



HAL
open science

La théorie du droit peut-elle être utile à la science du droit administratif? Éprouver la question à l'aune d'une lecture normativiste de la jurisprudence administrative française sur le “ droit souple ”

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. La théorie du droit peut-elle être utile à la science du droit administratif? Éprouver la question à l'aune d'une lecture normativiste de la jurisprudence administrative française sur le “ droit souple ”. Grandeur et servitudes du bien commun. Mélanges en l'honneur de J.-C RICCI, Dalloz, 2023, pp. 371-384, 2023. hal-04229190

HAL Id: hal-04229190

<https://amu.hal.science/hal-04229190>

Submitted on 13 Oct 2023

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

La théorie du droit peut-elle être utile à la science du droit administratif ?
Éprouver la question à l'aune d'une lecture normativiste de la jurisprudence administrative
française sur le « droit mou »

Si la séparation, voire l'autarcie, disciplinaire, au sein même de la seule science de droit¹, dans la recherche comme dans l'enseignement du droit, domine, alors, pourtant, que certains objets de droit positif sont communs à plusieurs disciplines juridiques², il est des disciplines transversales qui méritent d'être perçues en tant que telles et, au premier titre d'entre elles, la théorie du droit. Parce qu'il s'agit d'une discipline qui vise à identifier son objet, elle est une discipline nécessaire à l'ensemble des autres disciplines juridiques. Le droit est un objet du réel qui doit faire l'objet d'une définition, car rien dans le réel ne s'impose avec la force de l'évidence ou de manière empirique comme étant le ou du « droit » ; la science du droit se doit de construire son objet et la discipline qui se pose cette question est la théorie du droit. Disposer d'un concept théorique de droit est un préalable nécessaire à toute activité qui vise à développer un discours sur cet objet. La théorie du droit est donc un préalable indispensable et nécessaire à toute entreprise visant à décrire le droit, quels qu'en soient les domaines.

Dans cette contribution, nous entendons mettre à l'épreuve cette lecture, qui n'est, évidemment pas, partagée par tous, à propos de la jurisprudence du Conseil d'État relative au droit mou, domaine d'autant plus significatif qu'il renvoie, en lui-même, à la définition du droit, à la construction prétorienne par le juge administratif de sa propre compétence et à une doctrine administrative d'autant plus abondante qu'elle est le fruit non seulement d'universitaires mais également, le juge administratif suprême s'autorise tout et c'est même à cela qu'il est possible de le reconnaître, de membres du Conseil d'État lui-même. Le terrain de l'expérience est donc tout à fait propice à la mise à l'épreuve. Celle-ci se fera à l'aune d'une théorie du droit, le normativisme, qui nous paraît, par le fait qu'elle s'éloigne considérablement des canons théoriques, explicites ou implicites, dominants, être la mieux à même de montrer les conséquences décisives que peut avoir une théorie du droit dans l'appréhension de celui-ci. Avant de poser les présupposés essentiels de cette théorie, et pour mieux la situer dans le contexte de la science du droit administratif³, il convient d'interroger rapidement le cadre théorique existant de cette dernière.

Sans entrer dans une analyse exhaustive et détaillée de l'ensemble de la science du droit administratif, le positionnement théorique de cette science, constat qui dépasse d'ailleurs la seule science du droit administratif, n'est que très peu explicité ou formalisé ; tout au plus peut-on identifier un positionnement théorique relativement intuitif, susceptible d'être induit du discours

¹ N'évoquons même pas ici la question pluri ou interdisciplinaire avec des disciplines autres que les disciplines juridiques. Pour une lecture récente révélatrice extrêmement hostile à une telle approche : Voir intro Plessix

² Rapport de systèmes, droit de l'Union, droits fondamentaux dont l'étude est commune à plusieurs disciplines

