



HAL
open science

La soft law est-elle compatible avec la démocratie ?

Anne-Marie Le Pourhiet

► **To cite this version:**

Anne-Marie Le Pourhiet. La soft law est-elle compatible avec la démocratie?. ENA Hors les murs, magazine des anciens élèves de l'ENA, 2021, 503 (2), pp.20-23. 10.3917/ehlm.503.0020 . hal-03954226

HAL Id: hal-03954226

<https://univ-rennes.hal.science/hal-03954226>

Submitted on 24 Jan 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.

La *soft law* est-elle compatible avec la démocratie ?

par Anne-Marie Le Pourhiet, professeur de droit public à l'Université Rennes 1

La question de la compatibilité de deux notions ou de deux normes exige qu'on les définisse précisément. *A priori*, en effet, la démocratie et le droit souple ne ressortissent pas au même champ puisque la démocratie désigne la source des normes tandis que la *soft law* s'intéresse à leur nature. Il convient de rappeler le sens de la démocratie et du droit avant de vérifier si ce que l'on range dans la notion de *soft law* est bien compatible avec ces exigences.

I. Le contenu de l'exigence démocratique et juridique

Il peut paraître singulier de devoir rappeler la définition de la démocratie, mais il semble que ce terme soit lui-même justement tombé dans la *soft law* pour se muer en auberge espagnole où chacun met désormais un peu ce qui lui convient. Cette notion fondamentale du droit constitutionnel fait, en effet, l'objet d'utilisations politiques, médiatiques, militantes ou doctrinales hétéroclites et contradictoires, tandis que ses rapports avec d'autres notions comme l'égalité, la liberté, la justice ou l'État de droit s'obscurcissent également non seulement dans les discours, mais même dans les textes et la jurisprudence, notamment européens.

Au commencement est l'étymologie de ce terme – *demos kratos* - c'est-à-dire le gouvernement de tous, opposé au gouvernement d'un seul (monocratie) ou de plusieurs (aristocratie). La définition parfaite en est donnée par Thucydide en 431 av. J.-C. : « *Notre constitution est appelée démocratie parce qu'elle est l'œuvre, non d'une minorité, mais du plus grand nombre* ».

C'est ce critère organique de la souveraineté collective que retient la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen inscrite en référence du préambule de la Constitution française: « Le principe de toute souveraineté réside dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » (article 3) et « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants, à sa formation » (article 6).

Pour conserver à coup sûr cet héritage démocratique la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 indique aux rédacteurs de la future constitution : « Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent les pouvoirs législatif et exécutif ».

Sur cette base, la Constitution de 1958 confirme et même renforce ses devancières. « La France est une République démocratique » (article 1^{er}), « Son principe est gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » (article 2), « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage est toujours universel » (article 3).

Certains émettent l'idée que ce principe démocratique, martelé dans le préambule et les premiers articles de la Constitution française, aurait en réalité une valeur supraconstitutionnelle implicite. En Allemagne, cette supra-constitutionnalité est inscrite dans la Loi fondamentale, dont la « clause d'éternité » de l'article 79 interdit de réviser le caractère démocratique de la RFA. La Cour de Karlsruhe a rappelé, dans sa décision du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne, de rappeler le contenu exact de l'exigence démocratique: « *Le droit*

des citoyens de déterminer librement et également la puissance publique, tant sur le plan des personnes qui l'exercent que celui de son contenu, par des élections et des votations est la partie intégrante élémentaire du principe de démocratie. Le droit à une participation libre et égale à la puissance publique est ancré dans la dignité humaine. Il fait partie de ceux des principes du droit constitutionnel allemand dont la Loi fondamentale interdit toute modification. ». Cette pique de rappel du juge allemand a évidemment une portée universelle : la démocratie est le droit des citoyens de choisir majoritairement tant les organes que le contenu de la puissance publique.

