HAL
open science

“ L’ontologie du droit : droit souple c. droit dur ”

Xavier Magnon

To cite this version:

Xavier Magnon. “ L’ontologie du droit : droit souple c. droit dur ”. Revue française de droit constitutionnel, 2019, 120, pp.949-966. hal-02379392

HAL Id: hal-02379392

https://amu.hal.science/hal-02379392v1

Submitted on 25 Nov 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur

Xavier MAGNON
Professeur de droit public
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Sous un angle critique, il faut se féliciter de ce que l'apparition de concepts nouveaux amène à réinterroger des concepts anciens en mettant en évidence ce qui, dans ces derniers, pose – toujours ? - question. Tel est le cas du droit souple, droit mou, droit spontané, droit flou, droit gazeux… qui, en qualifiant de manière nouvelle le droit, à savoir le droit classique, « dur », « posé », interroge les éléments de définition du droit. Il ne faut pas s'y tromper : toutes ces expressions absorbent le terme droit, tout en transformant ou, du moins, en altérant la nature de celui-ci. Ce n'est alors que de manière négative, à travers ce que les nouvelles formes du droit modifient celui-ci dans sa vision classique, que se dessine le visage du droit. Plus précisément, chacune des différentes conceptions retenues de ce que nous qualifierons, ici, de manière générique de « droit mou », interroge les critères de définition du droit en général et incite à discuter de la pertinence, de la place et/ou de la mesure de ces différents critères. L'ambition de cette contribution consistera précisément à discuter de ces derniers et à mieux apprécier ce qu'est le droit à partir des prétendues nouvelles formes qu'il emprunte et ainsi, de manière consécutive, à mieux situer la singularité de ces prétendues nouvelles formes de droit.

Ces réflexions sur les nouvelles formes du droit témoignent également d'une volonté de connaissance de phénomènes normatifs contemporains qui semblent *a priori* échapper aux cadres traditionnels d'analyse du juriste : recommandations, lignes de conduite, déclaration d'intention, charte de conduite des entreprises… Autrement dit penser le « droit mou », c'est penser le droit et les nouvelles formes qu'il est susceptible de revêtir dans un monde post-moderne complexe et globalisé[1].

Derrière ce souci de connaissance, il faut sans doute également percevoir une certaine inquiétude de ce que le juriste aurait quelques difficultés à saisir les phénomènes sociaux contemporains ou, pour le moins, à faire entendre sa voix, face aux autres sciences sociales, dans l'analyse de ces phénomènes. De là, une volonté d'ancrer la réflexion du juriste dans le réel, ce qui n'est pas sans poser, dans le domaine juridique, de redoutables problèmes de détermination de l'objet d'étude du juriste. Cette tendance vise à orienter le regard du juriste là où se situe le « vrai » droit, les

---

[1] Nous nous permettrons d'éviter d'user ici du terme de « réflexif » qui semblerait participer d'un anthropomorphisme excessif et, pour être clair, impropre « le monde ne saurait être réflexif ».

A. Di Robilant envisage la « *soft law as the Product of Postmodern Legal Pluralism* (« *Genealogies of Soft Law* », *Am. J. Comp. L.*, Vol. 54, 2006, p. 545).

véritables règles, celles qui sont appliquées et non pas celles qui seraient dans les textes. La norme est à rechercher dans les comportements : l'efficacité devenant un critère de validité de la norme.

Les arrêts d'Assemblée du Conseil d'Etat du 21 mars 2016, *Société NC Numéricable* et *Fairvesta*, même s'il ne s'agit pas de doctrine universitaire[2] et qu'ils ne s'inscrivent que dans une approche contentieuse, témoignent de cette tendance. Le Conseil d'Etat a, en effet, jugé que « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir (…) lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »[3]. Les effets de l'acte justifient la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ; un acte peut être contesté, dès lors qu'il a produit des effets.

Il ne faut pas pour autant surestimer l'apport conceptuel de la réflexion autour du « droit mou » ou « droit souple », retenons ces deux expressions comme génériques de toute la catégorie, quels que soient les qualificatifs[4]. Le plus souvent, cette réflexion se déploie sans définition précise du droit, ce qui amenuise de manière significative la construction d'un concept nouveau alors que l'un des deux termes n'est pas défini. De plus, elle mobilise des caractéristiques très diverses ne révélant que de manière très incertaine ce qu'est le droit mou. L'indétermination sémantique porte aussi bien sur le concept même de droit, que sur les concepts qui témoignent des nouvelles figures qu'il emprunte. Elle s'inscrit d'ailleurs dans un mouvement plus général qui, sur le droit en particulier mais également plus généralement sur les concepts utilisés en droit, rejette la nécessité de définir.

Selon cette même perspective, la diversité des positions doctrinales existantes sur les concepts juridiques témoignerait de la relativité de chacun d'entre eux et rendrait donc vaine et inutile toute tentative de définition précise, d'autant plus qu'une telle tentative empêcherait de penser les véritables questions qui sont posées. A quoi bon définir le droit, quand, aujourd'hui, se développe une nouvelle forme de droit, le droit souple. Il faudrait penser ce dernier phénomène, actuel, le droit souple, sans s'attarder sur le premier, ancien et inépuisable, le droit ; essayer de résoudre la question de ce qu'est le droit empêcherait de penser le droit souple. La réflexion devrait avancer au nom du pragmatisme pour ne jamais laisser échapper les nouvelles formes que l'objet serait en train de prendre. Définir participerait d'une démarche dogmatique, dans le sens péjoratif du terme, d'autolimitation, voire de fermeture vis-à-vis des phénomènes observés. La définition serait un obstacle à la connaissance, alors pourtant qu'elle en est la condition même et première.

---

2 Les rapports du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La documentation française, 2013, 297 p.

3 CE, Ass., 16 mai 2016, *Sociétés Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europe AG, Fairvesta Europe AG II et Fairvesta Vermögensverwaltung International AG*, n° 368082, cons. 4 ; Ass., 16 mai 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, cons. 5.