³ Cette expression entend désigner de manière synthétique le discours de la doctrine administrativiste externe (voir *infra* sur cette dernière précision) sur l'objet droit administratif, sans préjuger de la question de savoir si ce discours peut être qualifié de scientifique.

en général produit sur le droit administratif. De ce positionnement implicite, et sans qu'il n'y ait beaucoup à discuter, l'on retiendra que le juge administratif en général et, plus particulièrement, le Conseil d'État pose des normes générales et abstraites pour régir le domaine couvert par le droit administratif et il en pose, de manière tout à fait valable, sans que la question du caractère juridique de ces normes de soit posée, pas plus que la régularité de ce pouvoir au regard du droit et, plus particulièrement, des normes sur la production du droit dans l'ordre juridique français ne soit discutée ni même interrogée.

Face à ces présupposées théoriques implicites, que l'on supposera partagés majoritairement par la doctrine de droit administratif, la théorie normativiste est une thèse forte, et même radicale. Pour ne s'en tenir qu'à la définition de la norme juridique, parce que, de la constitution de l'objet, dépendent de très nombreuses conséquences, l'on rappellera de manière synthétique qu'une norme juridique est la *signification d'un énoncé prescriptif qui permet, rend obligatoire ou interdit un certain comportement, contenue dans un acte qualifié de norme par une autre norme et appartenant à un ordre normatif globalement efficace et sanctionné*. Cette définition, stipulative, mais qui n'en est pas moins censée saisir de manière pertinente la réalité objectivement observable du phénomène social que constitue le droit, est le prisme par lequel il s'agira d'apprécier la jurisprudence du Conseil d'État sur le droit mou. D'emblée, une telle définition, théorique, distincte et autonome de la jurisprudence du Conseil d'État constitue un cadre conceptuel référant dans l'appréciation de la réalité constituée par la jurisprudence du Conseil d'État. Elle est donc potentiellement un instrument critique préalable à partir duquel il est possible d'observer la réalité à décrire.

Il faut encore préciser qu'en vertu de cette définition la jurisprudence ne saurait dans l'ordre juridique français produire des normes générales et abstraites. La fonction de juger est une fonction de concrétisation du droit visant à expliciter ce qu'une norme générale et abstraite prescrit dans une situation particulière. Surtout, car le système juridique peut parfaitement conférer à un juge chargé de la fonction évoquée une compétence pour produire des normes générales et abstraites, le droit positif français interdit aux juges de produire de telles normes à l'occasion d'un litige concret ; l'article 5 du code civil dispose en ce sens qu'« Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

Il convient enfin d'explicitier un autre concept issu du normativisme et qui sera plus loin utile à la lecture proposée, à savoir celui de concrétisation. La concrétisation de l'ordre juridique désigne le processus dynamique de création du droit, consécutif à la hiérarchie des normes⁴, qui fait que, plus on descend dans celle-ci, et plus les normes sont individuelles et concrètes, plus on monte, plus les normes sont générales et abstraites. Ce processus de concrétisation marque le passage d'une norme générale et abstraite à une norme plus individuelle et concrète, le juge quant à lui, dans sa fonction de résolution d'un cas concret, posant une norme individuelle et concrète, celle

⁴ Hiérarchie des normes qui repose elle-même sur le rapport de production entretenu entre les normes, une norme A sera dite supérieure à la norme B, si A détermine les conditions de production de B.

qui résout le seul cas qui lui est soumis, à partir d'une norme générale et abstraite applicable dans ce cas concret. Le processus de concrétisation juridictionnelle abouti à une norme individuelle et concrète, mais ne se réduit pas à cette norme qui n'est que le résultat de ce processus⁵.

Concernant la réalité à décrire, celle-ci est constituée par ce que nous pouvons qualifier de « jurisprudence du Conseil sur le droit souple », à savoir celle qui admet l'exercice d'un recours contentieux, d'un recours pour excès de pouvoir, à l'encontre des actes informels d'autorités publiques, retenons ici cette qualification générique et indéterminée, qui, tout en étant informels, n'en présentent pas moins certaines qualités justifiant un contrôle de la part du juge administratif.