Quant à la définition du droit lui-même elle a toujours inclus les seules normes impératives fixant des droits et des obligations. C'est ce qu'a confirmé le Conseil constitutionnel en 2005, au sujet de la loi Fillon sur l'avenir de l'école en des termes qu'il convient de rappeler : « Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale... » ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ; (...) que le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».¹

La synthèse est donc claire : une règle de droit n'est démocratique que si elle découle du suffrage universel, une loi parlementaire (ou une loi référendaire ou une ordonnance) doit être « dure » c'est à dire comporter par elle-même des droits et des obligations, et enfin le législateur national ne saurait, par une rédaction équivoque et imprécise, déléguer à d'autres le pouvoir de fabriquer la loi.

En s'appuyant sur ces définitions et principes il reste à se demander si ce que l'on range sous le vocable assez indéterminé de *soft law* est conforme aux exigences démocratiques de fabrication du droit public.

II. Une *soft law* post-démocratique

Si l'on se réfère à titre indicatif aux trois critères fournis par le Conseil d'État dans son étude de 2013², les « instruments » de la *soft law* qui seraient utilisés « tant par les acteurs publics que par les entreprises » auraient pour objet de modifier ou orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion. Toutefois ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ni d'obligations, bien que présentant cependant « par leur contenu et leur mode d'élaboration un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit ». En résumé donc, la *soft law* n'est pas du droit mais lui ressemble, c'est en quelque sorte du *Canada Dry* juridique mais qui englobe une multiplicité de normes morales, économiques, sociales ou « sociétales » édictées par une grande diversité d'acteurs, sans pour autant relever non plus du contrat puisque celui-ci possède un contenu normatif et nécessite

¹ Anne-Marie Le Pourhiet, *La performance législative*, in « La performance en droit public et science politique », dir. Jean-Eric Gicquel, Presses universitaires de Rennes, 2019, p. 149

² Etude annuelle 2013 « Le droit souple », La documentation française

un consentement. Si l'on essaye de rapprocher ce magma des exigences de l'État de droit démocratique précédemment décrit l'on est évidemment perplexe.

La première question, essentielle, celle de la source du pouvoir, est de savoir si ces différents « acteurs » relèvent à un titre ou à un autre du suffrage universel ou ont été démocratiquement « habilités » à normer les comportements d'autrui. La seconde est celle de la portée effective de ces normes : est-ce que des sanctions sont applicables permettant d'exercer une contrainte sur les destinataires ?

S'agissant des acteurs publics investis directement ou indirectement par les électeurs, l'on a vu que le Conseil constitutionnel interdit en principe au législateur d'édicter des lois « souples » dépourvues de caractère normatif, à tel point d'ailleurs que la révision constitutionnelle de 2008 a institué dans son article 34-1 la possibilité pour les assemblées d'adopter des résolutions de façon à compenser la frustration de ne plus pouvoir céder dans la loi aux émotions et compassions clientélistes. Il n'en demeure pas moins que les lois « bavardes » comportant de longs articles de pures bonnes intentions filandreuses se sont encore multipliées et échappent largement au Conseil constitutionnel qui est peu sollicité *a priori* tandis que la QPC ne permet pas de sanctionner *a posteriori* les dispositions ne faisant pas grief. Le Code de l'éducation, par exemple, s'est de nouveau rempli de formules élastiques, contradictoires ou insignifiantes depuis la censure de la loi Fillon. En outre de nombreuses lois ou ordonnances ne sont que le recopiage de directives européennes elles-mêmes rédigées en termes flous et peu consistants, de telle sorte que leur transcription servile est de même nature que l'original. Quant à la traçabilité de beaucoup de ces textes, on a tôt fait de repérer qu'ils résultent très souvent d'un *lobbying* intensif de représentants d'intérêts matériels ou moraux pratiqué au double niveau européen et national.

