

Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux : rationalité juridique vs. rationalité managériale?

Christine Rothmayr Allison,

Département de science politique, Université de Montréal, C.P.6128, succursale Centre-ville, Montréal, QC H3C 3J7

Christine.Rothmayr.Allison@umontreal.ca

Présentation du dossier

Ce dossier est issu d'un atelier qui s'est tenu au Congrès de la Société québécoise de science politique en 2010, sous le titre « Les instruments juridiques dans le jeu politique ». ¹ Plusieurs contributions à cet atelier s'intéressaient non seulement aux instruments juridiques, mais également à l'impact des instruments managériaux sur le droit et le système judiciaire. Regroupés dans ce dossier, celles-ci proposent un regard comparatif sur le phénomène de la managérialisation du droit et de la justice qui est abordé sous de multiples angles dans la littérature. Après avoir présenté l'origine et l'utilisation du concept de la managérialisation en administration publique, cette présentation propose de structurer le débat autour de trois axes : la perspective sociologique de la managérialisation du droit, l'analyse en administration publique et en criminologie de la managérialisation du système judiciaire, et finalement, l'approche critique en droit public. Comme les résumés des quatre contributions qui concluent cette introduction le démontrent, les recherches regroupées ici visent surtout à contribuer aux deux premiers axes de recherche.

¹ Cet atelier était organisé en collaboration avec Claire de Galembert et Laurence Dumoulin qui sont aussi à l'origine de l'idée pour ce dossier. Nous aimerions les remercier pour leur soutien dans la mise en place de ce dossier. Nous aimerions aussi souligner le travail de recherche effectué par Capucine Berthouloux pour cette présentation du dossier et la remercier pour son excellent travail. Finalement, nous remercions les évaluateurs anonymes pour leurs commentaires précieux de la première version de cette présentation et des autres contributions.

Le phénomène de la managérialisation : un aperçu

Une recherche à l'aide du mot clé « managérialisation »² dans les bases de données bibliographiques démontre rapidement que peu de sphères publiques n'ont pas été étudiées sous cet angle. Partant d'un « état de gestion publique »³ à travers différents domaines de politiques et notamment celui des politiques sociales,⁴ et allant jusqu'à l'organisation d'acteurs politiques comme les partis politiques et les ONG,⁵ des chercheurs se sont donc demandé dans quelle mesure nous pouvions observer une managérialisation, « ...c'est-à-dire l'importation dans la sphère politique de façons de faire issues du monde des affaires » selon SAINT-MARTIN⁶. La vision traditionnelle, c'est-à-dire Weberienne de la bureaucratie, est mise en cause ou même remplacée par le managérialisme, qui a été caractérisé comme une idéologie, une rhétorique, une culture, une nouvelle forme de Taylorisme ou encore, un ensemble d'instruments et de

² La signification du terme « management » a fortement changé à travers les siècles selon HOOD qui situe les origines du mot dans l'adaptation du verbe italien « maneggiare » signifiant « to train or ride a horse with skill » dans la langue anglaise du 16^{ème} siècle. Bien avant son usage moderne, signifiant la gestion d'une entreprise, Bentham a appliqué le terme aux services publics. Mais ce n'est que dans les années 1960 et 1970 que le terme « public management » devient simultanément un domaine d'étude et monnaie courante, pour désigner l'activité de la gestion publique exercée par les fonctionnaires et les politiciens. C.f. Christopher HOOD, « Public Management: The Word, the Movement, the Science », In Ewan FERLIE, Lawrence E. LYNN and Christopher POLLITT (dir.), *The Oxford Handbook of Public Management* », Oxford: Oxford University Press, 2005. 7-26, voir en particulier p. 10-11.

³ Cf., Peter AUCOIN, « Contraction, Managerialism and Decentralization in Canadian Government », *Governance* 1, 1988, p. 144-61, Christopher POLLITT, *The Essential Public Manager*, Maidenhead: Open University, 2003, Christopher POLLITT, *Managerialism and the Public Services*: Blackwell, 1990, Christopher POLLITT and Geert BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁴ C.f. John CLARKE, Sharon GEWIRTZ and Eugene McLAUGHLIN, (dir.), *New Managerialism, New Welfare?* London: Sage, 2000, John CLARKE and Janet NEWMAN, *The Managerial State*, London: Sage, 1997.

⁵ Sylvain LEFEVRE, « Le sale boulot et les bonnes causes: Institutionnalisation et légitimation du marketing direct au sein des ONG » *Politix* 79, 2007, p. 149-72, Anne-Sophie PETITFILS, « L'institution partisane à l'épreuve du management » *Politix* 79, 2007, p. 53-76, Philippe ALDRIN, « Si près, si loin du politique : l'univers professionnel des permanents socialistes à l'épreuve de la managérialisation », *Politix* 79, 2007, p. 25-51.

