

Droit souple, normes juridiques et sources du droit

Séminaire l'ACA-Europe

**Conseil d'Etat,
18 décembre 2013**

**Introduction de Jean-Marc Sauvé¹,
vice-président du Conseil d'Etat de France,
président de l'ACA-Europe**

Mes chers collègues,

Je suis heureux de vous accueillir aujourd'hui dans la salle de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, qui fut la salle du trône sous le roi Louis-Philippe Ier, avant le départ de celui-ci pour les Tuileries en 1831. Cette salle nous héberge aujourd'hui pour parler du droit souple, sous le regard du comte Bigot de Préameneu et du président Cambacérès, deux éminents rédacteurs respectivement du code civil et du code pénal. Je ne prononcerai de brefs propos

¹ Texte écrit en collaboration avec M. Olivier Fuchs, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat.

d'ouverture de ce séminaire qu'avec modestie et précaution, de peur de froisser ces deux grands hommes.

« Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite [...] Il faut, pour bien l'aimer, commencer par le mettre à nu »². Cette affirmation du doyen Carbonnier, dans sa préface à la première édition de son fameux *Flexible Droit* en 1969, a valeur de programme et peut servir de fil rouge à ce séminaire.

« L'absolu de la ligne droite » dont parle le doyen Carbonnier, c'est l'image que l'on se fait parfois du droit, lorsqu'on le connaît peu : contrainte et sévérité seraient son apanage – comme l'illustre par exemple l'aphorisme *Dura lex sed lex*. Cet absolu en fait n'existe pas, on le sait ; car les chemins du droit sont « sinueux, capricieux, incertains »³ ; car notre expérience nous montre souvent un droit « dormant et s'éclipsant, changeant [...] et souvent refusant le changement »⁴, un droit à géométrie variable et à temporalités mouvantes.

Traiter du droit souple suppose aussi de « mettre le droit à nu » en le débarrassant de certains de ses oripeaux ou, tout au moins, en s'attachant à repenser certains de ses cadres conceptuels traditionnels, notamment celui de force normative ou encore, plus généralement, de règle de droit. Le Conseil

² J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 8.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

d'Etat de France s'y est attaché dans son étude annuelle pour 2013. Les travaux d'aujourd'hui permettront d'enrichir encore cette perspective et je m'en réjouis.

1. Droit souple – l'expression semble assembler deux termes contradictoires. Il faut en effet **dépasser**, pour comprendre le phénomène du droit souple, **l'ambiguïté selon laquelle le droit serait caractérisé par la contrainte**. On touche ici, si l'on me permet de faire un appel aux catégories psychanalytiques, au *surmoi* des juristes, c'est-à-dire au poids démesuré que revêt la contrainte dans l'inconscient juridique.

Kelsen a parfaitement exprimé cette conviction dans les premières pages de sa *Théorie pure du droit* : le droit est, pour le maître autrichien, « un ordre de contrainte »⁵, et c'est cette caractéristique qui le distingue des autres ordres sociaux⁶. En cela, il soutient que cet ordre prescrit « certaines conduites humaines en attachant aux conduites opposées des actes de contrainte qui sont dirigés contre ceux qui les adopteraient »⁷.

⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, trad. C. Eisenmann, p. 46.

⁶ « En tant qu'ordre de contrainte, le droit se distingue d'autres ordres sociaux. L'élément de la contrainte, c'est-à-dire la circonstance que l'acte institué par l'ordre comme conséquence d'une situation considérée comme socialement nuisible doit être réalisé même contre le gré de l'individu qu'elle doit atteindre et, en cas de résistance, par l'emploi de la force physique, — voilà le critérium décisif » (*Ibid.*, p. 48).

⁷ *Ibid.*, p. 46.

De cette affirmation – le droit comme ordre de contrainte –, la théorie du droit est aujourd’hui revenue⁸. Le professeur Denys de Béchillon propose ainsi de définir le droit, sans se référer à l’idée de contrainte, par les éléments suivants : « l’*instrumentum* de l’acte juridique est le support [...] au travers duquel s’exprime une proposition (le *negotium*) dont la signification peut être, soit une norme prescriptive ‘dure’, si l’on peut y identifier un élément impératif catégorique, soit une prescription ‘douce’, si sa composante impérative reste conditionnelle [...] La proposition tendra toujours à une direction [...] de la conduite humaine »⁹.

Penser le droit souple suppose donc de s’affranchir de cadres conceptuels bien ancrés, au premier rang desquels celui de contrainte. Cela permet, en retour, de s’interroger sur ce qu’est le droit et sur la notion de normativité.

2. Ces interrogations sont d’autant plus nécessaires que **le droit souple est omniprésent**. Les personnes publiques, notamment, en sont de grandes émettrices et utilisatrices, alors même qu’elles disposent bien souvent d’instruments de droit dur – comme la loi ou le règlement – pour atteindre leurs buts. Il suffit, pour s’en convaincre, de porter attention aux nombreuses circulaires, chartes, documents-cadres, guides, recommandations, déclarations,

⁸ En s’appuyant sur plusieurs arguments. La contrainte, tout d’abord, n’est pas l’apanage que des seuls systèmes juridiques – d’autres ordres, économiques ou religieux par exemple, la connaissent. Ensuite, une norme juridique ne cesse pas de l’être lorsqu’elle n’est pas respectée. Intellectuellement encore, il est difficile de penser que la sanction fonde l’obligation, alors que l’obligation préexiste nécessairement à la sanction de celle-ci.

