



Strasbourg, 8 avril 2011

Etude n° 470 / 2008

CDL-AD(2011)009

Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

BILAN

**SUR LES NOTIONS DE « BONNE GOUVERNANCE »
ET DE « BONNE ADMINISTRATION »**

TABLE DES MATIÈRES

| | | |
|------|---|----|
| I. | Introduction..... | 3 |
| II. | Les origines de la notion de « bonne gouvernance » | 3 |
| III. | La « bonne gouvernance » au niveau international..... | 4 |
| | A. Conseil de l'Europe..... | 5 |
| | a) Sommet de Varsovie de 2005..... | 5 |
| | b) Comité des Ministres | 5 |
| | c) Assemblée parlementaire | 5 |
| | d) Conférence des Ministres européens responsables des collectivités locales et régionales..... | 6 |
| | e) Comité d'experts sur la bonne gouvernance dans les soins de santé..... | 6 |
| | f) Centre Nord-Sud du Conseil de l'Europe et l'Association des parlementaires européens pour l'Afrique (AWEPA)..... | 6 |
| | B. Union européenne | 6 |
| | a) Conseil européen | 6 |
| | b) Communauté européenne | 7 |
| | c) Commission européenne | 7 |
| | C. Nations Unies | 8 |
| | a) Coopération entre les Nations Unies et le Conseil de l'Europe | 8 |
| | b) « Agenda pour le développement » | 8 |
| | c) Déclaration du Millénaire des Nations Unies..... | 9 |
| | d) Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme..... | 9 |
| | e) Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)..... | 9 |
| | f) Troisième Conférence des Nations Unies sur les pays les moins avancés..... | 9 |
| | g) « Consensus de Monterrey » de la Conférence internationale sur le financement du développement..... | 10 |
| | h) « Plan de mise en œuvre du Sommet mondial sur le développement durable » | 10 |
| | i) UNESCAP Commission économique et sociale des Nations Unies pour l'Asie et le Pacifique..... | 10 |
| | D. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)..... | 12 |
| | E. Banque mondiale..... | 12 |
| | F. Fonds monétaire international (FMI) | 12 |
| | G. Banque africaine de développement..... | 13 |
| | H. Banque interaméricaine de développement..... | 13 |
| | I. Banque asiatique de développement..... | 13 |
| IV. | La bonne administration au niveau international | 13 |
| | A. Conseil de l'Europe..... | 13 |
| | B. Union européenne | 14 |
| V. | La « bonne gouvernance » au niveau national..... | 16 |
| | A. Constitutions..... | 16 |
| | B. Législation | 16 |
| | a) Pays-Bas..... | 16 |
| | b) Lettonie | 16 |
| | C. Jurisprudence | 17 |
| | a) Albanie | 17 |
| | b) Lettonie | 17 |
| | c) Pays-Bas | 17 |
| VI. | La « bonne administration » au niveau national | 17 |
| VII. | Conclusions | 18 |
| | ANNEXE I..... | 21 |
| | ANNEXE II..... | 25 |

I. Introduction

1. Dans sa Recommandation 1791(2007) sur la situation des droits de l'homme et de la démocratie en Europe, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à intensifier sa propre action dans le domaine de la démocratie, notamment en réagissant aux défaillances constatées dans les Etats membres en matière de démocratie. Elle l'invite également à poursuivre ses travaux sur la démocratie et la bonne gouvernance dans la société de l'information. Lors de sa session de 2007, le Forum du Conseil de l'Europe pour l'avenir de la démocratie a encouragé la Commission de Venise à s'intéresser à cette question.

2. M. Oliver Kask a assuré la fonction de rapporteur, et a examiné les différents concepts couverts par les notions de « bonne gouvernance » et de « bonne administration ». M. Asbjørn Eide, expert norvégien, a examiné le lien qui existe entre la « bonne gouvernance » et les droits de l'homme (Annexe I). Mme Gret Haller a présenté ses observations sur cette question (Annexe II, CDL(2009)052).

3. Une version préliminaire du présent rapport (CDL(2008)091) a été préparée sur la base des commentaires de MM. Kask et Eide et examinée par la Commission de Venise lors de sa 76^e Session plénière (Venise, 17-18 octobre 2008).

4. La Commission de Venise a pris note des opinions divergentes qui existent, même entre ses membres, concernant l'utilité et la légitimité démocratique de la notion de bonne gouvernance et elle ne se donne pas pour objectif de conduire une étude exhaustive sur cette notion. Le présent document vise uniquement à fournir des éléments de réflexion qui pourront être utiles lors de discussions à venir. La Commission de Venise en a pris note à sa 86^{ème} Session plénière (Venise, 25-26 mars 2011).

II. Les origines de la notion de « bonne gouvernance »

5. Le concept de gouvernance est très ancien : il est déjà présent dans l'œuvre d'Aristote, où la bonne gouvernance est mentionnée dans la description d'un Etat dirigé par un gouverneur éthique et juste¹.

6. Plus récemment, le terme de « gouvernance » a de plus en plus été utilisé pour désigner le processus décisionnel et l'application des décisions dans divers contextes, tels que la gouvernance de l'entreprise ou la gouvernance internationale, nationale et locale.

7. A la fin des années 1990, la Banque mondiale a établi un lien entre la qualité du système de gouvernance d'un pays et sa capacité à promouvoir un développement économique et social durable. D'après la Banque mondiale, la gouvernance inclut tout à la fois le type de régime politique, le processus par lequel le pouvoir s'exerce dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays en vue de son développement et la capacité des gouvernements à concevoir, formuler et mettre en œuvre des politiques et à s'acquitter de leurs fonctions (Banque mondiale 1991, 1992, 1994 ; Banque mondiale 2000a). La BM a ainsi fait de la « bonne gouvernance » un élément central de sa stratégie de développement. Toutefois, si elle reconnaît l'importance des dimensions politiques de la gouvernance, la Banque a donné au concept une interprétation restrictive, considérant que le premier aspect – le caractère démocratique ou non d'un gouvernement – dépasse le cadre de son mandat. En

¹ Le but de ce document est de clarifier le sens actuel des notions de bonne administration et de bonne gouvernance, telles qu'employées par les organisations internationales et au niveau interne. Un exposé des différentes conceptions et théories philosophiques qui sont à la base de ces notions va au-delà du but poursuivi et ne sera dès lors pas inclus.

conséquence, elle a mis l'accent sur les dimensions économiques de la bonne gouvernance, assimilée à une « bonne gestion du développement² ». Elle a délibérément évité d'utiliser le terme de « gouvernement³ » de manière à ne pas porter atteinte à la souveraineté de l'Etat.

8. L'étude sur la bonne gouvernance visait à mesurer de l'extérieur la performance économique des Etats et de leurs institutions, sans que les acteurs concernés dans les pays eux-mêmes soient directement impliqués. Elle s'est caractérisée par des procédures de suivi largement informelles, et par le fait que les acteurs privés ont été traités sur un pied d'égalité avec les gouvernements. Elle a reposé exclusivement sur les facteurs économiques et privilégié les résultats, à la fois des entités privées et des institutions publiques.

9. Le concept de bonne gouvernance développé par la Banque mondiale ignore ainsi largement certains aspects importants de la démocratie. Cette vision est indissociable de la nature même et des principales caractéristiques de la Banque, qui permettent difficilement de s'opposer, même au moyen d'un processus démocratique dans le pays concerné, à une évaluation fondée sur l'efficacité économique. Selon certains, la promotion de la bonne gouvernance de la part de la Banque mondiale aurait parfois réduit la capacité des gouvernements à trouver un juste équilibre entre les intérêts publics et privés, ce qui aurait contribué à un certain affaiblissement des principes démocratiques.

10. Le concept de bonne gouvernance développé par la Banque mondiale a depuis lors été repris par divers autres acteurs et organisations de rang international, qui l'ont souvent adapté à leurs besoins spécifiques. Il a en particulier été tenté, à plusieurs reprises, de modifier le concept afin d'y inclure une dimension démocratique. Comme le montre l'étude présentée dans les sections III et IV ci-après, l'utilisation et l'interprétation du concept de bonne gouvernance ont sensiblement évolué au fil du temps, en fonction également de l'institution internationale qui s'y référerait. Cela étant, le concept de bonne gouvernance ne tire pas son origine du discours constitutionnel ou juridique : il s'agit plutôt d'un concept non juridique, quasiment absent de l'ordre juridique des Etats membres du Conseil de l'Europe.

11. La bonne gouvernance est souvent considérée comme incluant aussi la bonne administration. Ce dernier principe repose sur des droits procéduraux clairement identifiables, dont la violation présumée peut faire l'objet d'un recours devant un tribunal. Il est donc largement considéré que la bonne administration est en elle-même un concept juridique, inscrit à la fois dans les textes internationaux et dans l'ordre juridique de plusieurs Etats. Il doit être tenu compte de cette différence de nature, la bonne gouvernance ne pouvant donc être assimilée à la bonne administration.

III. La « bonne gouvernance » au niveau international

12. La « bonne gouvernance » a reçu de multiples définitions et descriptions au niveau international. On trouvera dans cette partie du rapport une liste des différents concepts employés par les organisations internationales et leurs organes.

² C. Santiso, Bonne gouvernance et efficacité de l'aide : la Banque mondiale et la conditionnalité, http://www.sti.ch/fileadmin/user_upload/Pdfs/swap/swap108.pdf (en anglais).

³ Le gouvernement est l'un des acteurs de la gouvernance. Les autres acteurs impliqués varient en fonction du niveau de gouvernement concerné. Voir UNESCAP, Qu'est-ce que la bonne gouvernance, <http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp> (en anglais).

A. Conseil de l'Europe

a) Sommet de Varsovie de 2005

13. Au Sommet de Varsovie de 2005, les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres ont déclaré « qu'une démocratie effective et une bonne gouvernance à tous les niveaux sont essentielles pour prévenir les conflits, promouvoir la stabilité, favoriser le progrès économique et social, et partant la création de communautés durables, lieux de vie et de travail pour aujourd'hui et pour l'avenir⁴ ».

b) Comité des Ministres

14. En 2005, le Comité des Ministres a adopté la Recommandation Rec(2005)8 aux Etats membres relative aux principes de bonne gouvernance dans le sport. Ces principes sont notamment les suivants :

- l'instauration, au sein des organisations non gouvernementales sportives, de structures démocratiques fondées sur des modalités d'élection claires et régulières, ouvertes à tous les membres ;
- une organisation et une gestion professionnelles s'appuyant sur un code d'éthique approprié et des procédures qui permettent de régler les conflits d'intérêts ;
- la responsabilité et la transparence dans la prise de décisions et les opérations financières ; y compris la publication de bilans financiers annuels dûment vérifiés ;
- le traitement équitable de tous les membres y compris l'égalité des sexes et la solidarité.⁵

c) Assemblée parlementaire

15. La Résolution 1060(1995) de l'Assemblée parlementaire décrit la bonne gouvernance comme incluant « le respect de la démocratie et des droits de l'homme, l'absence de corruption, des réformes sociales engagées dans l'intérêt des défavorisés, une réforme économique allant dans le sens des principes du marché, une protection suffisante de l'environnement et une plus grande ouverture des échanges, y compris avec d'autres pays en voie de développement⁶ ».

16. Dans deux recommandations de 2005 et 2006, l'Assemblée parlementaire a souligné le rôle important du Conseil de l'Europe pour améliorer la bonne gouvernance, sans toutefois définir celle-ci. La bonne gouvernance était mentionnée parallèlement à la démocratie, à l'Etat de droit et aux normes en matière de droits de l'homme⁷.