⁶ Denis SAINT-MARTIN, « La régulation de l'éthique parlementaire : l'institutionnalisation d'un champ d'expertise contesté », *Cahiers internationaux de sociologie* 126, 2009, p. 24.

pratiques pouvant être mobilisé par les acteurs politiques comme une ressource stratégique.⁷

Comme le managérialisme ne constitue pas « un savoir ou savoir-faire unifié »⁸, la définition des valeurs sous-jacentes au managérialisme est très variée, tout comme sa traduction dans des actions ou dans des réformes concrètes de l'action publique est loin d'être uniforme. Passant en revue plusieurs définitions, POLLITT et BOUCKAERT⁹ mettent l'accent sur plusieurs aspects que les différentes compréhensions partagent. Le terme public management est opposé au concept d'administration publique, en ce sens que le management englobe la réalisation d'objectifs et demande une marge de manœuvre pour les fonctionnaires, afin qu'ils puissent gérer leurs affaires en vue d'atteindre les résultats escomptés en termes d'efficacité et d'efficience.¹⁰ Ainsi, comme le démontrent ces deux auteurs, le public management est cadré comme une force progressiste de modernisation qui peut être saisie par les acteurs politiques afin de donner de la légitimité aux réformes entretenues, comme la réduction de la taille de l'État.¹¹ Évidemment, ce qui est nouveau dans le new public management demeure controversé. De plus, l'idée d'améliorer l'administration publique en la réformant selon les principes du NPM implique aussi un choix de valeurs. Malgré le fait que le managérialisme soit quelques fois conçu comme une science qui se base sur de solides preuves scientifiques – une caractérisation neo-taylorienne qui soulève la critique – il vaut mieux le comprendre comme ce que POLLITT et BOUCKAERT proposent

⁷ Denis SAINT-MARTIN, *Building the New Managerialist State: Consultants and the Politics of Public Sector Reform in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 1.

⁸ Cécile ROBERT, « Les Transformations managériales des activités politiques » *Politix* 79, 2007, p. 8.

⁹ Christopher POLLITT and Geert BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, *op. cit.*, p. 12-18.

¹⁰ Christopher POLLITT and Geert BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, *op. cit.*, p. 12, *c.f.* également Owen E. HUGHES, *Public Management and Administration: An Introduction*, 3rd ed. Houndmills: Palgrave MacMillan, 2003, p. 6.

¹¹ Owen E. HUGHES, *Public Management and Administration: An Introduction*, *op. cit.*, p. 14.

« ...an activity which is intimately and indissolubly enmeshed with politics, law and the wider civil society [...] It is suffused with value-laden choices and influenced by broader ideologies.»¹²

Un autre point qui semble unifier les différentes conceptions et définitions du managérialisme est que, dans la sphère publique, il emprunte des idées et des méthodes développées dans le secteur privé. De manière plus précise, le programme managérial préconise un nombre de changements pour le secteur public. HUGHES reconnaît notamment ces transformations¹³

- d'une gestion orientée sur les intrants vers une gestion axée sur les résultats (output et outcome), à l'aide d'indicateurs de performance,
- un usage plus important d'instruments du marché dans les services publics,
- des structures organisationnelles moins hiérarchiques, plus spécialisées et un remplacement des relations hiérarchiques par des relations (quasi)contractuelles,
- une séparation moins rigide entre le secteur public et le secteur privé, par exemple sous forme de partenariat public - privé.

Derrière ces changements, se cachent de manière très générale des croyances et des pratiques associées au managérialisme. Celles-ci postulent qu'un meilleur management est la solution pour un grand nombre de problèmes économiques et sociaux.¹⁴ Selon SAINT-MARTIN¹⁵ le succès du programme managérial s'explique par plusieurs facteurs et se laisse aborder sous l'angle de plusieurs approches telles que la montée de la

¹² Christopher POLLITT and Geert BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, *op. cit.*, p. 14.

¹³ Owen E. HUGHES, *Public Management and Administration: An Introduction*, *op. cit.*, p. 51-53.

¹⁴ Christopher POLLITT, *Managerialism and the Public Services*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁵ Denis SAINT-MARTIN, *Building the New Managerialist State: Consultants and the Politics of Public Sector Reform in Comparative Perspective*, *op. cit.*, p.7-24.

nouvelle droite, le processus de globalisation ou encore l'arrivée d'une nouvelle classe d'acteurs que sont les consultants et qui sont à la poursuite de leurs intérêts personnels. Comme le démontrent des études comparatives, la montée, la diffusion des idées managériales ainsi que leurs impacts sont médiés par la structure étatique. Ceci s'exerce particulièrement par la structure de l'État et par la branche du pouvoir exécutif, c'est-à-dire par les relations entre les ministères et les plus hauts fonctionnaires, ainsi que par la culture administrative et le système de conseil (policy advice) en place.¹⁶ En conséquence, la manégarialisation prend des formes variées, et son étendue comme les conséquences de sa transformation varient en fonction du contexte institutionnel et selon la mobilisation de divers acteurs.