4 Même si nous ne retenons qu'une seule expression, les différentes formulations « droit souple », « droit mou », « droit gazeux » recouvrent en général des situations différentes. VOIR THESE B. LAVERGNE. Les éléments de définition de chacune de ces catégories ne s'en retrouveront pas moins dans ce qui sera proposé pour les caractériser.

Pourtant, il faut rappeler que, grâce aux définitions, l'on identifie et l'on classe, ce qui renvoie à la question de la connaissance en général et à des questions d'identification et de délimitation de ses objets de connaissance. Sans définition, tout peut être étudié, mais rien ne le sera vraiment. La définition permet de mieux connaître ce que l'on observe, en identifiant son objet et l'étendue de son domaine d'étude. Cette double dimension de la définition, identification et délimitation de son objet d'étude, présente une acuité tout particulière avec le droit mou : si le droit mou n'est pas du droit ou, s'il existe des phénomènes normatifs qui ne sont pas du droit, le juriste doit-il les écarter de son domaine d'étude ou, au contraire, s'en nourrir dès lors que l'analyse de ces objets normatifs non juridiques éclaire sur le phénomène juridique ? Est-ce que le cadre d'analyse conduit de manière déterminante à exclure des objets de connaissance ou, seulement, à situer les objets de connaissance ? L'étude du droit exclut-elle l'analyse de phénomènes normatifs non juridique ou autorise-t-elle, une fois ces objets qualifiés de non juridiques, leur étude dès lors que celle-ci est pertinente dans l'étude du droit ? Il est clair que posée en ces termes, la question paraît implicitement résolue. La définition du droit permet de singulariser le droit d'autres phénomènes normatifs. Ces derniers doivent être d'autant plus étudiés qu'ils permettent de mettre en évidence la singularité du droit. Connaître les différents visages de la normativité éclaire d'autant mieux la singularité du phénomène normatif juridique.

Il n'en reste pas moins que, face à l'indétermination conceptuelle autour du droit mou[5], c'est dans ses illustrations pratiques que le droit mou prend toute sa mesure à la fois dans sa visibilité et sa nouveauté-singularité, du moins immédiate : « codes de conduite privés », codifications privées, avis, recommandations, chartes de bonne conduite, mises en garde et prises de position des autorités administratives indépendantes, livres vert, jaune, rouge, noir et blanc de la Commission européenne, lois mémorielles, déclarations protocolaires, résolutions, communications, recommandations, chartes, programmes, déclarations d'intention, *guidelines*, principes et autres positions prises en commun ou encore, accords adoptés par les États, communiqués, déclarations, conclusions, accords informels, opinions, actes, accords inter – institutionnels, concertations et accords de nature purement politique…

Au-delà des illustrations, et malgré le flou sémantique déjà évoqué, l'identification lexicale de ce qu'est le droit mou, dans ses différentes acceptions, permet de mettre en évidence les différents critères susceptibles de définir le *droit* et de mesurer en quoi, sur chacun de ces critères, le *mou* du droit se révélerait. Autrement dit, une synthèse des éléments caractéristiques du droit mou renvoie aux critères classiques, même s'il faudra s'entendre sur ce qui caractérise ce classicisme, de la définition du droit. Point de révolution donc dans le droit mou, mais un renvoi aux critères, classiques, de définition du droit, la discussion portant ensuite sur la pertinence de chacun d'entre eux ou sur la manière de les appréhender pour saisir le phénomène du droit mou.

---

5 Voir, en particulier : A. Di Robilant, « *Genealogies of Soft Law* », *précit.*, p. 500.

Parmi les différents éléments mis en évidence comme étant caractéristiques du droit mou, certains ne relèvent pas de critères d'identification mais plutôt des finalités ou des fonctions (poétiques) du droit mou. Ainsi, face à la *force contraignante* du droit, le droit souple se singulariserait par sa *force recommandatoire*, sa *force symbolique* et sa *force de persuasion*[6]. Reprenant et prolongeant la distinction de Hart sur les règles primaires et les règles secondaires[7], le droit souple témoignerait de l'existence de *règles ternaires* « destinées à assurer la connaissance et la compréhension des règles primaires et secondaires »[8]. Si le droit a « deux fonctions de tracé et de mesure », ces deux fonctions sont dissociées avec le droit souple qui apparait soit comme un « *simple instrument de tracé* », soit comme « *instrument de pure mesure* »[9]. Le droit souple reposerait encore sur l'adhésion de ses destinataires[10] quand le droit serait imposé d'en haut. Ces éléments mériteraient d'être discutés dans le cadre d'une étude sur les finalités et les fonctions du droit classique, et sans doute n'y aurait-il d'ailleurs que peu de différences entre le droit souple et le droit dur, mais ils ne semblent pas ici devoir trouver sa place dans un logique de définition et d'identification du droit souple.

Sous ce dernier angle, ce sont des éléments d'ordre formel qui méritent d'être en évidence. De manière synthétiques, six éléments de singularité du droit mou, toujours présentés comme l'éloignant de ce que serait le « droit », méritent d'être mis en évidence :

- l'absence de caractère « obligatoire »[11] dans le sens où la norme ne doit pas être respectée par ses destinataires, ce qui renvoie aux effets qu'une norme fait produire à une autre norme (*caractère obligatoire*) ;
- le défaut de caractère « contraignant » ou le faible degré contraignant[12] ou encore l'absence de création de « droits et obligations »[13], ce qui renvoie aux qualités des énoncés normatifs (*contrainte*) ;
- un mode de production traduisant un « lien plus étroit entre émetteurs de la règle et ses destinataires »[14] (*mode de production*) ;

---

6 C. Thibierge, « Rapport de synthèse », in *Le droit souple*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, tome XIII, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 153

7 Voir su cette distinction : H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par M. Van De Kerchove, avec la collaboration de J. Van Drooghenbroeck et R. Celis, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 119 et s., § 92 à 96.