17. Dans la Résolution 1547(2007) de l'Assemblée parlementaire sur la situation des droits de l'homme et de la démocratie en Europe, les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont jugés nécessaires pour parvenir à une bonne gouvernance, laquelle est elle-même considérée

⁴ Déclaration de Varsovie adoptée lors du Troisième Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil de l'Europe, point 3. [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2005\)79&Language=lanFrench&Ver=final](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2005)79&Language=lanFrench&Ver=final) (dernière visite le 28 août 2008).

⁵ Recommandation Rec(2005)8 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux principes de bonne gouvernance dans le sport, adoptée le 20 avril 2005.

⁶ Résolution 1060(1995) de l'Assemblée parlementaire relative aux politiques de coopération au développement, point 8.

⁷ Recommandation 1708(2005) de l'Assemblée parlementaire : Situation actuelle au Kosovo, adoptée le 21 juin 2005, point 1 ; Recommandation 1771(2006) de l'Assemblée parlementaire : Etablissement d'un pacte de stabilité pour le Caucase du Sud, adoptée le 17 novembre 2006, point 1.

comme étant essentielle pour renforcer la démocratie⁸. Cette même résolution souligne le rôle de la bonne gouvernance dans la prévention de la corruption⁹.

- d) Conférence des Ministres européens responsables des collectivités locales et régionales

18. La Conférence du Conseil de l'Europe des Ministres responsables des collectivités locales et régionales a adopté lors de sa quinzième session, en octobre 2007, la « Stratégie sur l'innovation et la bonne gouvernance au niveau local ». Celle-ci déclare que la bonne gouvernance est devenue le modèle de l'importance réellement accordée à la démocratie, à la protection des droits de l'homme et à l'Etat de droit. Elle énonce douze principes de bonne gouvernance démocratique inspirés de l'acquis du Conseil de l'Europe dans le domaine de la démocratie, des droits de l'homme et de l'Etat de droit. Ces principes incluent l'Etat de droit, la protection des droits de l'homme et la démocratie, mais aussi, notamment, l'efficacité et l'efficience, l'ouverture et la transparence, l'obligation de rendre des comptes et la réactivité¹⁰.

- e) Comité d'experts sur la bonne gouvernance dans les soins de santé

19. En septembre 2007 a été créé le Comité d'experts sur la bonne gouvernance dans les soins de santé (SP-GHC), avec pour mandat « d'aider les Etats membres à promouvoir les droits de l'homme, l'équité, la transparence, la responsabilité et la participation dans le domaine des soins de santé¹¹ ».

- f) Centre Nord-Sud du Conseil de l'Europe et l'Association des parlementaires européens pour l'Afrique (AWEPA)

20. Dans le cadre de la Présidence autrichienne de l'Union européenne, l'Association des parlementaires européens pour l'Afrique (AWEPA) et le Centre Nord-Sud du Conseil de l'Europe ont organisé un séminaire au Cap en 2006, lors duquel des parlementaires européens et africains ont débattu de la nouvelle Stratégie de l'Union européenne pour l'Afrique. La bonne gouvernance figure parmi les « Recommandations pour l'action », avec la démocratie et les droits de l'homme, en tant qu'élément essentiel pour améliorer le niveau de vie. Il est par ailleurs indiqué que la bonne gouvernance exige une action efficace des parlementaires et un consensus sur la définition de la bonne gouvernance et sur le lien entre bonne gouvernance et développement¹².

B. Union européenne

- a) Conseil européen

21. En 1991, le Conseil européen a adopté une résolution sur les droits de l'homme, la démocratie et le développement contenant des lignes directrices pour la coopération avec les pays en voie de développement. La résolution déclarait ce qui suit : « dans le même temps, les

⁸ Résolution 1547(2007) de l'Assemblée parlementaire : Situation des droits de l'homme et de la démocratie en Europe, adoptée le 18 avril 2007, paragraphe 62.

⁹ *Ibid.*, paragraphe 83.

¹⁰ Stratégie du Conseil de l'Europe sur l'innovation et la bonne gouvernance au niveau local, MCL-15(2007)8, adoptée le 16 octobre 2007.

¹¹ http://www.coe.int/t/dg3/health/goodgov_FR.asp (dernière visite le 28 août 2008).

¹² Pacte euro-africain pour le développement de l'Afrique : Le rôle des parlementaires, recommandations pour l'action, Le Cap, 25-26 mai.

http://www.coe.int/t/e/north%2Dsouth_centre/programmes/5_europe%2Dafrica_dialogue/b_hr_and_democratic_governance/Declaration_Cape-Town_mai2006.pdf#xml (dernière visite le 28 août 2008).

droits de l'homme et la démocratie font partie d'un ensemble plus vaste de conditions nécessaires pour parvenir à un développement équilibré et durable. En la matière, il doit être tenu compte de la question de la bonne gouvernance ainsi que des dépenses militaires ». Aucune définition de la bonne gouvernance n'était toutefois fournie¹³.

b) Communauté européenne

22. En 2000, dans l'Accord de partenariat entre les membres du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté européenne (Accord de Cotonou), la Communauté européenne a défini la bonne gouvernance comme suit :

« Dans le cadre d'un environnement politique et institutionnel respectueux des droits de l'homme, des principes démocratiques et de l'État de droit, la bonne gestion des affaires publiques [la bonne gouvernance] se définit comme la gestion transparente et responsable des ressources humaines, naturelles, économiques et financières en vue du développement équitable et durable. Elle implique des procédures de prise de décision claires au niveau des pouvoirs publics, des institutions transparentes et soumises à l'obligation de rendre compte, la primauté du droit dans la gestion et la répartition des ressources, et le renforcement des capacités pour l'élaboration et la mise en œuvre de mesures visant en particulier la prévention et la lutte contre la corruption¹⁴. »

c) Commission européenne

23. La bonne gouvernance dans l'Union européenne revêt une importance particulière pour la Commission européenne, qui définit les politiques communes au niveau européen¹⁵. En 2001, dans un Livre blanc sur la gouvernance européenne, la Commission européenne a identifié cinq principes de la « bonne gouvernance » : l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence¹⁶.

d) Le Comité des Régions

24. Les 17 et 18 juin 2009, le Comité des Régions de l'Union Européenne a adopté le Livre Blanc sur la gouvernance à multiveaux¹⁷, qui affirme qu'« une réelle gouvernance à multiveaux en Europe est devenue aujourd'hui une condition de bonne gouvernance européenne ».

¹³ Résolution du Conseil et des Etats membres réunis au sein du Conseil sur les droits de l'homme, la démocratie et le développement, paragraphe 2.

http://eeas.europa.eu/human_rights/index_fr.htm (dernière visite le 28 août 2008).

¹⁴ Article 9(3) de l'Accord de partenariat entre les membres du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part.

http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/agr01_fr.pdf (dernière visite le 28 août 2008).

¹⁵ Voir Christoph Möllers, *Gouvernance européenne : signification et valeur d'un concept*, Common Market Law Review 6/2006, pp. 313-336.

¹⁶ Commission européenne, *Gouvernance européenne – un Livre blanc*, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final, p. 12. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0428fr01.pdf (dernière visite le 5 septembre 2008).

¹⁷

http://www.aer.eu/fileadmin/user_upload/MainIssues/Governance/CoR_Consultation_Whitebook_on_Multilevel_Governance/dam/110n/fr/FR_CoR_Whitebook_on_Multilevel_Governance.pdf (dernière visite le 7 avril 2011).

C. Nations Unies

a) Coopération entre les Nations Unies et le Conseil de l'Europe

25. Dans sa Résolution adoptée lors de sa soixante-troisième session du 29 octobre 2008, l'Assemblée générale des Nations Unies encourage une coopération accrue entre l'Organisation des Nations Unies et le Conseil de l'Europe dans le domaine de la démocratie et de la gouvernance, en particulier en ce qui concerne la Journée internationale de la démocratie, notamment par l'intermédiaire de la Commission de Venise et du Forum pour l'avenir de la démocratie¹⁸.

b) « Agenda pour le développement »

26. L'« Agenda pour le développement » soumis par le Secrétaire Général Boutros Boutros-Ghali à l'Assemblée générale en 1994 souligne l'importance du développement et son utilité pour la paix. Il vise à donner un nouvel élan au débat sur le développement en s'appuyant sur l'expérience des Nations Unies. L'Agenda souligne le rôle important de la bonne gouvernance dans le développement¹⁹ et indique que la démocratie est « indissociable de la question de la gouvernance²⁰ ». La démocratie est présentée comme le seul moyen fiable de réaliser une meilleure gouvernance²¹.

27. La bonne gouvernance est présentée comme ayant plusieurs significations dans le contexte du développement :

« Le terme désigne en particulier la conception et la conduite d'une stratégie nationale globale pour le développement. La bonne gouvernance consiste à garantir la capacité, la fiabilité et l'intégrité des institutions essentielles de l'Etat moderne, ainsi qu'à améliorer l'aptitude du gouvernement à mettre en œuvre les politiques nationales et exercer les fonctions gouvernementales, et notamment la gestion des systèmes d'application. Elle implique l'obligation de rendre compte de ses actions et la transparence des processus décisionnels²² ».

28. L'Agenda pour le développement a donné lieu à la Résolution 49/126 de l'Assemblée générale, qui a pris note du rapport du Secrétaire général et inscrit le point « Agenda pour le développement » à l'ordre du jour provisoire de la cinquantième session²³. Toutefois, aucune autre action n'a été entreprise par l'Assemblée générale²⁴.

¹⁸ Résolution A/63/L.12 de l'Assemblée générale de l'ONU du 29 octobre 2008, paragraphe 7.

¹⁹ Agenda pour le développement, Rapport du Secrétaire général, 6 mai 1994, A/48/935, paragraphe 125. <http://www.globalpolicy.org/reform/initiatives/ghali/1994/0506development.htm> (en anglais, dernière visite le 28 août 2008).

²⁰ *Ibid.*, paragraphe 120.

²¹ *Ibid.*, paragraphe 128.

²² *Ibid.*, paragraphe 126.

²³ Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 20 janvier 1995, A/RES/49/126.

²⁴ Beate Rudolf, « La 'bonne gouvernance' est-elle une norme de droit international ? », in Common Values in International Law: Essays in honour of Christian Tomuschat, (sous la direction de) Pierre-Marie Dupuy et al., 2006, p. 1010.

c) Déclaration du Millénaire des Nations Unies

29. La Déclaration du Millénaire a été adoptée par l'Assemblée générale en 2000 afin de réaffirmer le rôle de l'organisation dans le nouveau millénaire. Elle mentionne la bonne gouvernance en lien avec l'élimination de la pauvreté, soulignant que la réalisation de cet objectif suppose une bonne gouvernance au niveau national et international²⁵. La bonne gouvernance est également mentionnée dans le titre de la Partie V (Droits de l'homme, démocratie et bonne gouvernance), mais n'est pas abordée dans le corps du texte. Le terme de « bonne gouvernance » n'est défini nulle part dans la déclaration.

d) Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme

30. En 2000, 2003 et 2004, la Commission a déclaré qu'un « système de gouvernement caractérisé par la transparence, la responsabilité, l'obligation de rendre compte de ses actes et la participation, capable de répondre aux besoins et aux aspirations de la population, constitue le fondement d'une bonne gouvernance ». La Commission a noté cependant que les pratiques de bonne gouvernance peuvent varier d'une société à une autre et que c'est à l'Etat concerné qu'incombe la responsabilité de définir et de mettre en œuvre ces pratiques²⁶.

e) Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)

31. Le PNUD considère que la bonne gouvernance et le développement sont indissociables. Il décrit la bonne gouvernance dans ces termes :

« La bonne gouvernance est, entre autres, participative, transparente et responsable. Elle est également efficace et équitable, et favorise l'Etat de droit. La bonne gouvernance s'assure que les priorités politiques, sociales et économiques sont basées sur un large consensus au sein de la société et que les voix des plus pauvres et des plus vulnérables sont entendues dans la prise de décisions sur l'affectation des ressources pour le développement²⁷. »

f) Troisième Conférence des Nations Unies sur les pays les moins avancés

32. La « Déclaration de Bruxelles » adoptée en mai 2001 lors de cette conférence affirme que la bonne gouvernance aux niveaux national et international est un moyen d'éliminer la pauvreté, de même que la primauté du droit, le respect des droits de l'homme et la promotion de la démocratie²⁸. Cette conviction est également affirmée dans le « Programme d'action de Bruxelles en faveur des pays les moins avancés », adopté le dernier jour de la conférence²⁹.