En vertu de cette jurisprudence, selon une formulation consolidée d'un paragraphe de principe :

« Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices »⁶.

Ce paragraphe de principe mérite d'être éclairé par un autre discours du Conseil d'État, qui n'est pas juridictionnel mais institutionnel, à savoir le rapport annuel du Conseil d'État de 2013 qui a porté, précisément, sur le droit souple pour mesurer le lien existant entre le concept jurisprudentiel de droit souple et celui, « doctrinal », du Conseil d'État.

Ces deux éléments sont à mobiliser dans l'étude en ce qu'ils permettent d'éclairer une pratique pour le moins originale en France, pour peu que l'on observe ce qui se passe dans des systèmes étrangers, qui consiste en un commentaire de la jurisprudence administrative par ceux-là même qui la produisent⁷, ce que l'on pourrait qualifier d'*auto-commentaires*. En résumé, *c'est celui qui fait, qui commente ce qu'il fait*. Certes, ce ne sont pas ceux-là même qui jugent qui rédigent le commentaire, mais ils appartiennent à la même institution et, surtout, la représentent collectivement et institutionnellement, vis-à-vis de l'extérieur.

⁵ Ce processus implique, en particulier, la détermination des éléments de fait affectés par la règle de droit applicable, implique ainsi la qualification de situation de faits pour permettre l'application de la règle de droit à ces faits, l'interprétation de la norme générale et abstraite et l'établissement de la signification de cette norme à la situation de fait visée.

⁶ CE, sect., 16 juin 2020, *GISTI*, 418142, § 1. Nous supposons ici que ce paragraphe de principe renvoie au concept de « droit mou » qu'il nous appartiendra d'expliquer *infra*.

⁷ Tradition française qui s'est étendue au Conseil constitutionnel, en raison de la proximité culture, organique et même géographique entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, le secrétaire général de cette dernière institution étant, plus que le plus souvent, issu des rangs du Conseil d'État.

Ce discours sur la jurisprudence qui vient de l'institution qui la produit prend, principalement, la forme de chroniques jurisprudentielles, publiées à l'*AJDA*, et d'un rapport annuel qui est également ouvert, par ailleurs, à la doctrine universitaire. Elle fournit un regard de l'institution sur sa propre activité, ce qui, d'un point de vue scientifique, n'est pas sans poser des problèmes sur la possibilité même d'un discours critique. Le juge administratif produit ainsi un discours sur lui-même, un discours potentiellement doctrinal, du point de vue de son contenu, en ce qu'il propose un discours sur le droit administratif. Ce discours est, en effet, matériellement, un discours sur l'objet « jurisprudence administrative », mais qui n'est pas proposé par la doctrine, d'un point de vue institutionnel, c'est-à-dire par des universitaires. Il conviendra ici de distinguer entre une *doctrine intérieure* et une *doctrine extérieure* au Conseil d'État⁸. Cette double production, de l'objet et du discours sur l'objet, par la même institution dont la fonction, d'un point de vue juridique est de produire l'objet, et non pas de le commenter, met en cause une exigence scientifique épistémologique minimale, imposant le caractère extérieur à son objet de celui qui produit un discours sur celui-ci.