Le droit et la justice

Dans le champ de « droit et société », le phénomène de la manégarialisation est abordé sous de multiples angles. Nous y trouvons trois champs d'analyse distincts, mais qui se chevauchent sur plusieurs aspects: la perspective sociologique de la *manégarialisation du droit* (1), l'analyse de la *manégarialisation du système judiciaire* (2), et l'approche critique envers la nouvelle gestion publique en *droit public* (3).

(1) La discussion quasi « classique » de la thèse de la *manégarialisation du droit* à été développée par EDELMAN, FULLER et MARA-DRITA¹⁷ et constitue le premier axe de recherche discuté dans cette introduction. La spécificité de la manégarialisation de la diversité, comme analysée par EDELMAN et ses collègues, subsiste dans le fait qu'elle s'intéresse à la manière dont le droit est « manégarialisé » dans le monde des

¹⁶ C.f., Christopher POLLITT and Geert BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, op. cit., et Denis SAINT-MARTIN, *Building the New Managerialist State: Consultants and the Politics of Public Sector Reform in Comparative Perspective*, op. cit., p.7-24.

¹⁷ Lauren B. EDELMAN, Sally Riggs FULLER and Iona MARA-DRITA, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *The American Journal of Sociology*, 106, 2001, p. 1589-1641.

entreprises, et non au sein des institutions publiques. Cette adaptation qui implique la transformation du droit à travers la rhétorique managériale dans le secteur privé, répond à des objectifs d'efficacité au sein des organisations, mais a aussi des répercussions sur la jurisprudence.

(2) Dans une deuxième perspective, la recherche s'interroge sur les conséquences de l'importation d'une logique managériale dans la gestion du système judiciaire. Sous cet angle, comme c'est le cas de la gestion publique en général, les analyses critiques sur les conséquences et les retombées des réformes inspirées par la nouvelle gestion publique s'opposent aux publications cherchant à promouvoir une plus grande efficacité du système de justice et davantage de proximité avec les citoyens.¹⁸ Pourtant, l'analyse ne s'en tient pas à la seule observation d'un phénomène de managérialisation du système judiciaire, contrairement à l'étude de l'importation générale d'une logique managériale et d'instruments managériaux dans l'administration publique, puisqu'elle s'intéresse aussi à l'impact des idées managériales sur le droit et dans le contenu de la pratique judiciaire.

(3) Dans une tout autre et troisième perspective, les auteurs s'interrogent sur les conséquences de la vague managériale des années 1980 sur les politiques publiques et le droit en tant que véhicule. L'application d'une logique managériale et des réformes du type NMP à l'endroit des politiques publiques a un impact sur le droit, autant que sur le statut et la forme du droit. Il existe notamment des travaux critiques en droit public, qui pointent du doigt la « gouvernance sans droit » ou qui analysent l'émergence en droit criminel d'une justice actuarielle opérant avec des catégories de probabilités et de risques.

¹⁸ Philippe BOILLAT and Stéphane LEYENBERGER, « L'administration et l'évaluation du service public de la Justice, vu du Conseil de L'Europe », *Revue française d'administration publique*, 125, 2008, p. 55-66.

La managérialisation du droit : Le pouvoir transformateur de la rhétorique managériale

Le terme de managérialisation du droit a surtout été utilisé dans la perspective de la sociologie des organisations. Comme le définissent avec précision Edelman et al.¹⁹

“Managerialization of law [is] a process by which legal ideas are refigured by managerial ways of thinking as they flow across the boundaries of legal fields and into managerial and organizational fields.”

La perspective adoptée par la thèse de la managérialisation du droit se distingue donc du débat autour de la managérialisation de l'État et de l'administration publique, étant donné son intérêt pour la mise en œuvre du droit dans les organisations privées, et non pour la rationalité managériale imposée dans le secteur public. Par contre, les deux champs de recherche partagent l'idée que le pouvoir transformatif de la rhétorique et de la pratique managériale détient un poids dominant par rapport à d'autres rationalités, d'autres objectifs ou autres modalités de fonctionnement.