²⁵ Déclaration du Millénaire des Nations Unies, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 18 septembre 2000, A/RES/55/2, paragraphe 13.

²⁶ Le rôle d'une bonne gestion des affaires publiques dans la promotion des droits de l'homme, Résolutions 2000/64, 2003/65 et 2004/70 de la Commission des droits de l'homme.

²⁷ PNUD, Bonne gouvernance et développement humain durable.

<http://mirror.undp.org/magnet/policy/chapter1.htm> (dernière visite le 28 août 2008).

²⁸ Déclaration de Bruxelles, adoptée lors de la Troisième Conférence des Nations Unies sur les pays les moins avancés, A/CONF.191/12, point 2. <http://www.unctad.org/fr/docs/aconf191d12.fr.pdf> (dernière visite le 28 août 2008).

²⁹ Programme d'action en faveur des pays les moins avancés pour la décennie 2001–2010, A/CONF.191/11, paragraphe 25. <http://www.unctad.org/fr/docs/aconf191d11.fr.pdf> (dernière visite le 28 août 2008).

g) « Consensus de Monterrey » de la Conférence internationale sur le financement du développement

33. La Conférence internationale sur le financement du développement qui s'est tenue à Monterrey en mars 2002 a été la première conférence organisée par les Nations Unies sur des questions financières et de développement essentielles³⁰. Dans le « Consensus de Monterrey », les Etats se sont engagés à promouvoir la bonne gouvernance afin de réaliser, entre autres, les objectifs énoncés dans la Déclaration du Millénaire³¹. Aucune définition de la bonne gouvernance n'y est toutefois fournie.

h) « Plan de mise en œuvre du Sommet mondial sur le développement durable »

34. Ce plan de septembre 2002 souligne une fois encore l'importance de la bonne gouvernance aux niveaux national et international pour le développement durable³², de même que le respect des droits de l'homme et de la démocratie³³.

i) UNESCAP Commission économique et sociale des Nations Unies pour l'Asie et le Pacifique

35. En 2009, l'UNESCAP, qui entre autres activités observe les progrès des pays dans la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement de l'ONU et les conseille sur ce sujet, a produit un document intitulé « Qu'est-ce que la bonne gouvernance ? », dans lequel elle recense les principales caractéristiques de ce concept : la bonne gouvernance privilégie la participation, la recherche du consensus, l'obligation de rendre compte de ses actions, la transparence, la réactivité, l'efficacité et l'efficience, l'équité et l'inclusion, et elle respecte l'Etat de droit. Elle permet de veiller à ce que la corruption soit réduite au minimum, que les opinions des minorités soient prises en compte et que la voix des catégories de population les plus défavorisées soit entendue dans les processus décisionnels. Elle permet aussi de prendre en compte les besoins présents et futurs de la société³⁴.

36. L'UNESCAP décrit ainsi les caractéristiques essentielles de la bonne gouvernance :

- La participation

La participation – des hommes et des femmes – est un pilier essentiel de la bonne gouvernance. Elle peut être directe ou s'exercer par le biais d'institutions ou de représentants légitimes. Il convient de souligner que la démocratie représentative ne signifie pas nécessairement que les préoccupations des catégories les plus défavorisées sont prises en considération dans les processus décisionnels. La participation doit être informée et organisée. Il faut donc d'une part que la liberté d'association et d'expression soit respectée et d'autre part qu'il existe une société civile organisée.

³⁰ <http://www.un.org/french/esa/ffd/index.shtml> (dernière visite le 5 septembre 2008).

³¹ Consensus de Monterrey, adopté lors de la Conférence internationale sur le financement du développement, A/CONF.198/3, annexe, point 4.

<http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/267/66/doc/N0226766.DOC?OpenElement> (dernière visite le 20 août 2008).

³² Plan de mise en œuvre du Sommet mondial sur le développement durable, paragraphes 4, 138 et 141. http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf (en anglais, dernière visite le 28 août 2008).

³³ *Ibid.*, paragraphe 62.

³⁴ <http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.pdf> (en anglais)

- L'Etat de droit

La bonne gouvernance requiert l'existence de cadres juridiques équitables qui soient mis en œuvre de manière impartiale. Elle exige aussi une protection complète des droits de l'homme, en particulier de ceux des minorités. Pour que les lois soient exécutées de manière impartiale, il faut que le système judiciaire soit indépendant et que les forces de police soient impartiales et incorruptibles.

- La transparence

La transparence signifie que les décisions sont prises et exécutées conformément aux réglementations. Elle exige aussi que l'information sur les décisions soit librement et directement accessible aux personnes qui seront affectées par leur mise en œuvre. Elle exige enfin qu'une information suffisante soit fournie et qu'elle le soit selon des formes et des moyens facilement compréhensibles.

- La réactivité

La bonne gouvernance exige que les institutions et les processus s'emploient à servir toutes les parties prenantes dans des délais raisonnables.

- La recherche du consensus

Toute société réunit plusieurs acteurs, qui représentent autant de points de vue. La bonne gouvernance exige une conciliation des divers intérêts présents dans la société, afin de parvenir à un large consensus sur ce qui est dans le meilleur intérêt de l'ensemble de la communauté et sur la manière dont cet objectif peut être atteint. Elle exige également d'avoir une vaste vision, et à long terme, sur ce qui est nécessaire pour un développement humain durable et sur la façon de réaliser les objectifs d'un tel développement. De telles conditions ne peuvent être que le résultat d'une compréhension des contextes historique, culturel et social de la société ou de la communauté en question.

- L'équité et l'inclusion

Le bien-être d'une société dépend des efforts réalisés pour que tous ses membres aient le sentiment d'y jouer un rôle et ne s'en sentent pas exclus. Il faut pour cela que tous les groupes, mais particulièrement les plus vulnérables, aient la possibilité d'améliorer ou de maintenir leur niveau de bien-être.

- L'efficacité et l'efficience

La bonne gouvernance exige que les processus et les institutions assurent l'obtention de résultats qui répondent aux besoins de la société en utilisant de la meilleure manière possible les ressources disponibles. Le concept d'efficience, en lien avec la bonne gouvernance, inclut également l'utilisation durable des ressources naturelles et la protection de l'environnement.

- L'obligation de rendre compte de ses actions

Cette obligation est une condition essentielle de la bonne gouvernance. Les institutions gouvernementales, mais aussi le secteur privé et les organisations de la société civile, doivent être obligés de rendre des comptes au public et à leurs partenaires institutionnels. Pour savoir qui doit rendre des comptes, et à qui, il convient de déterminer si les décisions sont prises ou les actions menées de l'intérieur ou de

l'extérieur d'une organisation ou d'une institution. Le plus souvent, une organisation ou une institution doit rendre des comptes aux personnes qui seront visées par ses décisions ou ses actions. L'obligation de rendre des comptes ne peut être effective en l'absence de transparence et de respect de l'Etat de droit.

D. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

37. L'OCDE recense ainsi les principes de la bonne gouvernance : la primauté du droit ; la transparence et l'obligation de rendre compte aux institutions démocratiques ; l'équité, notamment des mécanismes de consultation et de participation des citoyens ; l'efficacité et l'efficacités des services publics ; des lois et réglementations claires et transparentes ; la cohérence de la formulation de politiques ; et l'éthique et la bonne conduite³⁵.

E. Banque mondiale

38. En 1989, la Banque mondiale a identifié la « mauvaise gouvernance » en tant que principal obstacle au développement, en la décrivant comme l'absence d'obligation de rendre des comptes, de transparence et d'administration efficiente combinée à la corruption en lien avec les dépenses publiques³⁶.

39. En 1992, la Banque mondiale a défini la « gouvernance » comme « la manière dont le pouvoir est exercé dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays pour le développement³⁷ ».

40. En 2007, dans le cadre de sa stratégie 2007 pour la gouvernance et contre la corruption, la Banque mondiale a défini la gouvernance comme « la manière dont les institutions et les responsables publics obtiennent et exercent le pouvoir de définir les politiques publiques et fournissent des biens et des services³⁸ ».

41. Pour accorder un prêt, la Banque mondiale doit se fonder exclusivement sur des considérations économiques, tandis que les considérations d'ordre politique sont expressément exclues³⁹.

F. Fonds monétaire international (FMI)

42. Le FMI associe la bonne gouvernance à la lutte contre la corruption, notamment dans son « Guide de 1997 sur l'approche du FMI concernant la bonne gouvernance et la lutte contre la corruption », et donne à ce terme un sens purement économique. La bonne gouvernance inclut la transparence et la responsabilité en matière de gestion des ressources publiques et s'applique aussi au secteur financier⁴⁰.

³⁵ OCDE : Gouvernance et gestion publiques.

http://www.oecd.org/about/0,3347,fr_2649_37405_1_1_1_1_37405,00.html (dernière visite le 28 août 2008).

³⁶ Beate Rudolf, « *La 'bonne gouvernance' est-elle une norme de droit international ?* », in *Common Values in International Law: Essays in honour of Christian Tomuschat*, (sous la direction de) Pierre-Marie Dupuy et al., 2006, p. 1009.

³⁷ Indicateurs de gouvernance : où sommes-nous, où devrions-nous aller ? Document de travail 4730 consacré à la recherche sur les politiques, Daniel Kaufmann, Aart Kraay, p. 4.

http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2007/10/31/000158349_20071031085226/Rendered/PDF/wps4370.pdf (en anglais, dernière visite le 28 août 2008).

³⁸ Ibid.

³⁹ Article IV, section 10, des Statuts de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD).

⁴⁰ Le FMI et la bonne gouvernance – fiche technique (mai 2008).

G. Banque africaine de développement

43. Dans son document d'orientation de mars 2001 sur la bonne gouvernance, la Banque africaine de développement recense cinq aspects de la bonne gouvernance : la responsabilité, la transparence, la lutte contre la corruption, la participation et la réforme législative et judiciaire. La Banque déclare que « la bonne gouvernance est une condition nécessaire au succès de ses principales interventions pour promouvoir le développement économique et social dans ses pays membres régionaux⁴¹ ».

H. Banque interaméricaine de développement

44. Dans un document stratégique de juillet 2003, la Banque interaméricaine de développement envisage les exigences de la gouvernance (démocratique) sous l'angle de la croissance durable et de la réduction de la pauvreté et met principalement l'accent sur le renforcement de la démocratie, l'Etat de droit et la réforme de la justice⁴².

I. Banque asiatique de développement

45. La Banque asiatique de développement recense quatre aspects de la bonne gouvernance : l'obligation de rendre compte de son action, la participation, la prévisibilité et la transparence⁴³. L'obligation de rendre compte de son action est décrite comme la responsabilité des acteurs publics pour leur comportement et inclut également la mesure de leur performance ; la participation implique l'accès des personnes aux institutions de développement, de sorte qu'elles participent activement à la vie économique ; la prévisibilité concerne l'existence des lois, réglementations et politiques et leur application équitable et durable ; la transparence, enfin, renvoie à la mise à disposition d'informations pour le public et à la clarté des réglementations et décisions gouvernementales. La transparence a donc un lien avec la prévisibilité⁴⁴.