En pratique, elle pose également des difficultés auprès de la doctrine universitaire elle-même. Cette dernière est conduite à observer un objet de manière concurrentielle avec ceux qui la produisent, d'où une concurrence dissymétrique, du moins d'un point de vue empirique⁹, à condition que l'on souscrive à une telle démarche en science du droit. La doctrine extérieure ne saurait disposer des mêmes informations que la doctrine intérieure, d'où le complexe potentiel de la première vis-à-vis de la seconde, ce qui génère une tendance pour la première, combinée au syndrome du premier de la classe propre aux élites françaises, de suivre ce que dit la seconde. Le discours doctrinal extérieur est ainsi conditionné par la doctrine intérieure, tout en étant quelque peu prisonnier, mais il s'agit là d'un autre débat, de son objet, à savoir la jurisprudence administrative. Il résulte de ce double mouvement une difficulté difficilement contestable de la doctrine universitaire à produire des concepts distincts de ceux qui sont mobilisés par le langage objet, la doctrine extérieure se contentant de nourrir les concepts mobilisés par l'objet à partir de cet objet même¹⁰. Pour prendre un exemple concret, la doctrine extérieure définit le concept de service public à partir de ce qu'en dit le langage objet, à partir de la définition jurisprudentielle de ce concept, éventuellement éclairé par la doctrine intérieure qui, en tant qu'outil de légitimation du discours objet (la jurisprudence) éclaire cet objet. Au regard de cette présentation, c'est précisément à une émancipation épistémologique que cette contribution entend défendre en montrant tout l'intérêt de développer un discours doctrinal reposant sur une théorie du droit

⁸ Même si certains pourraient douter que la doctrine extérieure, trop fidèle à son objet et à l'institution qui la produit, soit véritablement extérieure.

⁹ Et telle semble être, en général, le principe méthodologique retenu par la science du droit administratif que de rechercher la signification des concepts mobilisés par le droit administratif (en tant qu'objet observé) à partir de la systématisation exhaustive de la jurisprudence administrative. La démarche n'est donc pas analytique, consistant à produire des concepts d'analyse autonomes de son objet pour mieux le connaître, mais empirique, reprenant les concepts produits par son objet comme constituant l'ontologie même de son objet.

¹⁰ Voir sur cette question : « Commentaire sous *Les bases constitutionnelles du droit administratif, la controverse G. Vedel/Ch. Eisenmann* », in *Les grands discours de la culture juridique*, W. Mastor, J. Benetti, P. Egéa et X. Magnon, Dalloz, Collection Grands arrêts, 2^{ème} édition, 2020, en particulier, pp. 1039-1044.

explicitée et qui permet d'adopter un regard critique sur son objet et à même de produire des concepts d'analyse autonomes de cet objet.

Pour revenir à l'objet mobilisé pour notre propos, la doctrine intérieure a produit un concept de droit mou, dont on peut penser qu'il a été mobilisé à l'appui de la jurisprudence sur cet objet. Première précision, le « droit mou » est du droit : « Avant d'en venir à la définition du droit souple, il apparaît nécessaire de lever ce qui a été jusqu'à présent un présupposé : parler de droit souple, c'est admettre qu'il s'agit de droit. »¹¹. Nul concept de « droit » n'est cependant explicité, tout au plus des analogies entre le droit souple et le droit sont-elles proposées : une « identité de fonctions entre le droit dur et le droit souple » et « l'absence de frontière étanche entre droit souple et droit dur »¹². Une vague acceptation implicite de ce que, « du point de vue de la doctrine juridique », « le caractère d'obligation » est le « critère de la norme juridique »¹³.

Ces préalables étant posés, trois conditions cumulatives sont identifiées permettant de définir les « instruments » du droit souple :

- « - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; (1)*
- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; (2)*
- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »¹⁴ (3).*

Sans céder à la facilité critique de la doctrine extérieure, dont c'est la fonction et même le métier, sur une doctrine intérieure, dont ce n'est ni le rôle, ni la formation, ni la culture, il n'en reste pas moins qu'à prétendre produire un discours doctrinal, il faut pouvoir ensuite en accepter une lecture critique. Il faut également apprécier le rapport existant, et c'est angle du discours paraît tout à fait éclairant dans le rapport que peut avoir un discours jurisprudentiel et un discours doctrinal produit par une même institution, entre le concept doctrinal interne de droit mou et le concept jurisprudentiel du même droit mou. Cette entreprise impose au préalable une conceptualisation du droit mou tel qu'il est saisi par la jurisprudence pour favoriser à la fois l'approche critique et celle comparée entre les deux concepts.