8 M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 13.

9 C. Thibierge, « Rapport de synthèse », *précit.*, p. 151.

10 M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », *précit.*, p. 11.

11 Voir, par exemple : « *Soft Law* », in *Dictionnaire du droit international public*, sous la direction de J. Salmon, Bruylant, 2000, p. 1039 ; B. Lavergne, *Recherche sur la* soft law *en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Droit public, 2011, p. 46.

12 Voir, par exemple, « *Soft Law* », in *Dictionnaire du droit international public*, sous la direction de J. Salmon, Bruylant, 2000, p. 1039 ; B. Lavergne, *Recherche sur la* soft law *en droit public français*, *op. cit.*, pp. 75 et s. ; J. Richard, « Et si le droit souple était l'avenir du droit dur ? », *Petites affiches*, 5 novembre 2013, n° 221, p. 4.

13 Voir, par exemple, E. Nicolas, M. Robineau, « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, n° 43, 21 Octobre 2013, doct. 1116, § 22.

- l'absence de sanction[15] (*sanction*) ;
- l'inscription « par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit », ce qui présuppose en l'occurrence que l'on est en présence de « droit mou » qui ressemble au « droit dur »[16] (*mode de production*) ;
- le caractère *sui generis* des actes qui les formalisent dans le sens où les actes ne sont pas prévus par le système juridique (*caractère sui generi*)[17].

Chacun de ces éléments marque la singularité du droit mou par rapport au droit. Pour des raisons d'ordre épistémologique, un autre élément doit être ajouté : l'*efficacité*. Si le droit mou apparaît comme un droit devant être étudié par les juristes, c'est précisément parce qu'il est efficace, parce qu'il modèle les comportements qu'il vise[18]. Il est en mesure de concurrencer le droit ou de produire les mêmes effets, sans présenter pourtant les mêmes qualités. Il apparaît ainsi comme un objet d'étude convoité et même indispensable.

Chacun de ces éléments mérite d'être restitué, explicité et resitué. Ils peuvent être regroupés autour de quatre critères : l'autorégulation du droit, les énoncés normatifs, la sanction et l'efficacité.

Le premier critère renvoie à la qualification de norme par une autre norme, à la question de l'*autorégulation du droit*, au fait que le droit règle sa propre production, et sans doute inscrivons nous ici, déjà, dans une certaine conception du droit. D'un point de vue juridique, une norme sera dépourvue de *caractère obligatoire*, si une autre norme la prive de ce caractère. Établir si une norme est obligatoire conduit à rechercher si une autre norme lui reconnait ce caractère. Tel est, par exemple, le cas de l'article 249 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui stipule que « les recommandations ou avis ne lient pas ». Le *mode de production* des normes se rattache également à l'autorégulation du droit dans la mesure où c'est toujours une norme qui établit les conditions de production d'une autre norme. Les conditions de production d'une norme et donc la procédure d'adoption d'une norme doit être recherchée dans une autre norme.

---

14 Voir, par exemple, M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », *précit.*, p. 9. Voir, également, dans le même sens, Rapport annuel CE, *op. cit.*, le droit souple a « pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion », p. 61.

Il conviendra de ranger ici le « droit spontané », défini comme étant « le droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe, le plus souvent particulier, pour répondre à leurs besoins », (P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, Recherches juridiques, 2002, p. 441).

15 Voir, par exemple, B. Lavergne, *Recherche sur la* soft law *en droit public français*, *op. cit.*, pp. 68 et s. ; J. Richard, « Et si le droit souple était l'avenir du droit dur ? », *précit.*, p. 4.

16 Voir Rapport annuel CE, *op. cit.*, p. 61 ; dans le même sens, T. Guzman et T. L. Meyer considèrent que la « *soft law consists of law-like promises or statements that fall short of hard law* » (« *International soft law* », *J. Legal Analysis*, Vol. 2, n° 1, 2010, p. 174).

17 B. Lavergne, *Recherche sur la* soft law *en droit public français*, *op. cit.*, pp. 52 et s., à propos des actes de l'UE hors nomenclature.

18 Voir, par exemple, J. Richard, « Et si le droit souple était l'avenir du droit dur ? », *précit.*, p. 4.

Doit encore être rangé dans la même catégorie, le *caractère sui generis* des actes adoptés. Si un organe habilité à produire du droit, le fait en dehors de toute habilitation, s'il produit des actes qui ne sont pas ceux que le droit lui permet d'adopter, il est bien question de qualification de droit par le droit. Tel est le cas, par exemple, de la Commission européenne qui adopte des actes, tels que les livres bleus, blancs ou verts, qui ne sont pas prévus dans les traités sur l'Union européenne.

La question de la *contrainte* renvoie, quant à elle, aux *énoncés prescriptifs* qui contiennent des normes et, plus exactement, à leur formulation et à la signification de ces énoncés. L'élément lié au *contenu et mode d'élaboration du droit souple*, qui se rapproche du droit, se rattache à la fois à cette question de formulation des énoncés et au mode de production du droit et donc à son autorégulation.

La *sanction* s'inscrit dans une réflexion classique dans le droit. L'une des caractéristiques du droit réside dans l'existence d'une sanction qui intervient en cas de non-respect des prescriptions qu'il édicte. La présence de la sanction ne résout pas pour autant toutes les questions qu'elle soulève. Quel type de sanction est-elle caractéristique du droit ? Le rejet par le groupe, la mise en œuvre d'une contrainte, l'intervention d'un juge sont-elles des sanctions qui permettent de caractériser le droit ? Dans quelle mesure la sanction est-elle nécessaire pour identifier du « droit » ? Faut-il que chaque norme puisse être sanctionnée, qu'elle soit effectivement sanctionnée ou que la sanction existe en général, sans être prévue pour la violation de chaque type de norme ?