IV. La bonne administration au niveau international

A. Conseil de l'Europe

46. Aucun traité du Conseil de l'Europe ne mentionne nommément la bonne administration. Certaines conventions, cependant, protègent des aspects du droit à une bonne administration. C'est notamment le cas de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), qui garantit le droit à un procès équitable dans son article 6. La jurisprudence de la CEDH a développé un certain nombre de principes matériels et de règles de procédure basés sur l'article 6 et plusieurs autres articles, qui établissent un droit à la bonne administration de la justice ; elle protège aussi, du moins dans une certaine mesure, les

<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/govf.htm> (dernière visite le 28 août 2008).

⁴¹ Banque africaine de développement, Lignes directrices opérationnelles pour la politique du groupe de la Banque en matière de bonne gouvernance, II., 2.1, mars 2001.

http://www.afdb.org/pls/portal/docs/PAGE/ADB_ADMIN_PG/DOCUMENTS/NEWS/OPERATIONAL%20GUIDELINES%20FOR%20BANK%20GROUP%20POLICY%20ON%20GOOD%20GOVERNANCE.PDF (dernière visite le 28 août 2008).

⁴² Banque interaméricaine de développement, La modernisation de l'Etat (Document stratégique), 4.7, juillet 2003. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1441783> (en anglais, dernière visite le 28 août 2008).

⁴³ <http://www.adb.org/Documents/Policies/Strategy2020/Strategy2020-print.pdf> (en anglais, dernière visite le 28 août 2008).

⁴⁴ <http://www.adb.org/Documents/Policies/Governance/gov310.asp?p=policies> (en anglais, dernière visite le 28 août 2008).

personnes privées dans leurs rapports avec l'administration. D'autres conventions du Conseil de l'Europe, telles que la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, contribuent aussi à la codification de certains aspects de la bonne administration.

47. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté plusieurs recommandations concernant certains aspects du droit à la bonne administration, parmi lesquels : l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration⁴⁵, l'accès à l'information détenue par les autorités publiques⁴⁶, la responsabilité publique⁴⁷, les procédures administratives intéressant un grand nombre de personnes⁴⁸ et la communication à des tierces personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publics⁴⁹.

48. S'inspirant de ces recommandations, le Comité des Ministres a adopté récemment une recommandation bien plus détaillée sur la bonne administration⁵⁰. Ce faisant, le Comité des Ministres a tenu compte de la Recommandation 1615(2003) de l'Assemblée parlementaire, qui demande au Comité des Ministres d'élaborer un projet de texte pour la définition d'un droit individuel fondamental à la bonne administration ainsi qu'un code modèle de bonne administration, qui soit unique, complet et synthétique, afin de définir le droit fondamental à la bonne administration, de manière à faciliter sa mise en œuvre efficace en pratique. L'intention affichée est par conséquent de synthétiser les différents droits reconnus à l'égard des administrations publiques en un droit à la bonne administration et en précisant le contenu.

49. La Recommandation CM/Rec(2007)7 rappelle que la bonne administration est un aspect de la bonne gouvernance et elle encourage les Etats membres du Conseil de l'Europe à promouvoir la bonne administration dans le cadre des principes de l'Etat de droit et de la démocratie. Le recommandation contient, en annexe, un modèle de code de bonne administration, qui énonce 9 principes de bonne administration, à savoir les principes de légalité, d'égalité, d'impartialité, de proportionnalité, de sécurité juridique, de délais raisonnables pour agir, de participation, de respect de la vie privée et de transparence. Ce modèle contient aussi plusieurs articles relatifs au régime des actes administratifs et une section consacrée aux recours contre les actes administratifs et à la réparation. Les Etats membres sont invités à adopter, le cas échéant, les normes établies dans le code modèle et à garantir leur application effective.

B. Union européenne

50. Sous le titre de « Droit à une bonne administration », l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux dispose ce qui suit :

« 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment:

a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre;

⁴⁵ Recommandation R (80)2 du 11 mars 1980.

⁴⁶ Recommandation R (81)19 du 25 novembre 1981.

⁴⁷ Recommandation R (84)15 du 18 septembre 1984.

⁴⁸ Recommandation R (87)16 du 17 septembre 1987.

⁴⁹ Recommandation R (91)10 du 9 septembre 1991.

⁵⁰ Recommandation CM/Rec(2007)7 du 20 juin 2007 relative à une bonne administration.

b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires;

c) l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

3. Toute personne a droit à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions, ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres.

4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue. »⁵¹

51. L'adoption de cette disposition peut être vue comme une avancée décisive dans la codification d'un droit à une bonne administration vis-à-vis des institutions de l'Union européenne. Elle s'applique non seulement aux citoyens de l'Union européenne mais aussi à toute personne ayant affaire à ses institutions. Le principe de bonne administration a été créé par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance⁵². La bonne administration repose sur l'existence d'une Union régie par l'Etat de droit. Le droit à une bonne administration découle de l'intérêt porté à l'égalité de traitement, conformément à la jurisprudence de la Cour ainsi qu'au droit à un recours effectif (article 47 de la Charte) et autres droits connexes (droit d'être entendu et droit d'accès à son propre dossier). Les obligations des institutions de l'Union européenne découlent des dispositions des Traités : l'obligation générale de motiver les décisions (article 296 TFUE), la réparation des dommages causés (article 340 TFUE) et la possibilité de communiquer avec les institutions de l'Union européenne dans une des langues du Traité (article 24 TFUE).

52. Le Code européen de bonne conduite administrative⁵³, qui comprend 27 articles, est un instrument non contraignant rédigé par l'ombudsman européen et approuvé, avec quelques amendements, par le Parlement européen dans sa Résolution du 6 septembre 2001. Cette approbation donne une forte légitimité aux principes contenus dans le code, dont on peut de ce fait considérer qu'il s'applique à toutes les institutions et tous les organes de l'Union. Le code contient des règles détaillées pour la mise en œuvre du principe général énoncé à l'article 41 de la Charte, proclamée à l'origine en 2000. Actuellement, outre le Code européen de bonne conduite administrative, les institutions, organes et agences décentralisés de l'Union ont tous adopté divers codes spécifiques sous des formes et avec des contenus variables, dont certains sont mot pour mot identiques au Code européen de bonne conduite administrative.

53. Le Code européen de bonne conduite administrative énonce un certain nombre de principes devant être respectés par les fonctionnaires européens, parmi lesquels la légitimité (article 4), l'absence de discrimination (article 5), la proportionnalité (article 6), la cohérence (article 10), l'absence d'abus de pouvoirs (article 7), l'impartialité et l'indépendance (article 8), l'objectivité (article 9), l'équité (article 11), la courtoisie (article 12) et l'obligation de répondre aux lettres dans la langue du citoyen (article 13). Le Code comprend également des règles de procédure importantes telles que l'obligation de notifier les décisions à toutes les personnes concernées (article 20) et l'obligation de tenir des registres et de garder une trace des processus administratifs (article 24).

⁵¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:FR:PDF> (dernière visite le 7 avril 2011)

⁵² Voir l'arrêt de la CJCE du 31 mars 1992, Burban, affaire C-255/90 et l'arrêt de la CJCE du 15 octobre 1987, Heylens, affaire C-222/86 ; l'arrêt de la CJCE du 18 octobre 1989, Orken, affaire 374/87; les arrêts du Tribunal de première instance du 18 septembre 1995, affaire T-167/94 Nölle [1995] ECR II-2589, et du 9 juillet 1999, affaire T-231/97 New Europe Consulting et autres [1999] ECR II-2403.

⁵³ Le code figure à l'adresse suivante : <http://www.ombudsman.europa.eu/fr/resources/code.faces>

V. La « bonne gouvernance » au niveau national

54. Fréquemment utilisé au niveau international, le terme de « bonne gouvernance » n'apparaît que rarement au niveau national. La Commission de Venise a examiné les constitutions, législations et jurisprudences nationales pour voir si le terme y était utilisé ou défini.

A. Constitutions

55. Aucune constitution, en Europe, n'énonce un droit à la bonne gouvernance ni la mentionne en tant que principe. Cette absence tient principalement à l'origine et à la nature du concept (voir la Section II ci-dessus) et reflète l'influence limitée qu'elle a exercée jusqu'à présent sur les ordres juridiques nationaux.

B. Législation

56. D'après l'étude menée par la Commission de Venise, très peu d'Etats européens semblent avoir intégré la notion de bonne gouvernance dans leur législation. Les seuls exemples recensés sont présentés ci-dessous. Ils concernent les Pays-Bas et la Lettonie.

a) Pays-Bas

aa) article 16 de la loi sur les médias (Mediawet)

57. L'article 16(5) de la loi sur les médias dispose que la Société néerlandaise de radiodiffusion doit élaborer un code de conduite afin de promouvoir la bonne gouvernance et l'intégrité dans l'intérêt des institutions ayant obtenu un temps d'antenne national. Ce code doit prévoir au minimum a) des recommandations concernant l'organisation administrative, y compris des récompenses et un contrôle, b) des règles de conduite en matière d'intégrité, c) des règles de conduite en matière de transparence des procédures de responsabilité et de présentation de rapports, d) des procédures pour le traitement des notifications et des soupçons de violations et e) le contrôle et le respect des codes de conduite.

bb) article 33 de la loi sur les retraites (Pensioenwet) et article 42 de la loi sur la participation obligatoire au fonds de pension (Wet verplichte beroepspensioenregeling)

58. Les articles 33 de la loi sur les retraites et 42 de la loi sur la participation obligatoire au fonds de pension disposent dans leur premier paragraphe qu'un administrateur de régime de pension doit s'organiser de manière à ce que la bonne gouvernance soit garantie, ce qui signifie au minimum a) qu'il ou elle est responsable vis-à-vis des personnes qui peuvent demander une pension ou qui ont droit à une pension et vis-à-vis des employeurs et b) qu'un contrôle interne est assuré. Le deuxième paragraphe de chacun de ces articles pose les bases juridiques pour une législation complémentaire.

b) Lettonie

59. Article 10(5) de la loi sur la structure de la fonction publique

« La fonction publique et ses activités doivent respecter le principe de bonne gouvernance. Ce principe inclut l'ouverture vis-à-vis des personnes privées et du public, la protection des données, l'application équitable des procédures dans des délais raisonnables et diverses autres réglementations visant à garantir que l'administration respecte les droits et les intérêts légitimes des individus. »

C. Jurisprudence

60. De même que pour la législation, la bonne gouvernance n'est que très rarement reconnue comme un principe, ou même simplement mentionnée, dans la jurisprudence. Les seuls exemples recensés sont présentés ci-dessous et concernent la encore les Pays-Bas et la Lettonie.

a) Albanie

61. La Cour constitutionnelle d'Albanie a conclu que l'administration des territoires locaux constitue un aspect important de la bonne gouvernance, and cela comprend les questions de planification, d'aménagement urbain et de contrôle du territoire.⁵⁴

b) Lettonie

62. La Cour constitutionnelle de Lettonie a conclu que le principe de bonne gouvernance pouvait être déduit des articles 1⁵⁵ et 89⁵⁶ de la Constitution. Selon la Cour, la bonne gouvernance implique notamment la conclusion des procédures dans des délais raisonnables et le respect des dispositions protégeant les droits de l'homme⁵⁷.

63. Dans un autre arrêt, la Cour constitutionnelle considère que le principe de bonne gouvernance découle de l'article 89 de la Constitution lu conjointement avec l'article 10(5) de la loi sur la structure de la fonction publique. Elle interprète ces dispositions comme impliquant l'obligation pour l'Etat de simplifier, améliorer et organiser efficacement les procédures⁵⁸.

c) Pays-Bas

64. Les tribunaux néerlandais ont considéré dans le cadre de procédures administratives qu'il était contraire aux principes de bonne gouvernance de s'écarter des instructions énoncées par le gouvernement dans des circulaires⁵⁹.