À notre connaissance, l'article d'EDELMAN et al.,²⁰ fut le premier à introduire explicitement le terme de managérialisation du droit dans la sociologie des organisations. Il s'intéresse à la problématisation des idées légales sous-jacentes aux droits civils qui sont transformés dans une rhétorique de diversité afin de répondre aux besoins et objectifs managériaux de l'entreprise. Les consultants s'approprient les normes légales tout en les transformant pour répondre aux besoins managériaux, et ils

¹⁹ Lauren B. EDELMAN, Sally Riggs FULLER and Iona MARA-DRITA, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law », *The American Journal of Sociology*, op. cit., p. 1589.

²⁰ *Ibid.*, 1589-1641.

créent ainsi une nouvelle rhétorique autour de modèles de gestion pour répondre de manière appropriée aux défis de la non-discrimination. En d'autres termes, la perspective de la managérialisation va au-delà de la simple question de la mise en œuvre des normes ou encore de celle du respect des normes (« compliance ») par les organisations privées. Elle relève plutôt de l'idée que la rationalité managériale prime dans ce processus d'adaptation et d'adoption de normes juridiques lors du recadrage des idées légales. Un phénomène qui n'est pas resté limité au contexte nord-américain, mais qui a bien été diffusé dans le contexte européen.²¹ En même temps, la managérialisation du droit va au-delà du recadrage des normes juridiques. Elle est liée au phénomène de la juridicisation (« legalization ») des organisations – un phénomène qui a aussi été décrit pour le secteur public comme une « judiciarisation de l'intérieur » (« judicialization from within »²²), ou encore plus généralement dépeint comme la « juridification » (juridicisation) de la vie moderne.²³ EDELMAN soulève trois dimensions de ce phénomène. Premièrement, l'adoption de normes et de règlements internes qui ne fait pas que répliquer les normes juridiques publiques, mais qui les adaptent aux objectifs de nature managériale de l'organisation.²⁴ Par exemple, pour le cas de la semaine de 35 heures, PÉLISSE²⁵ démontre comment les commissions de suivi des accords se basent souvent sur des clauses très détaillées pour assurer le suivi de leurs mises en œuvre. Son étude est aussi une illustration de l'application du cadre d'analyse

²¹ Laure BERENI, « 'Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise' : La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale », *Raisons politiques*, 35, 2009, p. 87-105.

²² Neal C. TATE and Torbjörn VALLINDER (dir.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995.

²³ Ran HIRSCHL, « The Judicialization of Politics », In Keith E. WHITTINGTON, Daniel R. Kelemen and Gregory A. Caldeira (dir.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 119-41, Jacques COMAILLE, Laurence DUMOULIN and Cécile ROBERT (dir.), *La Juridicisation du politique*, Paris: L.G.D.J., 2000.

²⁴ Lauren B. EDELMAN, « The Legal Lives of Private Organizations », in Austin SARAT (dir.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Malden: Blackwell, 2004, p. 231-52.

²⁵ Jérôme PELISSE, « La mise en œuvre des 35 heures: D'une managérialisation du droit à une internalisation de la fonction de Justice », *Droit et Société*, 77, 2011, p. 39-65.

développé par EDELMAN et al., à un autre domaine du droit : en l'occurrence à la mise en œuvre de la politique des 35 heures dans le secteur privé. Deuxièmement, le processus englobe aussi l'établissement de procédures internes de résolution de conflits, au sein de l'organisation elle-même. C'est-à-dire par exemple, que des processus informels de négociation sont remplacés par des processus quasi judiciaires.²⁶ Des recherches sur les questions de discrimination pointent d'ailleurs ce phénomène, en décrivant les mécanismes internes qui ont été établis pour permettre d'adresser des plaintes de discrimination. Un troisième aspect consiste en l'engagement de personnel juridique au sein de l'organisation, afin d'assurer une meilleure traduction des normes juridiques dans le fonctionnement interne de l'organisation.²⁷ D'ailleurs, les dépenses légales à l'interne pour le personnel ou le conseil juridique et à l'externe (de l'organisation) pour les avocats, sont souvent utilisées comme indicateur pour mesurer la judiciarisation des organisations.²⁸

Du management public au management judiciaire

Un deuxième corpus de travaux pertinent pour ce dossier spécial porte sur l'analyse du management judiciaire et s'intéresse au transfert des instruments et des idées managériales vers le système judiciaire, en étudiant son articulation dans le cas précis des réformes de la justice. Nous pouvons distinguer deux types de recherches. Il y a celles qui visent à faire une contribution directe au projet de réforme de la justice en

²⁶ Lauren B. EDELMAN and Mark C. SUCHMAN, « When The "Haves" Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law », in Karyl A. KINSEY and Susan SILBEY (dir.), *In Litigation: Do The "Haves" Still Come out Ahead?*, Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 290-341.