Enfin, l'*efficacité* constitue-t-elle un élément de définition du droit. L'efficacité est-elle nécessaire pour identifier le droit en général, comme d'ailleurs le droit mou en particulier ? Cet élément apparaît en filigrane dans la justification de l'observation du droit. D'un point de vue méthodologique, il faudrait observer le droit mou parce qu'il est efficace. Ce critère d'efficacité est précisément celui retenu par le Conseil d'Etat pour admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les recommandations et autres actes des autorités de régulation.

Ces quatre éléments apparaissent nécessaires dans l'identification du droit même s'ils ne renvoient pas aux mêmes questions : certains relèvent de la normativité, d'autres de la juridicité. La normativité concerne les normes en général, quelle que soit leur nature : sociale, morale, religieuse, mafieuse et renvoie aux énoncés prescriptifs et à l'autorégulation. La juridicité marque la spécificité des normes juridiques et renvoie aux conditions de l'efficacité et de la sanction. Le droit mou éclaire sur les critères du droit et les met à l'épreuve afin de mieux mesurer leur place et leur étendue. Cette recherche s'appuiera sur les différents actes qualifiés par la doctrine de droit mou pour nourrir et illustrer la discussion portant sur ces critères. Ainsi situés, les éléments de définition du droit méritent d'être interrogés sous ces deux angles : *la normativité* (§ I) et *la juridicité* (§ II). Sans doute, certains pourront penser que cette question de la recherche des éléments de définition du droit demeure une question relative et que tout dépend des critères que l'on retient. L'étude du droit souple montre, en réalité, que les critères de définition du droit ne sont pas si nombreux, qu'ils apparaissent de manière constante dans les discussions et, qu'en définitive, tout

est une question de mesure. Remarquons, avec une mauvaise foi roborative non dissimulée, mais en ne s'appuyant pas moins sur une observation rigoureuse d'éléments empiriques objectifs, à savoir les écrits doctrinaux sur la *soft law*, que, dans les critères de définition, la question de savoir si l'interprète des normes est auteur de la norme est absente des débats.

§ I – La normativité

La normativité est une qualité qui concerne toutes les normes et non pas seulement les normes juridiques. Elle se décompose en deux conditions. La première renvoie à l'existence d'énoncés prescriptifs et à leur spécificité. Pour ce qui concerne plus spécifiquement le droit mou, il conviendra d'insister sur le *degré de précision et les modalités déontiques des énoncés prescriptifs* (A). La seconde porte sur *l'auto-référentialité des normes* (B) et donc sur la gestion par les normes de leur propre production.

A – Le degré de précision et les modalités déontiques des énoncés prescriptifs

Le droit souple, lorsqu'il prend la forme de recommandations, suggestions, lignes directrices ou encore, selon les différentes expressions consacrées, de standard, ne serait pas ou ne serait que faiblement contraignant. Plutôt que d'imposer un comportement déterminé, ce qui serait le propre du droit classique, le droit mou se contenterait seulement de le suggérer, de l'orienter. Ce sont donc les énoncés porteurs de normes qui sont ainsi visés. Les énoncés du type de ceux qui caractérisent le droit mou ne contiendraient pas des normes, faute d'imposer un certain comportement, ou se singulariseraient par la faiblesse de leur degré de contrainte.

Concernant l'absence de norme posée par les énoncés du droit mou, il faut rappeler que seuls les énoncés de type prescriptif contiennent des normes. Les énoncés de type déclaratif ne sauraient contenir de normes. Les lois mémorielles, en ce qu'ils reconnaissent ou consacrent l'existence d'un évènement historique, ne contiennent, à elles seules, aucune norme. En reconnaissant l'existence d'un fait, en l'occurrence d'un évènement historique, elles sont susceptibles d'être vraies ou fausses, en supposant bien sûr qu'il existe une vérité historique, contrairement aux énoncés normatifs qui ne sauraient avoir cette qualité. La forme prescriptive de l'énoncé conduit ici à écarter certains types de droit mou de la normativité.

Sous l'angle des énoncés susceptibles de poser des normes, il convient d'indiquer que les énoncés de type prescriptif peuvent revêtir plusieurs formes selon la logique déontique. Ainsi, de tels énoncés sont susceptibles de couvrir trois ou quatre types de comportements, selon que les deux premières situations sont considérées ou ne sont pas considérées comme étant les mêmes, à savoir rendre obligatoire, interdire, permettre ou habiliter un certain comportement. Parmi ces quatre situations, la catégorie des permissions d'agir semble pouvoir accueillir les énoncés « non contraignants » du droit mou. Une recommandation est une permission d'agir dans la mesure où

elle suggère un comportement possible. Certes, elle ne l'impose pas, mais elle en permet l'exercice.

Il est enfin nécessaire d'insister sur deux distinctions, d'une part, entre le caractère prescriptif de l'énoncé et l'obligation que la norme qu'il contient est susceptible de poser et, d'autre part, entre l'obligation d'agir issue d'une norme et le caractère non obligatoire de l'acte qui la contient. Sur le premier point, l'obligation d'agir n'est simplement qu'une des modalités déontiques d'un énoncé prescriptif. Un énoncé de ce dernier type peut en effet également interdire, permettre ou habiliter un comportement. Sur le second point, l'obligation d'agir tirée d'une norme se rattache à l'énoncé prescriptif qui la pose, quand le caractère non obligatoire d'un acte résulte d'une autre norme.

Sous l'angle de la faiblesse de la contrainte, celle-ci, comme ce peut être le cas d'une ligne directrice, n'affecte pas, non plus, le caractère normatif d'un énoncé. Ce n'est pas parce qu'une norme présente un faible degré de contrainte qu'elle n'est pas pour autant normative, c'est-à-dire qu'elle permet, interdit, rend obligatoire ou habilite un certain comportement. La souplesse de la contrainte permet de couvrir un plus grand nombre de comportements susceptibles d'être conformes à la norme, et donc d'augmenter le nombre de comportements potentiellement réguliers, mais elle n'en éteint pas pour autant la contrainte. Elle ne fait qu'accroitre les comportements réguliers possibles en vertu de la norme. Les codes de conduite peuvent participer d'une volonté de moralisation « souple » d'un secteur d'activité, à même d'être acceptés par les acteurs de ce secteur, et l'on retrouve ici une autre caractéristique du droit mou que de permettre une meilleure acceptation de la norme par les destinataires des normes, en ne fixant que des contraintes relativement indéterminées.