VI. La « bonne administration » au niveau national

65. Par rapport à la bonne gouvernance, le concept de bonne administration est beaucoup plus largement utilisé au niveau national. Certes, seul un Etat mentionne expressément la bonne administration dans sa Constitution⁶⁰, mais les obligations contenues dans le droit à une bonne administration découlent de principes fondamentaux de l'Etat de droit tels que la légalité, l'égalité, l'impartialité, la proportionnalité, la sécurité juridique, l'intervention dans des délais raisonnables, la participation, le respect de la vie privée et la transparence. Aujourd'hui, ces principes sont énoncés dans les constitutions de presque tous les Etats

⁵⁴ Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Albanie, 2 février 2009, ALB-2009-3-001.

⁵⁵ « La Lettonie est une république démocratique indépendante. »

⁵⁶ « L'Etat reconnaît et protège les droits humains fondamentaux conformément à sa Constitution, sa législation et les accords internationaux par lesquels la Lettonie est liée ».

⁵⁷ Arrêt de la Cour constitutionnelle de Lettonie, 25 mars 2003, paragraphe 6, LAT-2003-1-04 (CODICES).

⁵⁸ Arrêt de la Cour constitutionnelle de Lettonie, 6 avril 2005, paragraphe 9.3.1., (n°2004-21-01).

⁵⁹ Voir les arrêts suivants de la Cour européenne des droits de l'homme : Ahmut c. Pays-Bas, requête n°21702/93, arrêt du 28 novembre 1996, paragraphe 35 ; Nsona c. Pays-Bas, requête n°23366/94, arrêt du 28 novembre 1996, paragraphe 49.

⁶⁰ C'est notamment le cas de l'article 21 de la Constitution de la Finlande.

européens, de sorte qu'ils peuvent, lus conjointement, être interprétés comme entraînant une obligation générale de bonne administration. En conséquence, dans de nombreux Etats, la législation, la jurisprudence et la doctrine juridique reconnaissent l'existence d'un droit à une bonne administration. D'ailleurs, les juridictions nationales sont souvent appelées à juger des violations présumées du droit à une bonne administration proprement dit ou, du moins, d'un des nombreux droits procéduraux qui le composent⁶¹, y compris dans des Etats qui n'ont pas formellement reconnu le droit à une bonne administration.

VII. Conclusions

66. Comme le montre l'utilisation du concept de « bonne gouvernance » aux niveaux international et national, le contenu exact de ce concept reste, du moins en partie, flou il n'y a de consensus que sur la définition de certains éléments-clé, telles la transparence et la responsabilité. Même entre les organes du Conseil de l'Europe il y a une conception différente de « bonne gouvernance ».

67. Si ce concept a initialement été utilisé par la Banque mondiale dans des documents juridiques, à la fin des années 1990, et s'inspirait dans ce contexte très largement de considérations économiques, il a depuis été repris par diverses autres organisations internationales qui y ont inclus de nouveaux éléments. Il est cependant frappant de remarquer que la bonne gouvernance n'a presque jamais été utilisée dans les ordres juridiques nationaux, que ce soit au niveau constitutionnel ou législatif, ou même dans la jurisprudence. Cette absence témoigne du caractère non juridique de la bonne gouvernance et du fait qu'elle a initialement été conçue dans la perspective d'un suivi de l'extérieur, c'est-à-dire sans l'implication des acteurs concernés dans les pays.

68. La bonne gouvernance, tenue pour englober aussi la bonne administration, se compose d'une multitude d'éléments, parmi lesquels on compte souvent :

- la responsabilité ;
- la transparence ;
- la capacité à répondre aux besoins des citoyens ;
- l'efficacité ;
- l'effectivité ;
- l'ouverture ;
- la participation ;

⁶¹ Par exemple, la Cour suprême d'Estonie a conclu que le droit à une bonne administration pouvait être déduit de l'article 14 de la Constitution lu conjointement avec les principes du droit administratif dans l'espace juridique européen. D'après la Cour, ces principes sont la sécurité juridique, l'attente légitime, la proportionnalité, la non-discrimination, le droit d'être entendu, le droit à ce qu'une décision soit prise dans un délai raisonnable, l'efficacité et l'efficience. Elle a aussi invoqué l'article 21(2) de la Constitution finlandaise, l'article 31(2) de la Constitution espagnole et l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour a considéré que le droit à une bonne administration était un droit fondamental (arrêt du 17 février 2003 de la chambre de contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême, paragraphes 14-16, EST-2003-2-002 (CODICES)). Dans un autre arrêt, la Cour suprême d'Estonie a considéré que le fait qu'une procédure pour l'exécution d'une obligation substantielle n'avait pas été assortie d'une procédure permettant d'obliger le débiteur à remplir son obligation n'entraînait pas une violation du droit à la bonne administration (arrêt du 20 octobre 2009 de la chambre de contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême, EST-2010-1-002). Voir aussi le cas de la Pologne, où le Tribunal constitutionnel a considéré que les obligations des organes de l'autorité publique constituant la base et la norme de la « bonne administration » découlent de l'Etat de droit constitutionnel et du principe de légalité. Pour autant, cela ne signifie pas que le citoyen a un droit constitutionnel à une bonne administration entendu comme un droit procédural pouvant donner lieu à une procédure administrative similaire à une procédure judiciaire, dans laquelle le citoyen jouit de garanties étendues (décision du Tribunal constitutionnel polonais du 12 mars 2007, réf. n°K 54/05). Dans plusieurs de ses arrêts, la Cour constitutionnelle de Belgique se réfère au principe de bonne administration lu conjointement avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

- la prévisibilité ;
- l'Etat de droit ;
- la cohérence ;
- l'équité ;
- le comportement éthique ;
- la lutte contre la corruption ;
- la conclusion des procédures dans des délais raisonnables ;
- la protection des droits de l'homme ;
- la simplification des procédures.

69. La responsabilité, la transparence et la participation sont les trois éléments le plus souvent mentionnés, mais ils semblent avoir des significations différentes selon le contexte où ils sont utilisés.

70. Les points de vue divergent notamment sur la question de la nature de la bonne gouvernance, à savoir s'il s'agit d'un moyen pour parvenir à un certain but, par exemple la protection des droits de l'homme, ou si elle est une fin en soi. Cette question est étroitement liée à cette autre : la bonne gouvernance inclut-elle la démocratie, l'Etat de droit ou la protection des droits de l'homme, ou a-t-elle une existence distincte ?

71. Pour ce qui concerne la « bonne administration », ce terme semble renvoyer à certains des droits énoncés dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Certains des éléments mentionnés sont par exemple :

- l'impartialité ;
- l'équité ;
- la conclusion des procédures dans des délais raisonnables ;
- la sécurité juridique ;
- la proportionnalité, la non-discrimination ;
- le droit d'être entendu ;
- l'effectivité ;
- l'efficience.

72. La bonne administration va cependant, de multiples points de vue, au-delà du champ de l'article 6 de la CEDH, notamment en termes d'infrastructures et de mentalités. Les Etats doivent en particulier respecter certaines obligations en matière d'organisation, afin de répondre aux besoins du public. Ces obligations ne peuvent pas toujours se traduire en termes juridiques car elles nécessiteraient des dispositions concrètes garantissant la proximité et l'accessibilité des services administratifs. Par exemple, l'emplacement des services et leurs heures d'ouverture sont plus facilement perçus comme des signes de bonne administration que ne le sont des dispositions législatives ou réglementaires. La bonne administration exige aussi que les fonctionnaires remplissent leurs fonctions à la fois dans l'intérêt de la collectivité et dans celui des personnes dont ils s'occupent, et la formation des fonctionnaires est à cet égard indispensable.

73. Ces dernières années, de nouveaux instruments ont contribué à codifier la bonne administration tant au niveau de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe. Les législations et les jurisprudences nationales ont aussi confirmé cette évolution.

74. La bonne administration est reconnue comme un principe juridique et même comme un droit dans de nombreux contextes. Le droit à la bonne administration ne doit cependant pas être considéré comme un droit exécutoire en lui-même : il doit en effet être détaillé dans un ensemble de droits et d'obligations plus concrets, et seuls ces droits et obligations ont le caractère de droits individuels que chaque citoyen peut opposer à l'administration.

75. La bonne administration signifie que les mécanismes procéduraux sont aussi importants que les résultats : ils font eux-mêmes partie intégrante du droit à une bonne administration. Le mode d'action de l'administration est indissociable du contenu de son action. Le droit à une bonne administration inclut donc des principes fondamentaux et des garanties de procédure. Au-delà de son caractère juridique, la bonne administration requiert aussi que des mesures soient prises pour (ré-)organiser l'administration, encourager certains comportements et faciliter la formation des fonctionnaires.

76. Au vu de ce qui précède, la Commission de Venise considère que le concept de bonne gouvernance peut être une référence utile, en particulier dans les Etats en transition, à la condition qu'il ne soit pas utilisé pour affaiblir les obligations essentielles en matière de démocratie, d'Etat de droit et de droits de l'homme. En ce sens, la bonne gouvernance ne peut exister que dans des sociétés dotées d'institutions et de processus démocratiques respectueux de la transparence et de la responsabilité, et où les autorités appliquent l'ensemble des droits de l'homme. Toutefois, l'absence de consensus sur le contenu exact du concept de bonne gouvernance, y compris au sein du Conseil de l'Europe, combinée avec le caractère non juridique du concept et le fait qu'il est pratiquement absent au niveau national, entraîne qu'il est difficile de faire de la bonne gouvernance un principe opérationnel.

77. Une utilisation plus homogène du concept de bonne gouvernance au sein du Conseil de l'Europe, qui pourrait favoriser l'élaboration d'une définition du terme, pourrait être une avancée utile, et la Commission de Venise est disposée à apporter son assistance à ce sujet. Dans tous les cas, la bonne administration doit demeurer un principe essentiel trouvant une expression dans un ensemble de droits et d'obligations spécifiques, et des efforts doivent être déployés dans les Etats membres du Conseil de l'Europe pour promouvoir ce principe.

ANNEXE I

EXIGENCES POUR LA BONNE GOUVERNANCE DU POINT DE VUE DES DROITS DE L'HOMME

Note d'Asbjørn EIDE
Professeur émérite, Centre norvégien pour les droits de l'homme

Comme le montre l'étude ci-dessus, il n'existe pas de définition de la « bonne gouvernance » qui soit universellement acceptée. L'intérêt actuel pour ce concept semble avoir pour origine celui de la Banque mondiale et des autres institutions financières, dont la préoccupation première était de garantir que les gouvernements deviennent des institutions fiables en vue d'une croissance durable. La Banque mondiale s'est intéressée initialement à quatre aspects : la bonne gestion du secteur public ; un cadre juridique fiable pour le développement (prévisibilité, Etat de droit, respect de la propriété privée et investissements) ; la responsabilité (vis-à-vis du public et des donateurs) ; la transparence et l'information. Bien que tous ces aspects de la bonne gouvernance soient effectivement souhaitables, il manque certains éléments importants, en particulier celui des droits de l'homme et ses nombreuses dimensions, ainsi qu'il est précisé ci-après. Cette omission de la dimension des droits de l'homme dans le concept de la Banque mondiale peut s'expliquer par ses Statuts (article IV, section 10), qui lui interdisent de prendre en considération des facteurs autres qu'économiques lorsqu'elle accorde des prêts.

De nombreux droits de l'homme concernent aussi évidemment des questions autres qu'économiques et doivent par conséquent être inclus dans un concept satisfaisant de bonne gouvernance. Ce fait est maintenant largement accepté, comme le montre par exemple la résolution 1060(1995) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe citée ci-dessus, où la démocratie et les droits de l'homme sont les deux premiers éléments mentionnés, sans indiquer toutefois précisément quelles sont les exigences pour la bonne gouvernance du point de vue des droits de l'homme.