Un autre problème s'observe au niveau du pouvoir constituant lui-même qui s'adonne désormais aussi à des rédactions approximatives, dont l'imprécision et même parfois l'inintelligibilité, revient à donner au juge constitutionnel un pouvoir d'interprétation illimité très préoccupant du point de vue démocratique. Le titre XII de la Constitution sur les collectivités territoriales contient un grand nombre de dispositions illisibles ou contradictoires. La Charte constitutionnelle de l'environnement ne vaut pas mieux et l'on est inquiet des « pleins pouvoirs » que pourrait encore donner au Conseil constitutionnel le projet de révision rajoutant à l'article 1^{er} que la France « garantit la préservation de la biodiversité, de l'environnement, et lutte contre le dérèglement climatique ».

Cette tendance à barder les textes de formules démagogiques et indéterminées destinées à satisfaire des clientèles tyranniques en quête de « reconnaissance » est un dérivé national d'une culture anglo-saxonne qui pénètre en France par le biais des normes européennes et internationales. La formule fourre-tout de l'article 2 du traité de Lisbonne sur les « valeurs » de l'Union » et la façon dont la Commission, la Cour de justice et le Parlement européen l'interprètent donnent la mesure du potentiel dictatorial de ce type d'énoncés. Chacun a bien compris, à travers les décisions de la CJUE concernant « l'Etat de droit » en Pologne et en Hongrie que cette formulation en forme d'auberge espagnole était en réalité utilisée pour imposer aux États-membres, contre leur volonté collective, un choix de société multiculturaliste importé des États-Unis. Sous l'apparence d'un droit *soft* c'est en réalité une idéologie particulière qui s'impose. En réalité, plus un énoncé est mou, vague et imprécis, plus son interprétation est susceptible d'être confisquée par une oligarchie technocratique ou judiciaire. Cette tendance est renforcée par l'habitude qu'ont prise les juges européens de faire appel à des normes de *soft law* « externes » (recommandations du Conseil de l'Europe, de l'ONU, de l'Unesco, voire même rapports d'ONG, etc...) qu'ils jugent « pertinentes » pour interpréter les traités.

Un exemple de *soft law* particulièrement problématique au regard de la démocratie est donné par le rapport rédigé en 2007 par l'« experte indépendante » du Conseil des droits de l'homme de l'ONU au sujet du statut des « minorités » en France³. Cette personne, dont le *curriculum vitae* signale qu'elle est membre d'une fondation philanthropique américaine, « recommande » aux autorités françaises de changer l'interprétation de la Constitution dans un sens favorable à la reconnaissance des minorités, de ratifier la Charte européenne des langues minoritaires et régionales, d'appliquer de façon « souple » la loi de 2004 prohibant les signes religieux ostentatoires à l'école et de créer des organes consultatifs composés de personnes issues des minorités « afin qu'elles puissent participer pleinement à toutes les décisions les concernant ». Peu importe que la France ne soit partie à aucune convention sur les droits des minorités et qu'elle ait émis une réserve expresse sur l'article 27 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, l'« experte indépendante » n'a cure ni de la démocratie, ni même de l'État de droit.

La généralisation de l'écriture inclusive dans les Universités françaises et la rédaction des avis, rapports et recommandations d'un certain nombre d'organismes pourtant estampillés « République française » comme le Haut Conseil de l'égalité entre les femmes et les hommes montrent aussi comment des normes issues d'officines militantes totalement coupées du suffrage universel parviennent à s'imposer de façon plus autoritaire que démocratique.

Les pouvoirs exorbitants qu'ont pu acquérir directement certaines entités privées transnationales, capitalistes et/ou philanthropiques, dont on peut constater qu'elles triomphent aisément des souverainetés nationales et donc des choix démocratiques, sont aussi le symptôme le plus évident de la post-démocratie⁴.

Hormis donc quelques aspects insignifiants ou inoffensifs, les normes dites de *soft law* soulèvent de graves questions au regard tant de la démocratie que du pluralisme et du libéralisme politiques qui la conditionnent.

³ Rapport Gay McDougall, ONU – Ass.générale – A/HRC/7/23/Add.2 – 3 mars 2008

⁴ Jacques Chevalier, L'Etat post-moderne, LGDJ, 2017, 5^e éd.