Ranger les suggestions, recommandations… dans le permissif, et donc dans le normatif, présente l'avantage de porter un regard critique sur la prétendue dynamique « souple » du droit mou. Celui-ci demeure normatif et, en tant qu'instrument normatif, il apparaît comme un instrument de pouvoir visant à modeler les comportements. Il ne faut pas ici occulter la dimension politique du recours au droit mou. Le choix de permettre des comportements par la norme conduit à régir, sous l'angle normatif, ces mêmes comportements. Le seul fait de suggérer un comportement, qui était auparavant totalement libre tend, déjà, plus ou moins directement, à limiter l'usage d'autres comportements. Ces derniers ne sont certes pas interdits, mais ils ne sont pas suggérés et n'entrent donc pas dans le comportement que l'autorité publique invite à suivre. La recommandation ou la suggestion de l'autorité publique ne saurait donc être neutre, ni d'ailleurs sans portée. La jurisprudence du Conseil d'Etat sur la question est, en l'occurence, précisément dictée par cette logique d'efficacité : si la recommandation produit des effets notables, autrement dit, si elle façonne les comportements, elle peut être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir. L'institutionnalisation des autorités de régulation en matière économique participe d'ailleurs précisément de ce mouvement : après une phase de liberté totale, la création d'autorités administratives indépendances permet d'encadrer les comportements par leur compétence aussi bien pour produire du droit dur que pour produire du droit souple.

Cette tendance masquée, « dure », du droit souple se vérifie également si l'on observe que ce qui est d'abord du droit souple peut être récupéré ensuite par le droit dur. Autrement dit, le droit souple peut n'être qu'une étape, expérimentale ou transitoire, vers du droit dur[19]. Le droit de l'Union européenne regorge d'exemples de droit souple annonciateur de droit dur. La création et l'institutionnalisation du Conseil européen en sont l'une des illustrations sans doute les plus significative[20]. L'usage du droit souple peut ainsi apparaître comme une technique normative transitoire ou expérimentale avant le passage au droit dur.

B – L'auto-référentialité des normes

L'auto-référentialité implique que, pour déterminer l'appartenance d'une norme à un ensemble de normes, à un ordre normatif, il est nécessaire d'identifier, dans cet ordre, une autre norme qui qualifie cette norme, la première, de norme, ce qui en fait, ainsi, une norme du système. Un ordre normatif s'autorégule en ce qu'il établit les normes qui en font partie. Pour un ordre normatif juridique, l'on dira que le droit règle sa propre production et, que, seul le droit permet de dire ce qui est du droit et ce qui n'en est pas.

Le droit mou met en évidence trois situations génériques qui sont susceptibles d'être rattachées à cette question de l'auto-référentialité :

- les actes qui contiennent des normes qualifiés de normes par d'autres normes, l'on parlera alors de « normes formelles », mais qui sont, en vertu de ces mêmes normes, dépourvues de caractère obligatoire ;
- les normes formelles, au sens précédemment établi, qui ne contiennent pas de normes car l'énoncé qui en est à l'origine n'est pas un énoncé prescriptif ;
- les actes adoptés par des organes habilités à produire du droit qui le sont en dehors des catégories normatives qu'ils sont habilités à produire.

La question des modalités de production de la norme, le droit souple associant les destinataires de la norme à sa production, est également à rapprocher de l'auto-référentialité. La norme qui prévoit les conditions de production d'une autre norme peut parfaitement prévoir des modalités de production associant les destinataires. Toutefois, sous cet angle, la spécificité du droit souple n'appelle pas de discussion particulière, les modalités de production d'une norme étant parfaitement indifférent à la reconnaissance de cette qualité.

---

19 Voir sur « l'aspiration du *soft law* au *hard law* », J. Cazala, « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/1, Vol. 66, pp. 58 et s.

20 Une instance informelle, la conférence au sommet, réunissant les chefs d'Etat et de gouvernement, se réunissant de manière épisodique à partir de 1961, devient, suite au sommet de Paris de 1974, le Conseil européen qui se réunit alors de manière régulière avant de voir son existence consacrée dans les traités par l'acte unique européen, d'être « constitutionnalisé » par le Traité de Maastricht et de bénéficier de toujours plus de compétences grâce aux traités modificatifs successifs. Voir, par exemple : C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexisnexis, 6ème édition, 2016, Manuel, § 350 et s.

La première catégorie peut être illustrée par les résolutions de l'Assemblée générale des Nations-Unies, qui n'ont pas de caractère obligatoire pour les Etats, tout comme, dans le cadre de l'Union européenne, les avis et recommandations. La question qu'il faut alors se poser est celle de savoir si, dépourvus de ce caractère, ces actes peuvent être considérés comme des normes et donc établir si le caractère obligatoire est ou n'est pas un critère de définition de la norme. La question se présente sans aucun doute avec une acuité plus forte si l'on s'intéresse aux avis. Intuitivement, les avis ne sauraient être considérés comme des normes alors que l'on se montrerait plus indulgent avec les résolutions de l'ONU qui constituent, malgré l'absence de caractère obligatoire, une catégorie normative bien identifiée. Il reste que les avis s'insèrent, le plus souvent, dans une procédure de production d'une norme et ne sont donc qu'une étape dans la procédure de production d'une norme, sans être eux-mêmes une norme.