²⁷ Lauren B. EDELMAN, « The Legal Lives of Private Organizations », in Austin SARAT (dir.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Malden: Blackwell, 2004, p. 231-52

²⁸ Charles R. EPP, « Exploring the Costs of Administrative Legalization: City Expenditures on Legal Services, 1960-1995 », *Law & Society Review* 34, 2000, p. 407-30, Robert A. KAGAN and Lee AXELRED (dir.), *Regulatory Encounters. Multinational Corporations and American Adversarial Legalism*, Berkeley: University of California Press, 2001.

analysant et en faisant la promotion des stratégies qui utilisent des instruments managériaux afin d'améliorer l'efficacité et l'efficacite du systeme public, par exemple en utilisant des pratiques d'evaluation dans le secteur de la sante. Selon cette perspective, la legitimite et la credibilite de la justice ne dependent pas seulement de son independance et de son impartialite, mais aussi de sa capacite a repondre a la demande en termes de nombre de cas et de litiges. Les instruments de gestion couramment utilises dans l'administration publique peuvent aider a repondre au defi du nombre croissant de cas et aux delais de traitement trop importants. Une meilleure gestion de la justice contribuera a rapprocher les citoyens de leur systeme judiciaire et par le fait meme, a la legitimite de celui-ci.²⁹ D'autres recherches voient l'introduction d'instruments managériaux au sein du systeme de justice d'un oeil critique. Evidemment, la definition d'une justice de qualite ne fait pas l'unanimité. Alors que la productivite et les delais sont relativement simples a mesurer, la question de qualite du travail judiciaire en termes de contenu est un facteur plus difficilement saisissable.³⁰ De plus, les nouvelles formes de gestion publique peuvent entrer en tension avec le principe d'independance de la Justice et ces reformes soulèvent la question de l'équilibre entre la responsabilite democratique et l'independance judiciaire. Le NMP preconise une plus grande responsabilisation de l'administration publique au moyen de divers instruments de pilotage et de controle. Par contre, l'independance judiciaire se base entre autres choses, sur l'autonomie administrative de la justice.³¹ LANGBROEK par exemple, critique fortement l'impact de la recente loi française d'organisation judiciaire sur

²⁹ Philippe BOILLAT and Stéphane LEYENBERGER, « L'administration et l'évaluation du service public de la Justice, vu du Conseil de L'Europe », *Revue française d'administration publique*, 125, 2008: 55-66.

³⁰ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/quality/default_fr.asp

³¹ Peter H. RUSSELL, « Toward a General Theory of Judicial Independence », in Peter H. RUSSELL and David M. O'BRIEN (dir.), *Judicial Independence in the Age of Democracy. Critical Perspectives from around the World*, Charlottesville: University Press of Virginia, 2001, p. 1-24.

l'indépendance qui à été sanctionnée en 2002.³² Son analyse avance que la qualité du travail judiciaire a été reléguée au second plan, derrière les facteurs plus facilement mesurables comme la productivité et dont dépend par ailleurs le système de financement. L'auteur conclut que «Même si l'indépendance de la justice n'est pas formellement remise en cause, la comptabilité exigée par les nouvelles structures – inspirée du new public management – a porté considérablement atteinte, dans les faits, à l'autonomie des magistrats du siège. »³³ Par contre, comme FICET le démontre, les professions juridiques ne perçoivent pas nécessairement la managérialisation comme un développement négatif.³⁴ Tel que la discussion autour de la modernisation de la justice en Belgique le présente, la situation de crise relevée par l'affaire Dutroux a profondément mis en cause le système de justice. Dans un tel contexte, les instruments managériaux peuvent apparaître comme la réponse évidente aux lacunes de la gestion judiciaire. La managérialisation est non seulement portée par des consultants spécialisés en réforme de justice, mais les professions juridiques elles-mêmes deviennent également porteuses d'idées managériales.³⁵

Pour le phénomène de la managérialisation du système de justice, notons d'abord que la juridicisation ou encore la judiciarisation ne découle pas de la managérialisation mais est plutôt considérée comme en étant la source, ce qui motive le recours à un discours managérial. De l'analyse des impacts de l'intégration d'instruments managériaux dans le système de justice, émergent alors des interrogations quant aux effets que cette transformation a sur le droit en termes d'idées, mais aussi concernant sa pratique.

³² Philip LANGBROEK. « Entre responsabilisation et indépendance des magistrats: la réorganisation du système judiciaire des Pays-Bas », *Revue française d'administration publique*, 125, 2008, p. 67-79.

³³ Ibid., p. 67.

³⁴ Joël FICET, « Entre expertise managériale et légitimation du changement », *La Revue Nouvelle* 65, 2010, p. 47-52.

³⁵ Ibid., p. 47-52.

