La Lettre de la justice administrative, décembre 2013

© Conseil d'État

LE « DROIT SOUPLE » VU PAR

JEAN-PIERRE SUEUR,
Président de la commission des lois du Sénat

Comment, lorsque l'on participe à l'œuvre de législation et que l'on est, par ailleurs, attentif aux oxymores, ne pas manifester un vif intérêt... mais aussi une certaine perplexité, à l'égard du droit souple auquel le Conseil d'État consacre son étude annuelle en 2013 ?

Le droit souple ne se laisse pas aisément appréhender. Il ne prescrit, ni n'ordonne. Ce n'est pas du « droit dur », mais ce ne saurait être davantage du « droit mou »... Le rapport du Conseil d'État montre que le droit souple, qui se caractérise par des gradations qui vont de la recommandation à la norme, est un fait, qu'il se développe et prend toujours davantage de place.

Le droit souple peut heurter notre tradition juridique attachée à déterminer des normes impératives. Le grand mérite de l'étude du Conseil d'État est de permettre de voir plus clair dans ce foisonnement. Le droit souple peut en premier lieu se substituer au « droit dur » quand le recours à celui-ci est impossible. Il permet également de mieux enserrer le pouvoir discrétionnaire de l'administration en lui fixant des critères d'intervention. Il est, en outre, susceptible de faire émerger des consensus et sert d'« antichambre » à la réglementation (les lois sur les conflits d'intérêts ont ainsi été préparées par des chartes ou des codes de bonne conduite). Il peut enfin constituer une alternative à l'hyper-réglementation contemporaine dont les collectivités territoriales souffrent à l'excès.

Le droit souple entraîne néanmoins plusieurs risques. Ceux-ci tiennent d'abord à des règles d'élaboration qui ne répondent pas toujours aux exigences de transparence qui en garantiraient la légitimité. Le droit souple ne doit pas davantage conduire à un détournement des règles de compétences : une autorité ne peut formuler de recommandations hors des missions qui lui sont confiées. Il ne doit pas non plus être une solution de facilité qui conduirait à écarter ou à contourner le « droit dur » au motif qu'il heurterait trop d'intérêts particuliers. Enfin, la portée des prescriptions relevant du droit souple demeure incertaine, en particulier devant le juge. D'où une question : la montée du « droit souple » se traduira-t-elle, en fait, par une extension corrélative de la « législation des juges » ?

Face à ces interrogations, le Parlement et le juge doivent assumer leurs responsabilités. À la loi d'encadrer le droit souple. Elle seule peut rendre des normes opposables aux tiers. Au juge administratif ou au juge judiciaire de préciser la portée des dispositions qui relèvent du « droit souple » et de bâtir une jurisprudence qui en assure le contrôle dans le respect de la loi. ■

.

Phoca PDF