Il reste qu'exiger le caractère obligatoire conduirait à étendre l'exigence d'auto-référentialité en y ajoutant un élément. Il semble pourtant que l'on puisse penser la qualification de norme par une autre norme sous le seul angle de l'existence d'une catégorie normative, c'est-à-dire d'une semble de normes produites selon une procédure de production particulière d'où elles tirent leur normativité. Les actes évoqués relèvent bien des catégories normatives formelles, ils doivent donc être considérées comme des normes, seulement ils sont dépourvus de caractère obligatoire. Quel que soit leur contenu, et nous renvoyons ici à ce qui a été dit précédemment, ils ne présentent pas de caractère obligatoire. Néanmoins, parce qu'ils sont reconnus comme des catégories formelles d'actes, elles sont des normes. Le système normatif est, en tout état de cause, susceptible de librement s'organiser en créant des catégories normatives dépourvues de caractère obligatoire.

La deuxième catégorie a déjà été évoquée à propos des énoncés normatifs, à savoir les lois mémorielles. Celles-ci sont bien des normes d'un point de vue formel, des lois, dès lors qu'elles sont produites conformément à la procédure de production de cette catégorie normative, mais, au regard de leur énoncé, elles ne contiennent pas de norme, en l'absence d'énoncé prescriptif. Toutes les conditions de la normativité ne sont donc pas remplies. Seule la seconde l'est. La situation ne semble pas poser plus de difficulté que cela à partir du moment où ces deux conditions sont cumulatives.

La dernière situation concerne un acte adopté par un organe habilité, en général, à produire du droit, mais qui n'entre pas dans les catégories normatives qu'il est compétent pour produire en vertu des règles du système. Ce n'est pas ici la question de la production d'un acte qui aurait dû être produit par un autre organe, un agent de police qui adopterait une loi, même si rien n'empêche le droit positif de le prévoir, mais celle d'une production normative par un acte qui n'est pas prévu par le système : une juridiction qui adopte un communiqué de presse pour annoncer la portée de l'une de ses décisions, la commission européenne qui adopte un livre, blanc, bleu ou jaune… Le biais que peut avoir la lecture portant sur la normativité de ces actes est que l'autorité qui adopte l'acte est un organe d'application du droit, qui est habilité à produire des normes par l'intermédiaire de certains actes, mais qui adopte un acte qui n'est pas prévu par le

système juridique comme pouvant être produit par lui. La conséquence de ce défaut est pourtant claire : il ne saurait s'agir d'une norme du système. Le cas des codes de bonne conduite produits par plusieurs entreprises semble également pouvoir illustrer cette situation. Ces codes peuvent être des normes pour les entreprises, mais uniquement pour ces entreprises, s'il existe une norme de ces entreprises qui leur permet d'adopter de tels codes. Les normes adoptées par plusieurs entreprises peuvent ne relever que du ou des systèmes normatifs de ces entreprises. Ils ne sauraient relever d'un autre système et, en particulier, d'un système juridique que si le système juridique habilite ces entreprises à produire des normes en général ou des codes de conduite en particulier. Les codes de conduite pourront, selon les cas, *ne pas être des normes*, faute de reconnaissance de cette qualité par une autre norme, *être des normes* du système normatif propre aux entreprises ou *être des normes juridiques*, si elles sont plus ou moins directement reconnues comme telles par un système juridique. Cette présentation ouvre une autre question, celle de la juridicité.

§ II – La juridicité

Si les normes juridiques sont forcément des normes, il existe des normes qui ne sont pas des normes juridiques. Il convient alors d'identifier les éléments de la juridicité. Par un choix qui n'est évidemment pas neutre en termes de conception du droit, deux critères, cumulatifs, dont il nous appartiendra d'apprécier la mesure, sont caractéristiques de la juridicité : *l'efficacité* (A) et *la sanction* (B). Ces deux critères ne sont toutefois appréciés qu'au sein d'un ensemble de normes, d'un ordre normatif. La spécificité d'un ordre juridique est d'être à la fois efficace et sanctionné, contrairement à d'autres ordres normatifs qui, soit n'ont aucune de ces deux qualités, soit n'en ont que l'une d'entre elles.

A – L'efficacité

La question de l'efficacité en droit soulève une question sous l'angle épistémologique : doit-on étudier le droit positif en intégrant la manière dont il est appliqué en pratique ? Doit-on s'en tenir au *law in books* ou porter son regard sur le *law in action* ? Ne faut-il s'intéresser qu'au seul droit efficace, tel qu'il est effectivement appliqué par ses destinataires ? Doit-on intégrer les applications du droit par tous les destinataires ou seulement les applications par ceux qui sont habilités à le faire ? A partir de quel seuil, l'étude du seul droit, tel qu'il est révélé par les textes, traduit un renoncement du juriste à voir la « réalité », et donc à saisir la réalité du monde qu'il est censé décrire, face à une pratique du droit qui remettrait en cause ces textes ? Pour le formuler autrement, à quoi servirait le juriste s'il se contentait de décrire un droit dur alors que l'ensemble du droit, en raison d'un changement de contexte social, serait aujourd'hui un droit mou ?

Cette question du réel appelle à revenir sur la distinction entre l'être et le devoir être et les principes qui régissent le domaine normatif, le principe d'imputation, et celui du domaine des faits, le principe de causalité. Le domaine normatif repose sur le *devoir être* et le *principe d'imputation*,

de sorte que si certaines conditions sont réunies alors quelque chose *doit arriver* ; le domaine factuel sur l'*être* et le *principe de causalité* en vertu duquel si certaines conditions sont réunies alors quelque chose *arrive nécessairement*[21]. Le rapport entre ces deux mondes est régi par la loi de Hume selon laquelle aucune conclusion prescriptive ne saurait être déduite de prémisses simplement descriptives[22]. Quelle que soit l'éventuelle complexité conceptuelle de cette question, l'illustration par l'exemple semble difficilement devoir laisse de doute sur la pertinence de cette loi. Qui pourrait soutenir que le *fait* de constater que sa voisine a noyé son mari dans une baignoire implique qu'il existe une *norme* qui autorise les femmes à noyer leur mari dans une baignoire ?