Le concept jurisprudentiel renvoie à :

¹¹ Les rapports du Conseil d'État, *Le droit souple*, 2013, p. 56 (en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/Media/contenu-froid/documents/rapports-etudes/rapports-et-etudes/conseil-d-etat-etude-annuelle-2013.pdf>).

¹² *Ibid.*

¹³ *Loc. cit.*, p. 57

¹⁴ *Loc. cit.*, p. 9 et p. 61.

la possibilité de contester par la voie du recours pour excès de pouvoir n'importe quel document de portée générale produit par une autorité publique qui produit des effets notables sur les administrés, notamment parce que les énoncés qu'ils contiennent présentent un caractère impératif ou posent des lignes directrices.

Pour résumer encore les actes pris par des autorités publiques, quelle que soit leur forme, sont des actes contestables dès lors qu'ils contiennent des énoncés prescriptifs. *Dès lors que des actes contiennent des normes, c'est-à-dire des énoncés prescriptifs, ils sont contestables.* La normativité conditionne la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Ainsi synthétisé, le concept jurisprudentiel peut être apprécié au regard du concept doctrinal interne.

L'on pourrait encore ajouter un concept doctrinal externe, pour ajouter un élément critique possible. Sous cet angle, plutôt qu'un concept précis de droit souple, qui semble en réalité impossible compte tenu de la multiplicité des usages comme des réalités censées pouvoir être décrites par ce concept, il est seulement possible de catégoriser ces usages à partir de leurs traits caractéristiques. Il y aurait ainsi quatre traits caractéristiques ce qui serait du droit souple :

- « - le faible degré contraignant des énoncés normatifs ;
- l'absence de caractère obligatoire de l'acte contenant la norme ;
- 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 ;
- la faiblesse des mécanismes de sanctions (absence de normes de sanction ou absence de justiciabilité) »¹⁵.

Pour comparer et apprécier les différents concepts, sous l'angle de l'approche théorique proposé, il convient d'orienter la réflexion autour d'une approche critique de la définition doctrinale interne du droit mou, qui souffre, en l'occurrence, de nombreuses lacunes autour des deux éléments à partir desquels elle se structure, à savoir la comparaison avec le droit (« droit » mou et condition 3) et la spécificité des énoncés (conditions 1 et 2).

Dans le rapport au droit, la définition doctrinale interne souffre évidemment d'une tare première, difficilement pardonnable d'un point de vue logique, car l'un des deux termes de l'expression, le *droit*, censée décrire une réalité déterminée, à savoir le *droit souple*, n'est pas défini. L'on ne saurait à cet égard se contenter de la seule précision selon laquelle le droit présenterait un caractère obligatoire, ce qui semble pour le moins large pour saisir le phénomène « droit ».

Cette carence est d'autant plus problématique que la « règle de droit » est encore mobilisée pour définir le « droit souple », alors que les instruments qui le révèlent « présentent, par leur contenu

¹⁵ « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », in *La fabrique du droit constitutionnel : (re)interroger les concepts structurants de la science du droit constitutionnel*, RFDC, n° 120, 2019, p. 966.

et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit » (condition 3). Ce 3^{ème} critère est d'autant plus indéterminé que l'on ne sait pas ce qu'est la « règle de droit ». Le terme de comparaison du droit souple, le droit, est absent. Tout au plus peut-on retenir, pour reprendre des termes qui renvoient à la définition proposée du droit (elle est utile dès à présent pour situer la définition proposée par le Conseil d'État), que les *énoncés* (« le contenu ») des instruments de droit souple et leur *procédure de production* (« mode d'élaboration ») sont *semblables* à celle du droit. Il sera toutefois permis de s'interroger sur le caractère semblable de la procédure de production d'un acte réglementaire de l'Autorité de la régulation de la communication audiovisuelle et l'édition d'un communiqué de presse (la similarité supposée dans la condition 3 étant de contenu *et* de mode d'élaboration).