La présente note examine et décrit le lien qui existe entre démocratie et droits de l'homme. Elle a pour point de départ l'idée que la meilleure gouvernance est celle qui applique et met en œuvre les droits de l'homme de manière optimale, en veillant à ce que toute personne placée sous la juridiction de l'Etat jouisse de la totalité des droits de l'homme. Les liens entre les droits de l'homme et la gouvernance incluent les exigences institutionnelles contenues dans les normes des droits de l'homme, et les obligations des Etats qui sont le corollaire nécessaire des droits contenus dans les instruments internationaux.

Responsabilité de l'Etat en matière de droits de l'homme : niveaux et nature des obligations

Tout droit d'une personne suppose qu'il existe ailleurs une obligation. Les normes des droits de l'homme prévoient que la mise en œuvre de ces droits incombe en premier lieu à l'Etat. La gouvernance doit par conséquent être organisée de manière à garantir une réalisation optimale des droits de l'homme pour toutes les personnes placées sous la juridiction de l'Etat. En outre, la gouvernance doit aussi faciliter la coopération des Etats pour le respect, la promotion et la protection des droits de l'homme dans d'autres pays et donc à l'échelle mondiale, ainsi qu'il apparaît par exemple dans l'extrait cité ci-dessus de l'Accord de partenariat de Cotonou entre les membres du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté européenne, adopté en 2000.

Les critères de la bonne gouvernance doivent porter sur les institutions et les processus (obligations de comportement), la participation (droits politiques et droits culturels) et les réalisations (obligations de résultat). La gouvernance démocratique, en termes de processus

politiques et d'institutions, est une garantie nécessaire mais non suffisante pour une pleine réalisation des droits de l'homme, qui entraîne à la fois des exigences concernant le processus de gouvernance et ses résultats. Même un Etat parfaitement démocratique, agissant suivant la volonté politique de la majorité de sa population, doit tenir compte des limites et obligations imposées par les droits de l'homme.

Chaque Etat membre de l'Organisation des Nations Unies a l'obligation générale, au titre de la Charte des Nations Unies, de promouvoir et protéger les droits de l'homme énoncés dans la Déclaration universelle, et ces obligations sont définies plus spécifiquement dans les divers instruments internationaux – mondiaux et régionaux – auxquels les Etats sont parties.

Exigences institutionnelles

Les doctrines constitutionnelles modernes de l'Etat reposent généralement sur une variante de la séparation institutionnelle entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Aucune disposition expresse du droit international n'oblige les Etats à se conformer à cette séparation des pouvoirs, mais certains éléments importants du système normatif des droits de l'homme, de manière implicite ou explicite, prônent en faveur de ce principe. L'existence de tribunaux indépendants est prévue expressément dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (les deux principales dispositions à cet égard étant l'article 14 du PIDCP et l'article 6 de la CEDH). Par ailleurs, le droit international des droits de l'homme repose sur la légalité : nombre de ses dispositions exigent un recours à la loi qui seule peut prémunir, par exemple, contre la privation illégitime de liberté ou les limitations arbitraires des libertés d'action. L'idée sous-jacente est que toute restriction des libertés et des droits individuels doit reposer sur des normes générales préexistantes. Par conséquent, il doit exister un corps législatif répondant aux exigences procédurales liées à l'élaboration des lois, et ce pouvoir législatif doit être distinct du pouvoir exécutif qui applique les lois et prend souvent l'initiative d'en proposer de nouvelles, mais qui ne peut pas adopter de normes générales.

On peut aussi montrer que les normes de droits de l'homme comportent une exigence de responsabilité financière et de transparence, ce qui a aussi une incidence sur l'agencement institutionnel. Il y a ainsi notamment une obligation de s'abstenir de toute pratique de corruption et de prévenir ces pratiques, et une responsabilité pour une allocation des ressources disponibles fondée sur les droits de l'homme. En vertu de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les Etats sont tenus d'agir, au maximum de leurs ressources disponibles, en vue de mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte. La corruption de l'Etat ou de ses agents est une violation directe des droits de l'homme puisqu'elle réduit les ressources disponibles. La transparence en matière financière est nécessaire pour pouvoir contrôler si les critères ont été respectés au moyen d'une utilisation appropriée des ressources disponibles.

Exigences en matière de participation

Les droits de l'homme comportent des exigences en matière de participation à l'exercice du pouvoir législatif et exécutif. Les dispositions essentielles à cet égard sont l'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 25 du PIDCP et (avec moins de détail) le Protocole n°1, article 3, de la CEDH. Ces dispositions reposent sur le principe d'une souveraineté de tout le peuple. Le présent chapitre n'a pas pour objet d'examiner de manière générale la portée du droit à la participation tel qu'il figure, expressément ou non, dans les instruments internationaux de droits de l'homme, mais on trouvera des éléments utiles sur cette question dans la résolution adoptée par la Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme à sa 55^e réunion, en 1999, qui affirmait un droit à la démocratie en tant qu'un des droits de l'homme et indiquait que « les droits à un mode de gouvernement démocratique incluent notamment les éléments suivants : (a) Les droits à la liberté d'opinion et d'expression, de pensée, de conscience et de religion, et d'association et de réunion pacifiques ; (b) Le droit

à la liberté de chercher, recevoir et répandre les informations et les idées par quelque moyen d'information que ce soit ; (c) La primauté du droit, y compris la protection juridique des droits, des intérêts et de la sécurité personnelle des citoyens, ainsi que l'équité dans l'administration de la justice et l'indépendance du pouvoir judiciaire ; (d) Le droit au suffrage universel et égal et à des procédures assurant la liberté de vote, ainsi qu'à des élections périodiques et libres ; (e) Le droit à la participation politique, y compris la possibilité égale pour tous les citoyens de se porter candidat ; (f) Des institutions gouvernementales transparentes et rendant des comptes ; (g) Le droit des citoyens de choisir leur système de gouvernement par des moyens constitutionnels ou d'autres moyens démocratiques ; (h) Le droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ; » (Résolution de la Commission des droits de l'homme 1999/57, paragraphe 2)

La Commission note également, dans cette même résolution, que la réalisation de tous les droits de l'homme - les droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, y compris le droit au développement - est indispensable au respect de la dignité humaine et au plein épanouissement de la personnalité humaine, et fait également partie de la vie démocratique (op. cit. paragraphe 3).

Obligations de conduite et de résultat et obligations de respect, de protection et de réalisation.

Ceci nous amène au troisième point important, outre les institutions et la participation. L'une des fonctions des normes de droits de l'homme est de définir des limites ou de fixer des orientations pour le processus de gouvernance : l'Etat et ses agents ne peuvent pas, dans le cadre de la gouvernance, avoir recours à la privation arbitraire de liberté, au refus de la liberté d'expression ou d'information ou à l'interdiction du droit d'association et de réunion. Une autre fonction des droits de l'homme est d'engager l'Etat à atteindre certains résultats : il doit garantir de bonnes conditions de santé générales dans la société en la préservant des risques de santé évitables ; l'Etat doit garantir l'accès à l'éducation pour tous et le droit de chacun à une assurance sociale ou à la sécurité sociale. La bonne gouvernance requiert qu'un Etat sache agir habilement pour trouver l'équilibre adéquat entre le respect des libertés de sa population et la garantie des résultats qu'exigent de sa part les principes des droits de l'homme.

Au vu de l'évolution des pratiques au niveau international, il existe aujourd'hui un large consensus autour de l'idée que les droits de l'homme font peser trois types ou niveaux d'obligations sur les Etats parties : les obligations de respect, de protection et de réalisation. Ces dernières recouvrent elles-mêmes une obligation de faciliter et une obligation de mettre à disposition.

Ces obligations s'appliquent à toutes les catégories de droits de l'homme, mais avec des priorités variables : pour certains droits civils, la préoccupation principale est l'obligation de respect, tandis que pour certains droits économiques et sociaux, les dimensions de la protection et de la mise à disposition priment sur toutes les autres. Quoi qu'il en soit, ces trois obligations des Etats – de respect, de protection et de réalisation – s'appliquent à l'ensemble du système des droits de l'homme et doivent par conséquent être prises en compte dans notre compréhension de ce que serait la bonne gouvernance du point de vue des droits de l'homme.

Les Etats doivent, en premier lieu, respecter l'intégrité et la liberté des individus, leur liberté d'action, l'utilisation de leurs propres ressources, la liberté de trouver un emploi librement choisi ou accepté et la liberté de prendre les mesures nécessaires et d'utiliser les ressources nécessaires – seuls ou en association avec d'autres – pour répondre à leurs besoins individuels.

Les obligations de l'Etat en matière de protection consistent à protéger l'intégrité et la liberté d'action des individus, y compris l'utilisation de leurs propres ressources, vis-à-vis d'autres acteurs plus offensifs ou plus affirmés, à protéger les enfants contre les mauvais traitements ou l'exploitation, à protéger les femmes contre les violences ou encore à protéger contre les fraudes, les comportements non conformes à l'éthique dans les relations commerciales et contractuelles et contre la commercialisation et le déversement de produits dangereux. Cette fonction de protection de l'Etat s'applique à la fois aux droits civils et aux droits économiques et sociaux.

Les Etats ont aussi des obligations de réalisation des droits de chacun, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels, sous la forme d'une facilitation et d'une mise à disposition directe. L'obligation de facilitation prend de multiples formes, dont certaines sont énoncées dans les instruments pertinents. Citons par exemple l'article premier de la Charte sociale européenne (relatif au droit au travail), en vertu duquel les Etats s'engagent à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs (paragraphe 3) et à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées (paragraphe 4). La mise en œuvre de ces obligations augmente les chances pour une personne d'obtenir un emploi librement choisi ou accepté.

L'obligation de réalisation sous la forme d'une mise à disposition consiste à proposer ce qui est nécessaire pour répondre à un besoin fondamental au moment opportun. On trouve des exemples de l'obligation de réalisation dans la Charte sociale européenne, notamment dans son article 12 (Droit à la sécurité sociale) et son article 13 (Droit à l'assistance sociale et médicale).

Conclusion.

Bien que l'objectif ne soit pas ici de proposer une définition exacte de la bonne gouvernance, on peut toutefois avancer les éléments suivants : la bonne gouvernance existe dans les sociétés dotées d'institutions et de processus démocratiques respectueux de la transparence et de la responsabilité, et où les autorités appliquent l'ensemble des droits de l'homme.

ANNEXE II

LA NOTION DE BONNE GOUVERNANCE

Observations par Mme Gret HALLER (Membre, Suisse)

I. Introduction

1. Lors de sa 76^e Session plénière, la Commission a discuté le projet de rapport sur la notion de bonne gouvernance (CDL(2008)091 – ci-après « rapport »). Faute de temps pour élargir le débat, les membres de la Commission ont été priés d'être concis dans leurs interventions respectives et de présenter, s'ils le souhaitent, un avis écrit.

2. Le présent avis porte avant tout sur le champ de tension entre les structures de gouvernance et la démocratie. Il aboutit à la conclusion qu'il convient de s'interroger avec un très grand soin sur l'opportunité d'introduire ou d'appliquer la notion de bonne gouvernance dans les relations intérieures des Etats car cette notion porte en elle un potentiel de nivellement par le bas des normes démocratiques.

3. Le présent avis se borne à traiter de la notion de bonne gouvernance bien que le rapport évoque en introduction des documents de base concernant la différence entre la bonne gouvernance et la bonne administration. Le deuxième terme de la comparaison, la bonne administration, n'est abordé que lorsque des éléments des deux notions sont mis en parallèle si bien que le propos principal du rapport porte essentiellement sur la bonne gouvernance.