Pour autant, l'on pourrait envisager une normativité qui repose sur l'efficacité. Ne serait une norme qu'une règle effectivement respectée et qui refléterait, en conséquence, la commune attitude. Cette conception soulève toutefois des difficultés car aucune règle ne saurait être appliquée par tous et il faudrait donc déterminer un seuil de juridicité en pourcentage de respect de la règle par ses destinataires. Seule une règle déductible de l'observation d'un même comportement par 99,9 % de la population, le pourcentage devant dépendre du seuil de déviance toléré, pourrait être considérée comme une norme. Il faudrait alors développer des instruments de mesure de type empirique susceptibles de mesurer de manière précise tous les comportements déterminés, en espérant que, pour une population comme celle de la France, des moyens financiers puissent être allouer à cette fin par le ministère de la justice et/ou celui de l'intérieur, pour dégager les règles applicables. L'observation devrait d'ailleurs être renouvelée périodiquement pour être certain que les normes demeurent efficaces et qu'elles constituent bien des normes qui s'imposent. Sans doute, pour une meilleure connaissance du droit, conviendrait-il également de codifier ces règles afin d'éviter d'avoir à mettre en œuvre trop fréquemment tous ces procédés empiriques afin de disposer, pour chaque question, des normes juridiques applicables. Une fois écrites, elles risquent pourtant d'être confrontées aux mêmes difficultés d'efficacité. Rechercher les normes dans les comportements conduit à une circularité de la réflexion. En effet, il faudrait encore déterminer si ces normes codifiées sont bien efficaces pour qu'il s'agisse de normes.

Les écueils d'une démarche empirique peuvent être évités, si l'on considère que l'efficacité demeure une condition de la juridicité, en envisageant l'efficacité comme une condition devant être respectée globalement au sein d'un ordre normatif. Pour qu'un ordre normatif soit reconnu comme un ordre juridique, il faut alors que la plupart des normes qui composent le système soient plutôt respectées que non respectées. L'appréciation peut apparaître grossière, mais un minimum de paix sociale suffit à témoigner de ce qu'un ordre normatif est globalement efficace. Sans doute, cette lecture est discutable. Elle a toutefois l'avantage d'intégrer de manière équilibrée, et même réaliste, l'efficacité au sein de la juridicité.

---

21 Sur les principes de causalité et d'imputation : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, 2ème édition, 1962, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 1999, p. 85 et s.

22 D. Hume, *Traité sur la nature humaine*, 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. Grzegorczyk, F. Michaut et M. Troper, LGDJ., La pensée juridique moderne, 1992, pp. 244-245.

Il convient de ranger dans la question de l'efficacité la démarche contentieuse du Conseil d'Etat à propos du droit mou des autorités de régulation, le « droit spontané » ou les conventions de la Constitution.

Pour le Conseil d'Etat, il convient de le rappeler ici, ce que nous avons qualifié comme étant des permissions d'agir sont susceptibles d'être justiciables si elles produisent « des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »[23]. Les effets conditionnent la justiciabilité. La position est-elle pour autant critiquable ? Les permissions d'agir sont bien des normes, au regard des deux conditions que nous avons mis en évidence. Si l'autorité de régulation est habilitée à produire les actes en question qui contiennent ces permissions d'agir, ces actes contiennent des normes et même des normes juridiques qui relèvent du système juridique. Que l'on puisse contester des normes ne soulève aucune difficulté ; qu'il faille qu'elles aient été efficaces et donc respectées pour qu'elles puissent l'être surprend. Cette démarche participe d'une économie de moyens : le contrôle de la régularité de normes est subordonné au fait qu'elles produisent un effet. Ces normes sont certes peu contraignantes, mais leur efficacité est exigée pour reconnaître la compétence du juge pour en contrôler la régularité, même si par ailleurs, et ce n'est toutefois pas la question que se pose le juge, elles n'ont aucun caractère obligatoire en vertu des normes du systèmes. Qui s'étonnera encore de ce que le Conseil d'Etat fasse du contentieux sans norme ?

Le droit spontané peut être défini comme « le droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibéré, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe, le plus souvent particulier, pour répondre à leurs besoins »[24]. Au-delà de l'indétermination de certains des termes de cette définition, « droit » et « comportement juridique » en particulier, le droit spontané s'inscrit dans une logique d'efficacité car c'est le comportement des destinataires de la norme qui fait la règle. Il renvoie à un mode décentralisé de production normative qui se rapproche, spontanément, de la coutume, du moins dans sa dimension matérielle et peut-être également subjective puisqu'il est question de « droit ». Il ne s'agit pas ici de nier qu'il puisse exister de tels modes de production de norme qui, précisément, s'inscrivent dans une dimension d'efficacité, mais seulement de déterminer, ce qui nous renvoie à une condition de la normativité, si le système normatif prévoit un tel mode de production de norme. Il ne suffit pas de dire que des normes apparaissent spontanément, ce dont personne ne saurait douter, mais encore faut-il discriminer et savoir si ce sont des normes prévues par l'ordre normatif et, éventuellement, par un ordre juridique ou s'il n'en est rien.

---

23 CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, cons. 4. Voir également : CE, 13 décembre 2017, *Société Bouygues Télécom*, n° 401799, cons. 6.

24 P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, Recherches juridiques, 2002, p. 441.

L'analyse développée par Pierre Avril des conventions de la Constitution, que l'on peut rattacher à du droit souple, apparaît rigoureuse à cet égard. Cet auteur considère, d'une part, qu'il « ne suffit pas de lire la Constitution écrite pour connaître la Constitution réelle, c'est-à-dire les normes qui régissent effectivement le Gouvernement du pays, *the living Constitution* comme le désignent les Américains »[25]. L'effectivité révèle ainsi la réalité des normes. Il n'en concède pas moins, d'autre part, qu'il « s'agit incontestablement de normes qui guident le comportement des acteurs, mais si elles sont effectives, ces normes ne sont pas juridiquement valides ; elles ne sont pas du droit et elles ne sont donc pas justiciables »[26]. L'efficacité n'est donc pas la seule condition de la juridicité et il est parfaitement possible de concevoir que des comportements puissent être régis, grâce à l'efficacité, par des normes, alors même que celles-ci ne sont pas des normes juridiques. La question qui se pose ensuite est de savoir si cette définition délimite le champ d'étude, il n'appartiendrait alors au juriste que d'étudier le droit, et donc, dans notre exemple, de ne pas étudier les conventions de la Constitution, ou permet-elle seulement de classer ce qui est du droit et ce qui n'en est pas, tout en étudiant les deux phénomènes normatifs, la Constitution et les conventions de la Constitution en l'occurrence ? L'enjeu est décisif notamment avec le droit mou, souvent présenté comme étant une zone grise ou comme étant en dehors du droit.