Ce caractère semblable de contenu *et* de mode d'élaboration interroge d'ailleurs en elle-même : s'il le contenu est semblable et que le mode d'élaboration l'est également, l'on ne voit pas très bien en quoi alors il se différencierait du droit. Certes, il n'est pas le même, il « s'apparente » ; mais, en pratique, soit un énoncé est prescriptif, soit il ne l'est pas, et, d'un point de vue procédural, un mode d'élaboration qui s'apparente mais qui serait différent semble devoir se rapprocher d'une production irrégulière de norme.

Si l'on poursuit l'analyse, l'on ajoutera que cette 3^{ème} condition, dans son volet mode d'élaboration similaire avec le droit « dur », mise en évidence le concept doctrinal interne, est totalement exclue du concept jurisprudentiel, qui élimine toute formalisation particulière des actes. Le concept doctrinal interne ne recouvre pas ici le concept jurisprudentiel. En effet, dans le concept jurisprudentiel, aucune exigence formelle ne s'impose, il s'agit en effet des « documents », « matérialisés ou non », « présentations ou interprétations du droit positif ». Cet abandon de toute formalisation du droit paraît pour le moins problématique sous l'angle des exigences de l'État de droit. Cette formalisation est en effet une garantie de la visibilité du droit, *est du droit ce qui est produit conformément aux règles qui président à la production du droit*, et des valeurs exigées par une société déterminée pour les conditions de production du droit (collégialité, légitimité de la production grâce à l'intervention de certains organes, exigences démocratiques, transparence, délibération contradictoire...). Défendre une approche totalement déformalisée du droit nourrit l'arbitraire.

De plus, par cette déformalisation de la production du droit, le concept jurisprudentiel écarte la condition de l'*autoproduction* du droit et, plus particulièrement, la question de savoir si les « documents », retenons ces termes de manière générique, peuvent être produits par l'autorité qui les a édictés en vertu des textes qui déterminent et encadrent l'exercice de ses compétences. La question de l'habilitation de l'organe à produire une norme n'est pas posée. Est ainsi évacuée la question de la compétence à produire des normes. Certes, certains de ces documents peuvent être considérés comme pouvant relever de la compétence du Chef de service pour l'organisation de

celui-ci¹⁶, mais il est loin d'être certain que tous les documents puissent s'y rattacher, d'autant qu'ils sont censés produire des effets notables sur le droit ou la situation des administrés, et, surtout, et en tout état de cause, le Conseil d'État ne se place pas du tout sur le terrain de la compétence. Aucune référence à la compétence de l'organe producteur du document de droit souple n'est faite dans le paragraphe de principe. Il faut sans doute également, le cas échéant, que ces documents soient bien adoptés par le chef de service. La difficulté d'admettre, formellement, que n'importe quel document est susceptible d'être contesté, provient du fait que l'on ne sait pas qui adopte le document, ni comment il est adopté. Écarter la question de l'habilitation conduit à écarter la question de la procédure de production et donc toute garantie formelle dans la production du droit. De plus, et en tout état de cause, la question de l'habilitation dépasse largement le pouvoir réglementaire d'organisation du service, puisque les documents de droit souple ne sont précisément pas cantonnés à l'organisation du service ou, plus exactement, ne sont susceptibles de relever de l'organisation du service que si celle-ci a une incidence sur la situation des administrés. La question de l'habilitation est encore plus décisive pour les autorités administratives indépendantes pour lesquelles il apparaît pour le moins problématique de leur connaître un pouvoir réglementaire en dehors d'une habilitation législative, aucun pouvoir réglementaire ne leur étant reconnu dans la Constitution, le Conseil constitutionnel l'ayant toutefois admis, en jugeant que les articles 21 et 13 de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »¹⁷. Retenir un pouvoir réglementaire à ces autorités en dehors de la loi est donc pour le moins irrégulier.