Ainsi ces travaux rejoignent l'intérêt de l'analyse de EDELMAN, mais en abordant l'impact de la rhétorique managériale sur le droit non pas dans une organisation privée, mais au sein des structures étatiques. L'effet d'une rationalité managériale sur le travail judiciaire et sur la jurisprudence elle-même a notamment été discuté dans le cas de la justice pénale. MARY³⁶ utilise une perspective managériale pour analyser comment, en droit pénal, un langage actuariel s'est instauré et change fondamentalement la manière dont l'individu peut être jugé et perçu sur le plan individuel. Surtout lorsque des catégories de probabilités et de risques sont appliquées sous forme de distributions statistiques à des populations spécifiques. VACHERET³⁷ propose un argument assez similaire pour le Canada, où il constate également l'instauration d'une justice pénale « actuarielle ». MOUHANNA et BASTARD s'intéressent à l'impact de la managérialisation dans les parquets en France, et démontrent également que les institutions judiciaires ne réagissent pas de la même façon face au défi de la managérialisation lorsque celle-ci n'a pas d'effet sur le droit ni sur les modèles de justice.³⁸

La transformation managériale du droit public

Un troisième corpus de travaux, que nous souhaitons mentionner, bien qu'il soit moins pertinent pour ce dossier, s'intéresse à l'impact des réformes du type NPM sur le droit, sans pour autant constater le recours au terme de managérialisation comme tel. À l'instar de ce que MOECKLE présente sans employer le terme « managérialisation », le

³⁶ Philippe MARY, « Pénalité et gestion des risques: vers une justice "actuarielle" en Europe? », *Déviante et Société* 25, 2001, p. 33-51.

³⁷ VACHERET, Marion, « Scientificité, technicisation et mécanisation: la déresponsabilisation des agents pénaux », *Actes du colloque Le pénal aujourd'hui: pérennité ou mutations*, 2007.

³⁸ Christian MOUHANNA et Benoit BASTARD, « Procureurs et substituts : l'évolution du système de production des décisions pénales », *Droit et Société*, 74, 2010, p. 35-53, Christian MOUHANNA et Benoit BASTARD, « Deux justices au banc d'essai : Comparer les mondes judiciaires pour analyser l'évolution des modèles de justice », *Déviante et Société*, 35, 2011, p. 239-260.

nouveau credo de la gouvernance qui propose de nouveaux instruments de politiques publiques, attribue plus de poids aux critères d'efficacité et d'efficience qu'au critère de la légalité.³⁹ Selon MOECKLE, la « gouvernance sans droit » est étroitement liée à la nouvelle gestion publique des modes alternatifs de résolution de conflits et des réformes de régulations. Cela ne remplace pas l'État de droit, mais vient plutôt compléter le registre d'action publique en « déjuridicisant » les modes de régulation et d'intervention étatique :

« Déjuridicisées, hors du droit tout en étant créés par le droit, ils ne pourront faire l'objet d'aucune contestation judiciaire, sauf pour des dimensions qui restent marginales compte tenu du réductionnisme dont ils sont l'objet aux fins de droit positif. »⁴⁰

D'autres vont encore plus loin dans leurs critiques, alléguant la création d'un droit néo-libéral et post-moderne, qui repose sur la seule légitimité procédurale étant issue du cadre de la nouvelle gouvernance comme le résultat de la mondialisation.⁴¹ Indépendamment du fait que l'on partage ou non cette analyse, elle attire notre attention puisque le managérialisme ne contribue pas seulement à une transformation potentielle du droit et de la pratique judiciaire à travers la managérialisation du système de droit, mais aussi parce que de manière plus immédiate, il les transforme. Cette transformation a des conséquences sur le statut et sur le contenu du droit formel, notamment dans la conduite des politiques publiques. Des nouveaux instruments de politiques publiques par exemple, en forme de code de conduite notamment, échangent le droit formel pour

³⁹ Daniel MOECKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les Cahiers de droit*, 43, 2002, p.143-211.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 143.

⁴¹ Laurent PECH, « Droit & Gouvernance: Vers Une "Privatisation" Du Droit », *Document de travail de la Chaire MCD 2004-2*, 2004.

du « droit mou » et remplacent les institutions formelles de prise de décision par des institutions informelles d'autogestion par les acteurs privés.⁴²