B – La sanction

Dernier élément de la juridicité et sans doute l'élément le moins discuté comme élément de définition du droit, du moins dans son principe : la sanction. Il convient d'identifier en quoi le droit mou ne remplirait pas ce critère, avant de clarifier ce qu'il faut entendre par l'exigence d'une « sanction » au sein d'un ordre juridique. Sur le premier point, deux éléments sont caractéristiques d'un droit mou : l'absence de sanction juridictionnelle ou le défaut de norme de sanction.

En droit international public, mais pas seulement dans ce domaine, *l'absence de sanction « juridictionnelle »* en cas de non-respect d'une norme serait caractéristique du droit mou. Sur cette question, la vision jurisprudentielle du droit qui domine dans les facultés de droit a vite fait de confondre juridicité et justiciabilité. Il faudrait d'ailleurs plus largement intégrer dans cette perspective de sanction juridictionnelle la théorie réaliste de l'interprétation française lorsqu'elle se concentre sur le juge comme seul organe producteur de normes. La justiciabilité ne saurait être considérée comme un critère de définition du droit, sous peine de réduire de manière considérable ce qu'est cet objet. Elle s'inscrit dans une perspective contentieuse et il paraît pour le moins périlleux, si l'on maintient une exigence de ce qu'une théorie du droit vise à la connaissance d'un objet ancré dans une réalité observable de manière objective, de réduire le droit aux seules normes appliquées devant le juge. L'application du droit par le juge n'est, d'un point de vue quantitatif, qu'un domaine réduit de l'application générale des normes. Si tous les destinataires d'une norme sont censées l'appliquer, peu d'entre eux iront devant un juge pour que

---

25 P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, PUF, Léviathan, 1997, p. 11.

26 *Loc. cit.*, p. 146.

celui-ci tranche un litige portant sur cette application. Il n'en reste pas moins que si la justiciabilité favorise l'exigence de régularité dans l'application des normes ; elle ne saurait conditionner la normativité. Il est également possible, et nous y reviendrons, que l'absence de justiciabilité caractérise seulement la souplesse du droit et non pas l'absence de droit. Ainsi lue, la justiciabilité peut être un critère valable de « souplesse » du droit ou plus exactement d'une norme juridique qui ne serait pas justiciable.

Le droit souple pourrait encore être constitué de *normes de comportement* qui ne font pas l'objet de *normes de sanction* en cas de violation des premières. Dans un jardin public, il peut exister une norme (de comportement) interdisant de marcher sur les pelouses, sans qu'il existe par ailleurs une norme (de sanction) instituant une sanction en cas de méconnaissance de la première norme. Le *souple* serait du côté de l'absence de normes de sanction ; le *droit* du côté de l'existence d'une norme de comportement. A moins de considérer, l'ambiguïté existe parfois avec le droit souple dans ce qui relève ou ne relève pas du droit en son sein, qu'en l'absence de norme de sanction, le caractère souple du droit réside dans le fait que ce dernier n'est, précisément, pas du droit. Une partie du droit souple relèverait ainsi du droit, une autre partie du non-droit. Comme pour le critère de justiciabilité, il semble plus juste de voir dans l'absence de norme de sanction, une caractéristique d'un droit souple, plutôt qu'un élément qui conditionne la juridicité de la norme de droit souple.

Demeure toutefois entière la question de savoir comment la sanction peut être valablement intégrée dans une définition du droit. La condition liée à la sanction peut être formulée de la manière suivante : il faut qu'il existe, dans un système normatif, des normes de sanction dont la violation peut entrainer, en dernière analyse, la mise en œuvre d'une contrainte physique pesant sur les personnes ou sur les biens. Il n'est pas nécessaire que la méconnaissance de chaque norme soit couverte par une norme de sanction, mais il faut qu'il existe des normes de sanction et que celles-ci présentent certaines qualités. Dans le même mouvement que celui décrit précédemment, le droit souple serait constitué par des normes juridiques dont la violation n'aboutirait pas, en dernière analyse, à la mise en œuvre d'une contrainte physique.

A l'issue de ce parcours autour du droit souple à travers les conditions de la normativité et de la juridicité, il semble possible de ne retenir que quatre éléments pertinents, à resituer, susceptibles de caractériser, au sein du droit en général, le droit souple :

- le faible degré contraignant des énoncés normatifs (1) ;
- l'absence de caractère obligatoire de l'acte contenant la norme (2) ;
- le caractère non normatif de l'acte qui le contient, le système juridique ne reconnaissant pas cet acte en tant que catégorie normative du système (3) ;
- la faiblesse des mécanismes de sanctions (absence de normes de sanction ou absence de justiciabilité) (4).

Ainsi défini, le droit souple peut être (1, 2 et 4) ou ne pas être du droit (3), s'il en est, les instruments de sa souplesse paraissent clairement identifiés ; s'il n'en est pas, c'est au nom de son efficacité, c'est-à-dire de sa capacité à influencer les comportements, qu'il fait l'objet de cette qualification impropre, il est *comme* du droit (il est efficace) sans être *du* droit (il n'est pas retenu comme étant du droit par le droit). Si le droit souple oblige à une définition rigoureuse du droit, une fois cette dernière définition posée, il est à l'évidence possible de mieux situer ce qu'est le droit souple.