Certains pourront toujours considérer, au-delà de la justification pragmatique du Conseil d'État qui se félicite de renforcer les garanties de l'État de droit en acceptant de contrôler de tels actes – l'État de droit demeurant pour le moins remis en cause quand le droit est produit en dehors du droit ! –, que l'administrateur de la justice administrative ne confère pas la qualité de normes juridiques à ces actes, il reconnaît seulement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre ces actes. Sous l'angle de l'habilitation, il est difficilement soutenable, le juge administratif n'étant pas habilité par le système à produire des normes générales et abstraites, de considérer que la jurisprudence administrative constitue une habilitation confiée à tous les agents administratifs de produire des normes juridiques quelle qu'en soit les formes. Tout au plus peut-on considérer qu'elle autorise de fait, indirectement, certains organes à produire des normes sous quelques formes qui soit. L'habilitation est indirecte car elle confère une normativité du seul fait de la possibilité de contester la régularité d'un document devant le juge. Les modalités contentieuses créent la normativité. La jurisprudence habilite, *de facto*, des organes à produire des normes

¹⁶ Compétence générale précisément reconnue par le Conseil d'État lui-même, arrêt Jamar, en dehors de toute habilitation juridique et qui encourt en conséquence les mêmes critiques que celles qui sont adressées ici à la solution du Conseil d'État à propos du droit souple en termes de fondement juridique pour la production des normes juridiques.

¹⁷ Voir par exemple : CC, n°96-378 DC, 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, § 11.

générale et abstraite sans qu'aucune norme juridique du système ne le fasse, *de jure*. Ces normes peuvent donc être considérées comme des normes, à savoir l'habilitation indirecte du Conseil d'État et les documents susceptibles d'être produits par certaines autorités, mais qui ne sont pas des normes juridiques.

Sur la spécificité des énoncés, le 2^{ème} critère de la définition doctrinale interne, l'absence de *création de droits ou d'obligations*, tend à supposer une certaine inanité du droit mou d'un point de vue normatif ou, sans plus, plus justement, qu'il ne pose pas, selon la logique déontique, *d'obligation de comportement*, les droits pouvant être considérés comme permettant à des destinataires d'obtenir un certain comportement de la part de certaines personnes qui se traduit, pour ces dernières, en une *obligation d'agir*. Il faut encore ajouter qu'il faut ranger les *interdictions d'agir* dans les *obligations d'agir*, dans le sens mobilisé par le Conseil d'État, d'autant que toute interdiction d'agir peut-être formulée sous la forme d'une obligation d'agir : l'interdiction de circuler lorsque le feu est rouge pouvant être formulée à partir d'une obligation d'arrêter son véhicule au feu rouge. Si l'on suit cette logique, les énoncés contenus dans le droit souple ne sauraient être que des *permissions d'agir* et donc, notamment et tout particulièrement, des recommandations. Du point de vue de la formalisation de l'énoncé, les recommandations sont des permissions d'agir. Cette dimension est d'ailleurs à rapprocher du 1^{er} critère d'identification retenu par la doctrine interne, selon lequel les instruments de droit mou « ont pour objet de modifier ou d'*orienter* les comportements de leurs destinataires ».

La permission d'agir couvre l'orientation, mais, demeure la situation de *modification*, qui se rapproche de la définition contentieuse renvoyant aux « effets notables sur les droits ou la situation » de personnes. En conséquence, la modification doit être interprétés dans le même sens, comme recouvrant les situations dans lesquelles les documents visent à expliciter des normes générales et abstraites dans des cas plus particulier, sans pour autant poser une norme individuelle et concrète, qui déterminerait un droit ou une obligation au sens de l'autre condition du droit mou, mais seulement une norme plus individuelle et concrète dans la logique du processus de concrétisation du droit. Il s'agit d'une norme qui modifie ou affecte un droit ou une obligation existants, sans en créer de nouveau ; elle affecte ce droit ou cette obligation. L'intervention du droit mou traduit une concrétisation de l'ordre juridique et donc une explicitation à un niveau inférieur de la norme de niveau supérieur par la production d'une norme plus individuelle et plus concrète.