II. Les droits de l'homme et la démocratie

4. Dans une première partie, le projet de rapport récapitule les différents emplois de la notion de gouvernance au niveau international et national. Dans sa partie finale (V), il ajoute à la notion de bonne gouvernance un élément, celui des droits de l'homme. Mais il est encore un autre élément qui doit être mis en rapport avec la notion de bonne gouvernance : c'est la notion de démocratie. On ne peut pas partir du principe que les exigences démocratiques sont intrinsèques à l'élément des droits de l'homme. L'existence d'un « droit de l'homme à la démocratie » n'est pas sans être contesté et diverses théories aboutissent à la conclusion qu'il faut y souscrire ou bien, au contraire, qu'il faut s'y opposer. On ne s'arrêtera pas ici sur ces théories.

5. On va plutôt s'employer à apporter un éclairage suffisant sur le champ de tension entre les notions de bonne gouvernance et de démocratie pour arriver à dire comment cette première notion pourrait être utilisée et pour montrer où pourraient résider les dangers de son emploi. Dans un premier temps, on laissera de côté la notion de « bonne » gouvernance pour se référer à la notion de gouvernance en tant que telle. Le champ de tension avec la démocratie est bien évoqué dans le rapport (chiffre 51), mais celui-ci porte avant tout sur l'élément supplémentaire des droits de l'homme.

III. Origine de l'élaboration du concept de gouvernance

6. Comme l'explique le rapport, le concept de gouvernance a d'abord été élaboré par la Banque mondiale, dans l'intention de trouver des critères applicables à l'octroi de prêts. D'autres organisations internationales ayant adopté ce concept, il paraît important de ne pas perdre de vue le contexte de sa genèse.

1. Eléments de la bonne gouvernance

7. On va tout d'abord passer en revue une sélection d'éléments constitutifs de ce concept qui, jusqu'à un certain point, sont importants pour la démocratie. Il ne s'agit donc pas d'une énumération exhaustive, mais bien d'une illustration.

a) Perspective extérieure

8. A la base, les critères de la gouvernance reposent sur une perspective exclusivement extérieure, qui observe et évalue du dehors. Cette perspective extérieure apportée par le concept de gouvernance est particulièrement importante si l'on pense au rapport entre ce concept et le concept de démocratie. A l'origine, la démocratie est l'exercice de la souveraineté par ceux qui y sont assujettis ; elle incarne donc la perspective intérieure. Il s'agit là d'une source intrinsèque de tension entre la notion de démocratie et la notion de gouvernance.

9. Dans ce contexte, on comprend pourquoi la Banque mondiale a élaboré la notion artificielle de gouvernance au lieu de recourir à celle de gouvernement. L'emploi de ce deuxième concept aurait été assimilé à une ingérence dans la souveraineté des Etats concernés. Il fallait néanmoins imposer aux Etats des conditions portant entre autres sur la conduite à tenir par le pouvoir exécutif. En employant la notion de gouvernance dans ce cas, la Banque mondiale recourait à une catégorie qui n'était pas différente de celle du gouvernement ; elle désignait bel et bien le gouvernement, mais sans avoir à utiliser cette notion. Or, bien que l'efficacité des institutions politiques fut évaluée d'un point de vue purement économique, cela pouvait avoir des conséquences pour l'ordre constitutionnel des Etats concernés.

b) Informalité

10. La Banque mondiale n'étant pas habilitée à intervenir formellement dans les Etats placés sous observation, elle a dû mettre au point des méthodes pour exercer une influence informelle. Les structures de gouvernance exercent une influence informelle, pas un pouvoir formel. Elles ne mettent pas en place une hiérarchie formelle sous la forme d'une législation contraignante (*hard law*), mais agissent à travers une réglementation non contraignante (*soft law*). Pourtant, cette influence ne se voulait pas plus faible qu'une influence formelle et, comme celle-là, elle pouvait avoir des conséquences visibles sur les hiérarchies. L'exercice de l'influence reposait sur la combinaison d'un pouvoir politique non formalisé au plan légal et d'une plausibilité (économique) rationnelle qui devait conduire l'Etat concerné à approuver le cas échéant des propositions très détaillées inscrites dans les contrats de prêt.

c) Participation d'acteurs privés

11. Dans la notion de gouvernance, les gouvernements étaient impliqués à l'égal d'autres acteurs privés des pays concernés. Les gouvernements ne bénéficiaient pas d'une place particulière mais étaient considérés comme un simple nœud du réseau, à l'instar des autres acteurs. La participation de la société civile était posée comme un postulat de départ au même titre que le dialogue avec les partenaires intéressés, le but étant d'obtenir la participation de tous les milieux concernés. A la question de la souveraineté est ainsi venue s'ajouter la question des tendances dans l'évolution de la conception de la démocratie. Aussi s'est-on interrogé assez rapidement sur le problème que pourraient poser les acteurs privés (personnes représentant des intérêts économiques ou non économiques) cherchant à s'arroger un statut de représentation démocratique.

d) Asymétrie des responsabilités

12. Par la suite, on a fait évoluer le concept de gouvernance afin de pouvoir exercer une influence à l'intérieur des Etats sur des domaines bien précis, d'une importance économique certaine. De ce point de vue, le fonctionnement de la collectivité politique était mis entre parenthèses dans la mesure où l'évaluation le faisait apparaître comme dénué de rôle économique. Les gouvernements assument cependant la responsabilité générale de tous les domaines politiques, même ceux qui ne jouent pas un rôle essentiellement économique. La mise en œuvre du concept de gouvernance a créé une dichotomie entre l'action et la responsabilité de l'action. Elle a fait naître une répartition asymétrique des compétences, dans laquelle les gouvernements des Etats restaient responsables de trouver un équilibre entre divers intérêts particuliers alors que certains de ces intérêts étaient dotés, au travers de l'action de la Banque mondiale, d'un porte-parole puissant qui imposait au gouvernement des limites dans l'exercice de ses responsabilités.

e) Logique de productivité

13. La notion de gouvernance telle que l'a élaborée la Banque mondiale repose sur une vision très spécifique des institutions publiques et de l'Etat en particulier, elle est fondée sur une logique de productivité ("*output*"). En effet les évaluations doivent aboutir à des résultats mesurables. Or, seule la production d'une organisation et de son activité était considérée comme mesurable. Ce critère, qui a été développé dans l'étude des institutions en sciences économiques d'abord pour les institutions du secteur privé avant d'être transposé aux institutions publiques, se fonde exclusivement sur la rationalité économique, comme la Banque mondiale le précisait elle-même expressément (cf. chiffre 30 du rapport).

2. Rapport avec la notion de démocratie

14. La Banque mondiale a élaboré le concept de gouvernance en partie pour aider les Etats qui n'avaient pas encore mis en place d'institutions différenciées. La mise en place d'institutions doit renforcer la démocratie alors qu'elle ne peut pas reposer sur des processus fonctionnant déjà de manière tout à fait démocratique.

15. Or, la notion de gouvernance élaborée par la Banque mondiale a largement négligé, voire fait reculer des aspects importants de la démocratie, ce qui n'était possible qu'en se plaçant dans la perspective extérieure évoquée plus haut. Le caractère informel de l'influence exercée de l'extérieur a empêché l'exercice d'une influence démocratique dans les relations intérieures. Des pans entiers de la réglementation ont été sortis de la sphère publique, sur laquelle une influence démocratique peut être exercée, et placés dans une zone d'accord contractuel à caractère privé : la combinaison d'un pouvoir politique non formalisé sur le plan légal et d'une plausibilité économique devait conduire les gouvernements à s'engager par voie contractuelle, même à l'encontre d'une éventuelle opposition reposant sur une base démocratique.

16. L'affaiblissement de l'influence démocratique a été favorisé également par la revalorisation des acteurs privés. L'asymétrie des responsabilités a contribué à ce que les gouvernements soient limités dans leur capacité d'assumer leur tâche d'équilibrage des intérêts particuliers, ce qui revient à faire reculer l'aspect démocratique.

17. Enfin, le fait que la notion de bonne gouvernance est axée sur une logique de productivité illustre particulièrement bien le champ de tension entre la démocratie et la bonne gouvernance. Dès lors que l'on procède à des évaluations fondées sur des critères de productivité, ces critères légitiment des réglementations auxquelles il est quasi impossible de s'opposer par des procédures démocratiques. L'« objectivité des chiffres »

soustrait les réglementations proposées au débat public nécessaire à l'exercice de la démocratie.

18. Les études PISA de l'OCDE offrent un bon exemple de ce phénomène dans l'espace européen : les conséquences qui en sont tirées concernent en général des lois et autres textes législatifs de niveau inférieur relevant de la politique de l'éducation. Mais l'ordre constitutionnel, et en particulier l'attribution des compétences, ont pu aussi subir le contrecoup de l'influence axée sur les résultats qu'exerce la Banque mondiale dans les Etats évalués, le caractère informel et extérieur de cette intervention empêchant l'exercice d'un contrôle démocratique sur ces questions.

IV. Développement de différentes notions de gouvernance

19. Comme l'explique le rapport, la notion de gouvernance élaborée par la Banque mondiale a été adoptée depuis longtemps par d'autres organisations et acteurs internationaux, qui l'ont adaptée à leurs besoins. En particulier, de nombreuses tentatives ont été conduites pour modifier cette notion en y faisant apparaître expressément l'élément démocratique, ce qu'illustrent les multiples exemples proposés dans le chapitre II du rapport. Néanmoins, la notion de gouvernance est toujours employée à l'heure actuelle dans sa forme d'origine, qui ne tient pas suffisamment compte de l'élément démocratique.

1. Le concept de gouvernance de l'Union européenne

20. Le concept de gouvernance de l'UE (évoqué dans le rapport, chiffres 12 ss) n'a pas été élaboré en visant les Etats membres, mais en visant les procédures institutionnalisées qui n'ont pas de parallèle direct dans les Etats membres. La notion de gouvernance se réfère en particulier à l'action de la Commission européenne, une action gouvernementale puisqu'elle consiste à définir les grandes orientations politiques bien qu'elle n'ait pas de fondement démocratique.

21. Le seul parallèle avec la démarche de la Banque mondiale tient au fait que l'on n'a pas voulu utiliser la notion de gouvernement car cela aurait soulevé la question de la souveraineté des Etats membres. Pour le reste, le contexte est diamétralement opposé à celui de la genèse de l'élaboration du concept par la Banque mondiale.

22. En ce qui concerne le concept de gouvernance de la Banque mondiale, on a décrit plus haut le phénomène par lequel des pans entiers de la réglementation ont été sortis de la sphère publique soumise à l'influence démocratique pour les absorber dans une zone d'accord contractuel à caractère privé. Ce phénomène d'exclusion de pans entiers de la réglementation de la sphère publique nationale soumise à l'influence démocratique peut certes se produire dans les Etats membres de l'UE, mais le contexte est tout autre. D'une part, les Etats membres sont dotés de structures démocratiques très développées qui ont le pouvoir, sur le plan intérieur, d'assurer un contrôle démocratique de l'action du gouvernement et de l'administration au niveau communautaire. Or, le concept de gouvernance de l'UE ne s'oppose pas à ce contrôle.

23. D'autre part, une forte pression s'exerce en vue d'élargir les compétences du Parlement européen. Des élargissements ont effectivement été pratiqués depuis l'adoption du Livre blanc sur la gouvernance européenne et l'entrée en vigueur de la Constitution européenne les aurait renforcés. Or, le concept de gouvernance de l'UE n'est pas non plus opposé à ce processus.

24. Fondamentalement, le concept de gouvernance élaboré par l'UE tend donc à se rapprocher du concept traditionnel d'action gouvernementale assujettie au contrôle démocratique, même si ce processus de rapprochement est très lent (cf. Christoph Möllers, *European Governance: Meaning and Value of a Concept*, *Common Market Law Review* 6/2006, p.313-336).