⁹ D. de Béchillon, *Qu’est-ce qu’une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

compromis, contrats d'objectifs et de moyens ou encore lignes directrices, qui forment la vie quotidienne de l'administration, mais aussi des entreprises et des citoyens.

3. Omniprésent, le droit souple peut être **défini selon trois critères cumulatifs** – c'est ainsi qu'il l'est dans l'étude annuelle du Conseil d'Etat¹⁰. Le droit souple, d'abord, a pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de ses destinataires et, en cela, poursuit le même objectif que le droit dur. Les instruments de droit souple, ensuite, présentent un mode d'élaboration et un contenu dont la formalisation et la structuration les apparentent aux règles de droit. Ce critère permet en particulier de distinguer droit et non-droit. Enfin, les normes de droit souple ne créent pas, par elles-mêmes, de droits ou d'obligations pour leurs destinataires.

Ce dernier critère est essentiel en ce qu'il permet de faire la différence entre droit dur et droit souple. Il permet aussi de penser une **échelle de la normativité**. Les règles de droit ne sont pas soit obligatoires, soit non obligatoires : leur normativité apparaît bien plus comme graduée, c'est-à-dire qu'elles ont des effets juridiques diversifiés qui n'équivalent pas nécessairement à une obligation pleine et franche.

¹⁰ *Op. cit.*, sp. p. 61 et s.

4. Les **tables rondes** qui rythmeront notre journée permettront de donner un éclairage sur de nombreux points.

La première table ronde sera relative aux pratiques du droit souple sous le contrôle du juge. Comment le juge s'approprie-t-il les instruments de droit souple ? Il apparaît en effet que ce n'est pas parce que ces instruments ne sont pas revêtus d'une force obligatoire qu'ils sont dépourvus d'effets juridiques et qu'ils ne sont pas utiles au juge, par exemple comme standards d'interprétation de la règle de droit dur.

La deuxième table ronde traitera des fonctions, de l'efficacité et des risques du droit souple par rapport au droit dur. Je souhaite brièvement relever ici l'un des éléments les plus saillants : à une époque où sont dénoncés le trop-plein de normes et les excès de réglementation, le droit souple peut constituer un remède. En permettant d'élargir la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics comme des acteurs privés, il peut, en particulier, contribuer à la politique de simplification des normes et de qualité de la réglementation. Mais il faut aussi porter attention à des questions telles que la légitimité du droit souple. Pour être légitime, ce droit doit émaner d'un auteur compétent, être élaboré de manière transparente et réserver une place suffisante à l'ensemble des parties prenantes concernées. Quand il est élaboré par des acteurs privés, il ne doit pas

comporter de conséquences excessives sur les droits des tiers. Il faut aussi être attentif aux questions de sécurité juridique générées par le droit souple.

La troisième table ronde portera sur le droit souple, le droit de l'Union et la hiérarchie des normes. Elle permettra précisément de revenir sur l'omniprésence du droit souple, dans le cadre de l'Union et en dehors des frontières nationales. Elle examinera les effets de ce droit dans l'Union et la communauté internationale et, enfin, ses incidences sur notre conception de l'articulation entre les normes et les ordres juridiques.

5. Le droit souple demeure encore largement, non pas un inconnu, mais un impensé de nos systèmes juridiques que nos travaux permettront, j'en suis convaincu, de mieux cerner. Il permet d'introduire de la flexibilité dans les interstices de la norme traditionnelle, en aval ou à la place de celle-ci. En donnant un plus grand pouvoir d'initiative aux acteurs et, au-delà, plus de responsabilités, il contribue donc à « oxygéner » notre ordre juridique. En ce sens, le droit souple, c'est la respiration du droit. On l'aura compris, la conviction du Conseil d'Etat dans son étude annuelle, que je rejoins pleinement, est, comme le disait Sophocle, que « c'est le manque de souplesse, le plus souvent, qui nous fait trébucher »¹¹.

¹¹ *Antigone*.

6. Permettez-moi, au début de cette journée, de remercier non seulement les organisateurs de ce séminaire et, plus particulièrement, la section du rapport et des études du Conseil d'Etat, notamment son président, M. Christian Vigouroux, son rapporteur général, M. Jacky Richard et son rapporteur général adjoint, M. Laurent Cytermann. Je souhaite également remercier tous les intervenants des tables rondes ainsi que les personnes aujourd'hui présentes. Le dynamisme de l'ACA-Europe est aussi le fruit de votre participation.

Je souhaite que nos travaux soient pleinement fructueux et permettent de mieux éclairer encore ce qu'est le droit souple, ce qu'il représente dans nos systèmes juridiques et ce que peuvent être son apport, son utilité, ses risques aussi. Je cède, sans plus tarder, la parole au président de la première table ronde, le premier président Robert Andersen.