

Soft law et hard law dans le «réseau» des sources

Roberto Senigaglia
(Professore associato di Diritto privato nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The author supports the participation of the rules of soft law in the system of sources of law, through the work of interpretation. He represents the system of sources of law in horizontal terms, using the image of the network, thereby overcoming the vertical image of the pyramid.

Durant mon intervention, je chercherai à soutenir la thèse de la *soft law*, comme ensemble de règles devenues partie intégrante du système des sources dans l'ordonnancement, à travers l'activité interprétative.

L'absence de contrainte, la structure non conditionnelle et la formation à charge des destinataires à travers la méthode corporative ou de la coordination ouverte (voir article 5 TFUE), marquent la distance entre les règles de *soft law* et celles de *hard law*; lesquelles, vice-versa, se caractérisent par l'émanation de la souveraineté de statut, munies de sanction et structurées selon des termes généraux, abstraits et hypothétiques (SPERTI, *Un soft law costituzionale?*, in *Pol. dir.*, 2012, p. 107 ss.).

Seules ces règles, posées selon de rigides procédures qui filtrent le fait en le traduisant dans le langage des préceptes, sont *formellement* députées à la création du droit. En revanche, la règle qui ne traverse pas le filtre de la procédure, posée par des sujets non légitimés à former le droit, ne devrait pas se qualifier de juridique.

En se basant sur ce schéma de raisonnement, nous devrions conclure que les règles de *soft law* sont des règles à caractère purement (bien que typiquement) social. De nombreux auteurs diffusent cette conclusion, car ils ont été convaincus par le fait que, dans la *soft law*, la sanction soit substituée par une prévision-remède, dont le but est de réaliser le contenu de la règle d'une manière non pas *co-active* mais à travers la *désapprobation* du «groupe» d'appartenance qui a *reconnu* la validité de la règle.

Toutefois, il semble que les arguments sur lesquels repose le refus de la juridicité des règles de *soft law* – non structurées formellement comme

les règles de *hard law* – soient trop rigides. Il suffit d’observer que toute les règles *hard* ne sont pas formulées en des termes généraux, abstraits et conditionnels, et ne sont pas toutes accompagnées d’une sanction (pensons, par exemple, aux règles de principe).

Le seul point de distance qui mérite, à notre avis, d’être analysé est, tout au plus, la méthode de production de la règle, qui échappe totalement aux analyses formelles présidées par le principe de démocratie représentative.

De ce point de vue également, nous postulons que le discours sur la *soft law* ne se réfère pas à ce qui n’est pas du droit, mais à une entité qui génère des normes juridiques et donc participe au *corpus* nominatif, nécessairement toutefois avec les règles de *hard law*; donc, pas une source autonome du droit, mais une source parmi les sources. C’est le sens de l’architecture horizontale du système des sources, représentée à travers l’image du *réseau*, mise en contraste par rapport à l’architecture verticale de la *pyramide*: tout comme le réseau est formé de nombreuses contraintes reliées entre elles en sens horizontal, le système des réseaux est formé par tous ces facteurs qui, dans le cadre d’un certain contexte juridique, contribuent à *générer* les normes (OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2000, 44, p. 1 ss.; PASTORE, *Soft Law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e dir.*, 2003, p. 5 ss.).

Cette image dépasse évidemment la traditionnelle distinction entre sources formelles et sources matérielles, sources-acte et sources-fait, sources ordinaires et sources *extra ordinem*, en posant au contraire toutes les règles (qui à différent titre revêtent une typicité sociale) dans un rapport d’interaction, étant donné que toutes contribuent, même si de manière différente, à *former* le droit.

Il s’agit d’un phénomène qui a connu son apothéose au temps de la globalisation de l’univers juridique, quand les forces économiques ont abattu ouvertement le monopole sur le droit des organes de statut détenteurs du pouvoir législatif, en exigeant des disciplines déracinées des États et strictement adhérentes aux instances des catégories d’appartenance. On comprend alors la dimension que prend le phénomène de la *soft law*, qui se tourne non seulement vers le droit national, mais aussi vers le droit européen et celui international: résolutions, avis, programmes, communications, recommandations, orientations, instructions, codes de conduite, modèles contractuels, instruments optionnels de régulation, etc. sont seulement quelques-unes des expressions de «droit souple» qui intéresse transversalement tout cadre juridique (SYDNER, «*Soft law*» e *prassi istituzionale nella comunità europea*, in *Soc. dir.*, 1993, p. 79 ss.).

Mais il s’agit seulement, comme nous le disions, d’une apothéose. En effet, le rôle et l’importance juridique des règles de *soft law* ne méritent pas cette connotation de nouveauté qui semble émerger de nombreuses pages de la littérature juridique qui lui est dédiée.

En tournant son regard vers le secteur du droit privé, majoritairement intéressé par la globalisation (c'est-à-dire le droit contractuel), le principe de l'autonomie privée qui le gouverne a prétendu, déjà à la formation des codes modernes, l'articulation prédominante de normes dispositives, en laissant de l'espace à différentes prévisions des parties.

