
Avant-propos

Par Jean-Marc Sauvé,
vice-président du Conseil d'État

Le choix du thème du droit souple comme sujet de l'étude annuelle du Conseil d'État pour l'année 2013 peut, à première vue, surprendre. Ce droit, si du moins il s'agit bien d'un droit, qui *a priori* ne bénéficie pas d'une grande force normative ni d'une quelconque justiciabilité, peut-il réellement intéresser le conseiller du Gouvernement et du Parlement ou le juge des « vrais » actes de l'administration, ceux dont la valeur normative est suffisamment affirmée pour qu'ils soient saisis, justement, par ce juge au contentieux ?

Une telle lecture de l'ordonnancement juridique et du rôle du Conseil d'État est à tout le moins datée, sinon simplement erronée. Étranger au Conseil d'État, le droit souple, pourquoi le serait-il ? La contrainte n'est depuis bien longtemps plus la seule marque de la juridicité et, à côté des sources traditionnelles du droit, qui demeurent organiquement et matériellement assez facilement identifiables, d'autres sources publiques et privées, internes comme internationales, se sont développées. Malaisées à cerner et à systématiser, ces sources sur lesquelles les prises sont parfois minces et qui souvent reposent sur certaines formes de consensus croissent de manière constante et contribuent à orienter les comportements. C'est donc, comme l'écrivait le doyen Carbonnier, que « *le droit est plus grand que la règle de droit* »¹ et le Conseil d'État pouvait d'autant moins se désintéresser d'un tel sujet que les personnes publiques sont de grandes émettrices et utilisatrices de ce type de droit.

Si l'on s'accorde sur le fait que ce droit existe, vient alors une deuxième interrogation : de quoi le droit souple est-il le symptôme ? D'un système juridique malade de ses normes ou incapable de produire des règles dont la force normative ne serait pas sujette à caution ? De l'annonce de la dilution lente d'un ordre juridique qui aurait perdu toute rigueur ?

Il semble, tout au contraire, que le droit souple puisse être l'oxygénation du droit et favoriser sa respiration dans les interstices du corset parfois un peu trop serré des sources traditionnelles de la règle. Il peut accompagner la mise en œuvre du « droit dur », comme il peut dans certains cas s'y substituer pour la mise en œuvre de politiques publiques suffisamment définies et encadrées par la loi. Que l'on nous entende bien : le postulat qui sous-tend l'étude du Conseil d'État n'est

1 J. Carbonnier, « Droit et non-droit », in *Flexible droit*, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 22.

aucunement celui d'une dévalorisation des « grandes » sources du droit, ni un renoncement aux objectifs, énoncés dans les rapports publics pour 1991 et pour 2006 du Conseil d'État, de préservation de la normativité de la loi et d'amélioration de la qualité du droit.

Le droit souple constitue, dans cette optique, bien plus une solution qu'un risque. Par un emploi raisonné, il peut pleinement contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation. Il offre en effet aux acteurs publics des espaces d'expression juridique différents des instruments purement prescriptifs que doivent rester les lois et les règlements. L'existence de tels espaces renforce, en contrepoint, la force normative attachée aux instruments traditionnels du droit en évitant la pollution par des dispositions non normatives. Surtout, le droit souple permet un élargissement de la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics comme des acteurs privés, bien qu'il soit nécessaire d'être vigilant pour ces normes d'orientation des conduites ne se développent pas anarchiquement, ni ne mettent à mal le principe de légalité.

Le droit souple n'est donc pas la marque de la déliquescence de notre ordre juridique ; c'est plus simplement le signal de son adaptabilité. Il n'existe aucune contradiction entre sa reconnaissance ainsi que son expansion et une meilleure qualité du droit. En donnant un plus grand pouvoir d'initiative aux acteurs, et au-delà plus de responsabilités, le droit souple contribue donc bien à oxygéner notre ordre juridique. Certes, l'hyper-oxygénation peut être cause de grands troubles, et c'est pourquoi le Conseil d'État s'efforce de construire une doctrine du recours au droit souple. Mais, sous la réserve d'un emploi raisonné, qui permette de veiller à sa légitimité et de ne pas porter atteinte à la sécurité juridique, il serait faux de penser que la norme juridique se trouverait ruinée à force de souplesse. La conviction du Conseil d'État est, on l'aura compris, inverse : elle est, comme le disait Sophocle, que « *c'est le manque de souplesse, le plus souvent, qui nous fait trébucher* »².

2. Antigone.