Les deux premières conditions du concept doctrinal interne renvoient donc à l'existence d'un énoncé prescriptif qui pose des permissions d'agir ou à une concrétisation d'une norme supérieure dans une norme inférieure.

Le concept jurisprudentiel s'inscrit donc parfaitement, et seulement, on l'a vu, dans les deux premières conditions posées par le concept doctrinal interne et l'on doit même louer la plus grande efficacité de la formule jurisprudentielle, « effets notables sur les *droits* ou la *situation* » de

l'administré, plus ramassée et parfaitement synthétique des deux premières conditions du concept doctrinal interne, « ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ». L'on retrouve ici le point précédent sous l'angle de la *permission d'agir*, un effet notable sur une *situation*, et de la modification ou la concrétisation d'un *droit* existant. Il faut également, sous l'angle du concept jurisprudentiel, relever que la portée générale du document est requise, de sorte qu'il ne pourrait y avoir de droit mou au sens jurisprudentiel en présence d'une norme individuelle et concrète.

Il reste que le concept jurisprudentiel entre également dans le concept doctrinal externe, dans la mesure où il s'agit d'acte qui ne sont pas qualifiés de norme par une autre norme, tout en contenant des énoncés prescriptifs. Pour le dire autrement, le droit mou apparaît comme caractérisant des actes contenant des énoncés prescriptifs, mais qui ne sont pas qualifiés de norme juridique par les autres normes du système juridique. Il n'est donc pas du droit, au sens de la théorie normativiste, tout en présentant un caractère normatif, en raison de la mobilisation d'énoncés prescriptifs. Que ces actes puissent emporter des effets ne soulève aucune difficulté particulière ; qu'il faille leur reconnaître une portée juridique, en ce sens seulement qu'il est possible d'en contrôler la régularité devant le juge administratif, est une question toute autre. La solution du Conseil d'État conduit à faire entrer dans l'ordre juridique, de manière indirecte et biaisé, des actes qui n'en relèvent pas et, sous couvert de garantie le respect de la régularité dans l'ordre juridique, valide de fait des actes qui n'ont aucune *rilevanza*, autorisons-nous en cet espace une référence romaine, dans l'ordre juridique. Le juge administratif suprême aurait donc pu refuser d'exercer un contrôle sur ces actes, en considérant qu'il ne s'agit pas de normes juridiques et qu'elles ne sauraient donc être contestées par la voie d'un recours pour excès de pouvoir, et mettre ainsi fin à cette production normative irrégulière. À la limite, le souci du juge administratif de ne pas écarter ces documents d'un contrôle de régularité aura pu être compensé par une censure systématique pour incompétence dès lors que l'adoption des documents contestés ne reposait sur aucun fondement juridique.

La théorie du droit, en ce qu'elle propose un cadre général d'analyse de l'objet d'étude « droit », permet de mieux situer les objets, de les identifier de manière plus précise et donc de mieux saisir le réel. Tel a été l'objectif de cette contribution que de le montrer, à partir de l'exemple du droit mou devant le Conseil d'État. Il aurait certes été tout autant possible de prendre un autre cadre, réaliste par exemple, qui aurait montré tout autre chose, tout en témoignant toujours de l'importance du cadre théorique. Il nous est toutefois apparu qu'il était nécessaire de retenir un cadre théorique suffisamment cohérent et solide pour pouvoir montrer de manière pertinente l'apport de la théorie du droit.