À tout ceci s'ajoute le rôle fondamental que revêt la clause générale de bonne foi dans toute procédure contractuelle, ainsi que les principes d'ordre public et de bonne mœurs, qui – encore une fois – laissent de l'espace aussi à des règles non instituées par des sources formelles. C'est dans ces espaces, en effet, que s'est toujours insinué le «droit souple», la *soft law*, sous forme de *standards* comportementaux, pratiques entrepreneuriales, codes de conduite généralement acceptés dans le secteur de référence et donc munis d'un degré élevé de persuasivité. Un procédé de pénétration dans le système juridique arbitré par la jurisprudence, théorique et pratique, qui a toujours puisé à la source de ces règles pour reconstruire les significations normatives de la discipline du contrat.

Dans le contexte actuel global et européen, au sein duquel s'est affirmé un modèle ordolibéral, le recours à des instruments de *soft law* devient une nécessité à laquelle il est impossible de renoncer; le déploiement des rapports économiques au-delà de toute barrière territoriale et l'affirmation en Europe d'un marché unique exigent des règles élastiques, en-dehors de la rigidité des systèmes juridiques nationaux et formulées selon un langage juridique «global». On enregistre, en ce sens, la circulation de modèles contractuels réalisés par les *law firms* américaines ou, au niveau européen, l'affirmation de «codifications doctrinales» (le dernier en date: le Draft Common Frame of Reference), comme les instruments optionnels capables de parler le langage «commun» des États membres (SOMMA, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 437 ss.) .

La notion de juridicité de toutes ces règles est alors exprimée non tant dans la contrainte, mais par le niveau de *persuasivité*, d'effectivité, qui se traduit précisément dans la capacité d'être l'expression du consensus des catégories intéressées. Tant et si bien, que les modèles contractuels internationaux proviennent des cabinets juridiques qui assistent les opérateurs les plus significatifs (au niveau global) d'une certain secteur de marché; les codes de conduite reposent sur le consensus des destinataires et synthétisent les instances des *stakeholders*; les projets européens de codification sont le résultat du travail des juristes de tous les pays membres. En bref, le «droit souple» est un droit qui, tout en n'étant pas une expression de la souveraineté de statut (députée à organiser la société selon la méthode de la démocratie représentative), est un instrument de composition du conflit, avec la méthode de la démocratie participative, évidemment moins exposée à la désapprobation que les destinataires de la règle.

Cette phénoménologie a souvent été mise en regard – avec toutes les distinctions qui lui sont dues – de l'expérience tardo-médiévale de la *lex mercatoria*, elle aussi arrivée «du bas», conçue par d'intelligents marchands au moment du fort développement commercial et maritime, et correspondant trait pour trait à leurs exigences en termes de règles.

Somme toute, en évoquant à nouveau la distinction qui remonte à Savigny, aux côtés d'un droit produit «par le haut», il y a un droit qui émerge «du bas», mais tous deux contribuent à former le même droit sur le plan de l'effectivité, de la reconnaissance des sujets impliqués, c'est-à-dire de la séquence indivisible qui relie légalité, légitimité et efficacité.

Il en résulte que la théorie des sources du droit ne peut pas être séparée de la considération de la *soft law*; et ceci parce que cette théorie ne peut être explicitée séparément de la théorie de l'interprétation du droit. Les significations du droit, en effet, s'affirment dans l'effectivité et en ce sens la *soft law* – comme enseigné par la doctrine – ne peut que constituer «un profil interne à la manière d'être même du procédé interprétatif» (LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1207 ss.).

En définitive, dans le dense réseau des sources sont reconnaissables des trames *hard*, qui se caractérisent par un degré élevé de contrainte, et des trames *soft*, qui tout en n'ayant pas de caractère reliant, sont expressément reconnues par les destinataires comme des règles efficaces et donc valides pour influencer également sur les «noyaux durs», en définissant – dans un rapport étroit d'interaction rendu possible par l'activité interprétative – leur sens et leurs significations. Par ailleurs, ceci n'est pas une nouveauté à l'intérieur du système: on connaît les illustres élaborations théoriques qui classifient les normes selon le degré de contrainte.

La règle de *soft law* remonte donc à une source *atypique*, parce qu'elle participe à la formation du droit en influant sur le système à travers l'activité herméneutique. Le propos sur les sources du droit doit alors être mené en clé interprétative et, selon cet angle de vue, droit «souple» et droit «rigide» coexistent dans l'unicité des significations juridiquement intéressantes, aptes tous deux à conformer la source. Avec ceci, on ne veut certes pas reconnaître à la jurisprudence le rôle de source du droit, mais sa typique fonction institutionnelle, celle de reconstruire les significations du droit selon une large perspective de la source à laquelle puiser, en considérant les règles *effectivement* juridiques, qui peuplent le réseau du système des sources.

En ces termes, le monopole et le contrôle de l'État sur le droit peuvent se considérer comme n'étant pas complètement abattus.