La contribution de ce dossier

Les contributions de ce dossier proposent un regard comparatif concernant l'impact qu'ont les instruments managériaux sur le droit et l'administration de la justice en Europe et en Amérique du Nord. Le dossier considère les instruments et discours managériaux comme une ressource ou un moyen de cadrage, dont divers acteurs politiques et juridiques peuvent se saisir dans la gestion de la justice et la mise en œuvre du droit. L'approche adoptée par ce numéro spécial consiste à penser la « manégarialisation » non pas comme une donnée, mais plutôt comme un phénomène qui s'articule de manière différenciée, et dont il s'agit d'analyser empiriquement et théoriquement l'articulation dans des contextes historiquement et institutionnellement diversifiés. Cette articulation s'intègre à une multitude de constellations d'acteurs politiques, juridiques et sociétales qui manifestent des intérêts, des préférences et des valeurs différents selon les enjeux juridiques et politiques dont il est question. S'appuyant sur des enquêtes empiriques, les articles s'interrogent sur la tension entre rationalité juridique et rationalité managériale. Sur les conditions qui favorisent une vision et une mise en œuvre managérialisée du droit et de l'administration de la justice, ainsi que sur les conséquences d'une possible transformation managériale sur le droit, tout comme sur l'effet de son application à l'égard des personnes concernées. La mobilisation du concept de manégarialisation du droit, initialement développé pour mieux comprendre les organisations privées, est ainsi transposée dans le contexte des institutions étatiques, qui de leur côté, ont vécu des transformations managériales à différents

⁴² *Ibid.*, p. 52-58.

degrés. La combinaison des deux littératures, l'une sur la managérialisation du droit et l'autre sur la managérialisation du système judiciaire, permet ainsi de s'interroger sur les liens entre les deux phénomènes et sur l'articulation de l'un par rapport à l'autre. De plus, dans sa dimension de juridicisation, le phénomène de la managérialisation du droit s'approche d'une littérature plus large traitant de la notion de la judiciarisation de la politique.⁴³ Il faudrait ainsi se poser deux questions. À savoir, comment ces deux corpus de littérature et de recherche se chevauchent-ils d'une part et dans quelle mesure le concept de la managérialisation maintient-il un sens spécifique et distinct de la littérature sur la juridicisation d'autre part. Pour ce dossier sur la managérialisation, nous nous intéresserons donc spécifiquement au *recadrage* managérial des normes juridiques, cela, en traitant le phénomène de la juridicisation ou de la judiciarisation comme une cause ou une conséquence éventuelle, mais qui elle-même peut - comme la littérature le démontre - aussi être causée par d'autres facteurs que le seul phénomène de la managérialisation.⁴⁴

La contribution de Dagmar Soennecken consiste à tracer l'évolution des procédures et pratiques de reconnaissance du statut de réfugié au Canada depuis les années 1960. Elle met en évidence comment les processus de managérialisation du droit se manifestent au sein du secteur public. Elle met en évidence le fait que la managérialisation du droit ne soit pas seulement une question d'idéologie managériale, mais aussi et surtout, une question d'idéologie partisane. Le processus de managérialisation n'est pas le résultat du comportement des gestionnaires à l'intérieur de l'organisation, mais plutôt le moyen déployé par le « principal » (le gouvernement)

⁴³ Jacques COMAILLE, Laurence DUMOULIN and Cécile ROBERT (dir.), *La Juridicisation du politique*, op. cit.

⁴⁴ Jacques COMAILLE, Laurence DUMOULIN, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "Judiciarisation" » *L'Année sociologique*, 59, 2009, p.63-107.

pour récupérer le contrôle sur « l'agent ». Son analyse démontre que, dans une première phase, la notion d'équité (fairness) n'était pas opposée à la notion d'efficience. Au contraire, la judiciarisation était cadrée comme un moyen permettant de rendre la procédure non seulement plus efficace, mais aussi plus efficiente en accélérant le traitement de dossier. Une plus forte délégation à une instance judiciaire indépendante, plutôt qu'au processus dominé par la discrétion bureaucratique, était perçue comme une amélioration tant du point de vue légal que du point de vue managérial. Toutefois, cette situation a radicalement changé au cours des deux dernières décennies. Dans les discours gouvernementaux actuels, la notion d'équité est opposée à la notion d'efficience. La judiciarisation, et avec elle la délégation à une instance plus indépendante, qui opère sur la base de critères légaux, se présente désormais comme une porte d'entrée à l'abus et à l'illégalité, au lieu d'être invoquée pour la légalité. Cette managérialisation a été notamment favorisée par la convergence de deux développements. La combinaison du New public management au changement de climat résultant du 9/11, a en effet permis au gouvernement conservateur de réinstaurer un contrôle politique plus fort au moyen d'une rhétorique managériale opposant équité et efficience dans le but de poursuivre des objectifs politiques en matière d'immigration.