2. Les concepts de gouvernance appliqués à la juridicisation transnationale

25. Phénomène incontournable aujourd'hui, la juridicisation transnationale couvre un large spectre. Les traités conclus entre Etats ont instauré un droit international ou supranational formel et les organisations et agences internationales qui ont été créées développent ce droit. La juridicisation transnationale découle également du travail des tribunaux et organes arbitraux internationaux ainsi que des accords informels conclus entre groupes d'experts. Enfin, la juridicisation internationale est alimentée par les accords entre particuliers, qui peuvent être élaborés en collaboration avec des experts nommés entre autres par des organismes internationaux (pour ne prendre que quelques exemples éloquentes). La juridicisation transnationale est une condition de la gouvernance mondiale (*global governance*), mais c'est aussi le résultat du processus désigné par la notion de gouvernance mondiale.

26. Contrairement aux concepts de gouvernance développés par la Banque mondiale, d'une part, et par l'Union européenne, d'autre part, la gouvernance dans le contexte transnational ne désigne pas un phénomène que l'on pourrait, le cas échéant, qualifier également de gouvernement. Il lui manque en effet, par rapport aux critères énoncés par la Banque mondiale lorsqu'elle a élaboré le concept à l'origine, l'élément de la perspective purement extérieure. Cet élément n'est cependant pas totalement absent : lorsqu'elles se réclament de la gouvernance, les communautés internationales restent dans leur logique d'institutionnaliser des structures leur permettant d'obtenir une évaluation extérieure de leurs propres performances ou des performances d'autres Etats.

27. L'implication d'acteurs privés est également une caractéristique des structures de gouvernance dans le contexte de la juridicisation transnationale. Il y a là un danger particulièrement important de voir des acteurs privés obtenir un statut de représentation démocratique. Dans les jeunes démocraties ou dans les Etats où les institutions démocratiques sont encore en cours de construction, l'asymétrie des responsabilités prend une plus grande acuité dans le contexte de la juridicisation transnationale : ces Etats ne peuvent pas opposer à la pression exercée de l'extérieur, de manière informelle mais non moins forte, une pression intérieure reposant sur une base démocratique suffisamment solide. Enfin, l'importance centrale donnée à la productivité joue également un rôle dans le processus de juridicisation transnationale, comme le montrent les critères appliqués par l'OMC ou l'OCDE par exemple.

28. C'est surtout l'élément de l'informalité présent dans les notions de gouvernance utilisées dans le processus de juridicisation transnationale qui a des conséquences problématiques, comme on va le voir à l'aide de quelques exemples. En Europe, il n'existait pas de compétence communautaire pour uniformiser les diplômes universitaires ; ce sont donc les experts délégués par les Etats européens pour les représenter dans le processus de Bologne qui ont conclu un accord informel d'uniformisation, contournant ainsi en partie le processus démocratique de formation de l'opinion. L'ONU n'a pas le pouvoir de poursuivre pénalement les personnes soupçonnées de complicité de terrorisme ; elle fait donc figurer leur nom sur des listes informelles qui sont communiquées aux Etats membres. Dernier exemple, faute de compétences formelles, les autorités nationales de surveillance des banques se sont unies depuis des années au sein d'une coordination transnationale, une structure qui n'a jamais été approuvée démocratiquement.

3. La notion de gouvernance démocratique

29. Dans le cadre des efforts faits pour démocratiser la notion de gouvernance, on parle parfois d'un « droit émergent à la gouvernance démocratique ». Comme évoqué plus haut, il n'est pas possible de s'interroger ici sur la question de savoir s'il est judicieux ou non de définir la notion de gouvernance démocratique en la formulant comme un droit fondamental. Mais le concept même de gouvernance démocratique est contesté. Ses partisans y voient une opportunité pour développer les processus démocratiques dans le monde tandis que ses détracteurs mettent en avant les éléments antidémocratiques qui sont inhérents à cette notion depuis son apparition et qui, selon eux, ne pourraient pas être compensés par l'octroi de nouveaux attributs à caractère démocratique.

30. Quand on réfléchit à la notion de gouvernance démocratique, il faut également se demander pourquoi l'on n'utilise pas tout simplement la notion de démocratie. En d'autres termes, quelle est la différence entre la gouvernance démocratique et la démocratie ? On a montré comment différents acteurs avaient recouru au concept de gouvernance pour éviter d'employer la notion de gouvernement parce que cela aurait soulevé des questions délicates concernant la souveraineté des Etats ou des Etats membres. La notion de gouvernement est liée à la souveraineté étatique et, dans les Etats démocratiques, à la souveraineté populaire. Si la gouvernance est une sorte de « gouvernement sans souveraineté », elle ne peut en aucun cas être associée à la souveraineté populaire. Dans ces conditions, accoler l'adjectif démocratique à la notion de gouvernance est sujet à caution.

V. La bonne gouvernance et la démocratie

31. Comme le dit clairement le rapport, il est impossible de donner une définition de la notion de bonne gouvernance. Cela est d'ailleurs illustré par le nombre de concepts énumérés dans le rapport alors même que la liste proposée est loin d'être exhaustive. Une confrontation normative entre cette notion et celle de démocratie permet de faire appel à la notion de démocratie comprise comme l'exercice de la souveraineté par ceux qui y sont assujettis. Dans ce contexte, l'expression de bonne gouvernance soulève en soi la question de savoir ce qu'il faut comprendre par « bon ».

1. Comment définir ce qui est « bon » ?

32. Cela fait des siècles, voire des millénaires, que l'on s'affronte autour de notions comme « vivre bien » ou « le bien public ». Avec l'avènement de la pensée démocratique, il est apparu qu'il fallait redéfinir régulièrement, dans le cadre d'un processus permanent, ouvert et démocratique, ce qui pouvait être qualifié de « bon » dans la *res publica*.

33. A contrario, la notion de bonne gouvernance semble reposer sur une conception a priori claire de ce qui est bon : cette conception donne lieu à un consensus qui est soustrait au débat démocratique et qui a donc un caractère pré-politique. Or, une conception pré-politique est la négation même de l'élément démocratique.

2. Fonction de compensation

34. Dans cette mesure, le fait de définir la bonne gouvernance à travers des concepts comme l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence (comme dans le Livre blanc de l'Union européenne sur la gouvernance européenne, cf. chiffre 16 du rapport) a une fonction de compensation. La définition peut fournir des indications sur la manière dont les processus démocratiques doivent être gérés ou sur les éléments auxquels il faut prêter une attention particulière lorsque l'on s'apprête à mettre en place des institutions démocratiques. Mais elle ne peut en aucun cas remplacer les processus

démocratiques. Le Sommet de Varsovie de 2005 en a d'ailleurs tenu compte puisqu'il évoque la démocratie et la bonne gouvernance de manière séparée (chiffre 5 du rapport).

35. On peut illustrer ce propos en prenant l'exemple de la notion de participation. Participer signifie prendre part au débat, mais pas aux décisions. Le droit de prendre part au débat peut être garanti aux acteurs les plus divers. Un processus de délibération peut être élargi à l'envi afin de faire entendre les intérêts les plus variés, même s'ils sont antagonistes. Mais s'il n'y a pas de décision formelle prise avec la participation de ceux qui sont impliqués dans la délibération, il ne s'agit pas d'un processus démocratique. Il n'y a pas plus de délibération sans démocratie que de démocratie sans délibération.

3. Conclusion

36. Il est indispensable d'avoir des structures de gouvernance dans le contexte transnational, faute de quoi la juridicisation de certains domaines ne pourra pas progresser. Or, il est clair que beaucoup de problèmes à venir ne pourront pas être traités sans structures juridiques transnationales. Mais même si l'on travaille avec des concepts et des structures de gouvernance et même si l'on fait évoluer ces concepts et ces structures en permanence, la question de la démocratie doit toujours rester ouverte.

37. Il n'est pas exclu que les concepts de gouvernance ne soient pas accessibles à une démocratisation allant plus loin qu'une ouverture purement participative et délibérative. La démocratie est une promesse dont la réalisation est une conquête. Il est d'autant plus important que le processus de conquête de la démocratie reste toujours ouvert. Pour cela, il faut désigner les structures de gouvernance pour ce qu'elles sont en réalité au lieu de les présenter, d'une manière ou d'une autre, comme un substitut suffisant aux processus démocratiques.

38. La question se pose différemment au niveau des Etats nationaux. Le rapport montre que la notion de bonne gouvernance est assez rarement utilisée dans les constitutions et les législations nationales (p. 8 ss). Cela n'a rien d'étonnant lorsque l'on connaît la genèse de cette notion. Malgré toutes les différences qui existent entre les notions de gouvernance de la Banque mondiale et de l'Union européenne, ces deux institutions très différentes en soi ont ceci en commun qu'elles ont l'une et l'autre recouru à cette notion de gouvernance issue de l'étude des institutions en sciences économiques pour la même raison, à savoir que la notion de gouvernement aurait soulevé des questions d'ingérence dans la souveraineté nationale des Etats. Il est clair que ce problème ne se pose pas dans les relations intérieures des Etats. La souveraineté étatique y est acquise et, dans les Etats démocratiques, elle se traduit par la souveraineté populaire.

39. Il convient donc de s'interroger avec un très grand soin sur l'opportunité d'introduire ou d'appliquer la notion de bonne gouvernance dans les relations intérieures des Etats. Même si la bonne gouvernance s'est émancipée du concept élaboré à l'origine par la Banque mondiale, elle présente encore une dimension axée sur l'informalité et sur la productivité; et le principe de l'implication d'intérêts privés qui lui est toujours intrinsèque peut faire apparaître la délibération participative comme un substitut valable aux processus démocratiques. La bonne gouvernance porte donc toujours en elle un potentiel de nivellement par le bas des normes démocratiques.

40. La nécessité effective de mettre au point des structures de gouvernance au niveau transnational a aussi, par contrecoup, des répercussions sur les Etats nationaux. La juridicisation transnationale est utile à plus d'un titre au citoyen de l'Etat national, mais celui-ci s'apercevra que le contrôle démocratique de cette juridicisation est en retard de plusieurs années ou décennies et qu'il ne se développe pas, ou très lentement seulement, dans certains domaines. Plus la juridicisation transnationale progressera, plus ce retard grandira.

Seule l'Union européenne connaît une dynamique de démocratisation du champ transnational, voire supranational, qui soit suffisamment forte pour faire front aux tendances d'érosion démocratique et créer les prémices d'un mouvement plus large. C'est là une raison de plus pour peser soigneusement le pour et le contre d'une introduction de la notion de bonne gouvernance dans les relations intérieures des Etats.

VI. Implications pour la Commission de Venise

41. La gouvernance n'est pas un concept juridique, mais une notion issue de l'étude des institutions en sciences économiques. Cela a été affirmé expressément à l'occasion de la discussion du rapport lors de la 76^e Session plénière. La notion de gouvernance suppose un cadre institutionnel qui privilégie certaines formes d'organisation. Comme il ne s'agit pas d'une notion juridique, la Commission pourrait prendre le parti de déclarer qu'elle n'a pas à se saisir de ce problème, du moins pas directement. Toutefois, la notion de gouvernance peut, selon la conception qui en est développée, avoir des répercussions sur la conception des structures administratives, sur l'ampleur de l'influence qui peut être exercée à travers les processus démocratiques et, de ce fait, sur l'ordre constitutionnel des Etats. Autant de questions qui sont au cœur du domaine de compétences de la Commission.

42. On pourrait discuter de la nécessité pour la Commission de prendre position sur la notion de bonne gouvernance. Mais si elle le fait, son engagement particulier envers « la démocratie par le droit » l'obligera à évoquer les dangers liés au nivellement vers le bas des normes démocratiques qui sont inhérents à cette notion.