 51.

qui renvoient à leurs destinataires la tâche de créer des normes de gouvernance ou de mettre en place des processus de gouvernance et, d'autre part, dans des normes dites de « droit-opérateur », qui énoncent en elles-mêmes du droit de la gouvernance<sup>191</sup>. Généralement, le droit-cadre se retrouve dans des sources normatives plus formelles telles que les lois, alors que le droit-opérateur est énoncé dans des instruments normatifs plus souples. Par exemple, lorsque le législateur québécois adopte la *Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans les établissements d'enseignement supérieur*<sup>192</sup>, dans laquelle il est prévu que tout établissement d'enseignement doit établir une politique, laquelle doit notamment inclure un code de conduite, il énonce du droit-cadre de la gouvernance. Plus exactement, il adopte une loi à exigence de réflexivité<sup>193</sup>, qui fait appel à ses destinataires (les universités) afin qu'elles élaborent le droit-opérateur qui les gouvernera. La politique adoptée par l'université énonce elle-même des normes de gouvernance, tout comme le code de conduite. La loi est en amont par rapport à la politique et au code de conduite, et la politique est elle-même en amont par rapport au code de conduite.

Idéalement, l'élaboration de toutes ces normes de gouvernance doit se faire en se fondant sur le principe de participation, c'est-à-dire en convoquant les acteurs à la délibération. En cela, les normes de gouvernance sont à la fois contextualisées, en ce qu'elles s'adaptent, par leur flexibilité, aux différents contextes, et acceptées par les citoyens-destinataires conformément aux exigences de la condition d'acceptation pratique<sup>194</sup>. Elles sont également des normes réflexives en ce qu'elles en appellent à leurs destinataires pour leur construction et leur application.

*La juridicité.* L'une des questions qui s'est posée est bien sûr celle de la juridicité, ou non, de ces normes. La question a été soulevée notamment dans le cadre du contentieux constitutionnel, plus précisément sous le contrôle juridique de constitutionnalité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus exactement encore, sous l'article premier de la Charte, soit au

---

<sup>191</sup> M.-E. COUTURE-MÉNARD, préc., note 4, p. 125 et suiv.

<sup>192</sup> RLRQ, c. P-22.1.

<sup>193</sup> L. LALONDE, préc., note 162.

<sup>194</sup> J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, préc., note 28.

---

moment de déterminer si une restriction à un droit ou une liberté a été établie par une règle de droit. En vertu de l'article premier, les droits et libertés ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Au terme d'une série de jugements sur la question<sup>195</sup>, la Cour suprême du Canada en est venue à préciser les conditions auxquelles les normes peuvent être considérées comme des règles de droit.

Aux fins du droit de la gouvernance, la question se pose de façon moins binaire. Ce n'est plus l'opposition droit – non-droit qui est déterminante, la juridicité se faisant davantage graduelle, selon une échelle de juridicité<sup>196</sup>. Cette idée est à rapprocher de celle de gradation normative. Si les phénomènes tels que le droit souple et le droit de la gouvernance ont pu, au départ – et c'est encore parfois le cas –, être compris comme une dégradation normative<sup>197</sup>, ils doivent bien davantage s'analyser maintenant sous l'angle de la gradation normative: tant l'idée de normativité graduée<sup>198</sup> que celle d'une échelle de juridicité<sup>199</sup> ont été proposées en ce sens.

*La dynamique entre les marqueurs.* Il faut voir les rapports entre les exigences, les processus, les instruments normatifs et les normes dans une logique dynamique. En ce sens, les exigences peuvent être déterminantes des processus de gouvernance car, comme l'écrit Daniel Mockle, il existe des liens à la fois entre, d'une part, les exigences elles-mêmes et, d'autre part, entre les exigences et les processus :

Si l'efficacité est intégrée dans les principes constitutifs de l'ordre juridique, cette référence est en amont puisque des considérations

---

<sup>195</sup> Voir notamment: *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12.

<sup>196</sup> B. BARRAUD, préc., note 135.

<sup>197</sup> C. THIBIERGE, préc., note 60; M. MEKKI, préc., note 70, aux p. 5 et 6.

<sup>198</sup> CONSEIL D'ÉTAT, préc., note 64, p. 70 et 71.

<sup>199</sup> B. BARRAUD, préc., note 135.

liées à l'efficacité et à la proportionnalité des moyens orientent le processus décisionnel, peu importe qu'il soit administratif ou juridictionnel. Elle se situe tout autant en aval puisque les juristes doivent évaluer les organisations et les mécanismes avec un référentiel de qualité et de performance<sup>200</sup>.

## Conclusion

Au cours des dernières décennies, Daniel Mockle s'est lancé à la recherche de l'identité juridique de la gouvernance. Pour tout juriste s'intéressant aux transformations du droit, l'œuvre de Daniel Mockle représente une lecture incontournable, qui aide à conceptualiser le droit de la gouvernance. Ses écrits ont grandement nourri nos propres travaux visant à proposer une nouvelle conception du droit de la gouvernance permettant d'en distinguer les principales composantes, à savoir les exigences, les processus, les instruments normatifs et les normes, et d'en brosser un portrait global, afin de mieux comprendre la dynamique entre tous ces éléments.

Les juristes auraient tout à gagner à prêter attention à tous ces éléments qui gouvernent, régulent et guident les individus et la société. Autrement, ce serait négliger un pan important du champ normatif que de ne pas regarder du côté de la gouvernance. Évidemment, comme Daniel Mockle nous y invite dans ses écrits, il convient de porter un regard critique face à ces transformations, qui soulèvent de nombreux enjeux normatifs et démocratiques<sup>201</sup>. À cet égard, dans la mesure où le droit cherche à comprendre (même s'il ne le fait pas suffisamment) ce qui peut entraîner des changements de comportements, il importe, pour réfléchir aux conditions de possibilité d'une transformation de la société, de s'intéresser à la gouvernance elle-même.

---

<sup>200</sup> D. MOCKLE, préc., note 16, p. 32.

<sup>201</sup> S. BERNATCHEZ et M.-E. COUTURE-MÉNARD, préc., note 72.