Au même titre que la contribution précédente, Nora El Quadim s'intéresse au domaine des politiques d'immigration et analyse de manière détaillée les réformes du Tribunal administratif de Paris dans le traitement du contentieux avec des étrangers. À l'aide d'entrevues et d'analyse documentaires, son travail retrace les discours quant aux réformes qui se sont largement structurées en opposition à la managérialisation d'un éthos juridique et au professionnalisme des magistrats. L'article démontre que, dans une situation socialement construite comme une crise, la réponse managériale consiste à mettre en œuvre des réformes procédurales internes et à introduire des indicateurs de

performance. Ces indicateurs de performance qui comprennent pour l'essentiel le nombre de dossiers traités sans englober quelconque mesure évaluant la qualité du travail juridique ni même l'efficacité du jugement rendu, forment le point de résistance dans les discours des magistrats. Ceux-ci souhaitent surtout défendre leur autonomie professionnelle contre une réforme qu'ils perçoivent comme l'imposition d'une logique managériale et qui relègue au second plan le travail juridique et la notion de droit. La rhétorique anti-managériale doit être comprise comme un moyen de défendre une perte d'autonomie, mais aussi comme un moyen de contrôle organisationnel des acteurs au sein du système juridique. La contribution de Nora ne vise pas à montrer comment le droit est managérialisé, mais bien comment la managérialisation est mobilisée de manière discursive, afin de dénoncer une réforme plus fondamentale des procédures qui va au-delà des indicateurs de performance en tant qu'instrument d'efficience.

La troisième contribution de Marie-Sophie Devresse traite de la managérialisation de l'enjeu, tel qu'il est lié à la surpopulation pénitentiaire en se basant sur l'exemple de la Belgique. Son analyse démontre que la vision managériale n'a pas réussi à remplacer d'autres visions et valeurs dans le monde carcéral. Contrairement à l'article précédent, elle ne constate pas un déplacement du projet des droits carcéraux par une vision managériale; au contraire, c'est la sécurisation, c'est-à-dire les considérations de sécurité publique qui dominent le discours sur la surpopulation, et ce, malgré l'adaptation d'instruments managériaux dans le milieu carcéral, dont les audits visant à augmenter l'efficience par exemple. Elle fait donc une observation différente de celle de Dagmar Soennecken, qui démontrait que la sécurisation après les événements du 9/11 était mobilisée en faveur d'un changement de discours et de politique favorisant l'efficience et une vision managériale du processus de reconnaissance du statut de réfugié. Marie-Sophie Devresse démontre plutôt que la sécurisation limite le pouvoir du

discours managérial dans le secteur carcéral. La managérialisation à sa place dans le milieu carcéral, mais d'autres projets et visions s'y opposent. On peut donc dire que plusieurs cadres, ou plusieurs référentiels sont mobilisés par les acteurs impliqués. La vision managériale est surtout en concurrence et en conflit éventuel avec le projet de sécurisation publique et avec la notion des droits en prison. Dans ce contexte, le managérialisme ne forme qu'une contrainte parmi d'autres, qui toutes, influencent le quotidien des professionnels. Ainsi selon leur statut et fonction, il constitue une contrainte plus ou moins importante.

La dernière contribution de Christophe Mincke traite également de la justice pénale. Comme Anne-Sophie Devresse, Christophe Mincke ne constate pas l'imposition d'une vision managériale qui viendrait remplacer d'autres projets. Au contraire, il présente l'idée que le concept de la managérialisation puisse constituer un meilleur outil pour comprendre les transformations qui s'opèrent dans la justice pénale. Sa contribution défend l'argument que la managérialisation devrait être lue et comprise comme une expression parmi plusieurs formes de l'idéologie mobilitaire. Comme Edelman et ses collègues, il s'interroge sur la notion des valeurs fondamentales que sous-tend le phénomène de la managérialisation. En fait, selon Mincke le managérialisme n'est qu'une des trois formes d'expression de l'idéologie mobilitaire dans le domaine du pénal. Il dénonce une même logique qui est utilisée pour légitimer des positions très différentes et même antagonistes, qui est l'idéologie mobilitaire. Le système pénal avec sa tradition bureaucratique a priori forte ne constitue pas un environnement réceptif au managérialisme. Cependant, l'instauration d'une idéologie mobilitaire a quant à elle créé une place pour le discours managérial dans le milieu carcéral. Son article, comme les autres, considère que le discours managérial sert à poursuivre des objectifs et des intérêts assez divers. Il serait trop simpliste d'assumer qu'il s'impose ou même domine

en tout temps et dans tous les secteurs ou institutions de la justice. Au contraire, d'autres visions et idées imposent des contraintes à la manégarialisation. Le managérialisme peut être mobilisé comme une réponse à une crise, comme un outil de défense de l'autonomie professionnelle, ou encore pour regagner le contrôle sur un « agent » devenu trop indépendant et qui devient peu utile dans la poursuite des fins politiques de son « principal ». Ainsi les contributions présentées dans ce numéro confirment la nécessité de concevoir la « manégarialisation » non pas comme une donnée, mais plutôt comme un phénomène qui s'articule de manière différenciée, selon les milieux et les acteurs étudiés, dont la portée varie grandement et dont les effets sont loin d'être uniformes.