

Section I

Le *soft law* et les deux droits

Antoine BAILLEUX*

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis
Avocat au barreau de Bruxelles.

Introduction

S'il n'est plus grand monde pour croire à la neutralité des discours scientifiques, la communauté des juristes reste paradoxalement peu consciente de l'impact de ses propres constructions théoriques sur l'objet qu'elle prétend étudier. Il faut pourtant y insister, « la science du droit n'a pas un objet qui lui serait intégralement donné de l'extérieur. Elle contribue à la construction de ce qu'elle étudie¹ », de sorte que « [c]eux qui se donnent pour tâche de connaître et de faire connaître le droit ont une influence directe et considérable sur son contenu même² ».

Si ces considérations épistémologiques vouent déjà à l'échec toute tentative de saisir « à nu » des concepts juridiques consacrés par le droit positif, elles plongent *a fortiori* dans un profond embarras quiconque ambitionne de traiter du *soft law* dans un ouvrage consacré aux sources du droit. Aussi conviendra-t-il, dans un premier

* Tous nos remerciements vont à Hugues Dumont, Isabelle Hachez, François Ost et Michel van de Kerchove pour leurs commentaires et discussions d'une version préliminaire de cette contribution.

¹ C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, Paris, 1985, p. 88.

² *Ibidem*, p. 83.

temps, de mener une réflexion sur les conditions de possibilité d'une prise au sérieux du *soft law* dans une entreprise de revisitation des sources du droit. Loin d'être un contretemps, ce détour épistémologique nous conduira à formuler l'esquisse d'une nouvelle approche du phénomène juridique, que l'on qualifiera de praxéologique. Au bénéfice de cette approche, le droit apparaîtra non plus simple mais double, divisé en une face normative et une face cognitive (I).

Armé de ces nouveaux outils conceptuels, il s'agira dans un second temps d'analyser le *soft law* au prisme de ces « deux droits ». S'appuyant sur les catégories forgées par Isabelle Hachez, l'on s'attachera à démontrer que le *soft law* habite principalement le volet cognitif du droit, et qu'il y occupe même une place centrale. Mais on observera aussi que cette centralité offerte au *soft law* par les « diseurs de droit » s'explique davantage par l'instinct de conservation de ceux-ci que par leur conviction réfléchie, et qu'elle mérite d'être questionnée (II).

I. Prendre le *soft law* au sérieux

Il n'est pas facile de prendre le *soft law* au sérieux. Aussi conviendra-t-il, afin de les conjurer, d'identifier au préalable les obstacles épistémologiques qui hypothèquent toute tentative de recours au *soft law* dans le cadre d'une cartographie raisonnée des sources du droit (A). Ce n'est que dans un second temps que l'on sera à même de s'engager, prudemment mais résolument, dans une approche « praxéologique » du phénomène juridique, à la recherche des deux versants qui le constituent et sur lesquels se déploie le *soft law* (B).

A. Obstacles épistémologiques : ce que nommer le *soft law* veut dire

La dynamique collective dans laquelle s'inscrit la présente recherche donne à celle-ci une orientation *a priori* peu compatible avec l'objet qu'elle prétend étudier. Travailler à une théorie revisitée des sources du droit à partir des travaux de H.L.A. Hart, c'est accepter

de se placer – fût-ce pour l'amorce de la réflexion – sur le terrain du positivisme juridique. A son tour, ce positionnement n'est pas neutre. Il implique de partager – du moins comme point de départ – le présupposé fondateur de la théorie positiviste, à savoir la clôture des ordres juridiques et la pureté de la science qui les analyse. Comme l'affirme Kelsen, « [l]a définition de la notion même du droit constitue l'une des tâches essentielles de la science juridique, car la définition de l'objet de cette science permet de la délimiter par rapport aux autres disciplines normatives, telles que l'éthique et la politique. Ce n'est qu'en établissant une distinction très nette entre le droit et la morale qu'on peut échapper à ce syncrétisme néfaste qui risque de compromettre l'existence même de la science juridique en la ramenant à un raisonnement politique³. »

On aperçoit d'emblée le porte-à-faux dans lequel le concept même de *soft law* se situe par rapport à une entreprise positiviste de revisitation des sources du droit. Gérard Timsit rappelle très justement qu'« [i]l existe deux sortes de concepts en droit. Les concepts du discours *du* droit – du droit positif. Et ceux du discours *sur* le droit. [...] »⁴. Qu'il soit utilisé dans le premier ou dans le second sens susdits, le concept de *soft law* semble mener à une impasse lorsqu'il est appréhendé dans une perspective positiviste. Expliquons-nous. Dans le cadre d'un exercice de dogmatique juridique, d'une part, il pourrait paraître tentant de faire du *soft law* (ou d'une partie de celui-ci) une nouvelle source du droit positif. Le *soft law* serait ainsi intégré à l'ordre juridique et, pour reprendre les termes de Timsit, au discours *du* droit. Qui ne voit cependant que pareille incorporation du concept de *soft law* procèderait d'une contradiction performative ? La simple intronisation de ce concept dans l'ordre juridique signifierait son délitement. En intégrant l'ordre juridique, le *soft law* perdrait son aspect *soft*. Arrimé à la logique binaire (valide/non valide) postulée par le positivisme juridique, il deviendrait du « simple » droit. « Déparadoxé », ce concept perdrait toute raison d'être.

³ H. Kelsen, *Controverses sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Panthéon-Assas, Paris, 2005, p. 81.

⁴ G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, vol. 33, 2001, p. 3.

Les perspectives ne sont guère meilleures si l'on fait du *soft law* l'instrument d'un discours *sur* le droit. Manié à distance, en surplomb du droit positif, le *soft law* peut déployer les propriétés paradoxales qui en font un outil si fécond. Mais s'il est riche de potentialités dans le cadre d'une théorie critique ou dialectique du droit⁵, qui entend dénoncer les limites descriptives d'une approche binaire de la validité, ce concept est par définition incompatible avec le positivisme juridique qui promeut cette approche du tout ou rien. Pour le dire autrement, l'oxymore *soft law* ne peut pas, par définition, être intégré à une théorie positiviste « classique », qui repose tout entière sur l'étalement des parois entre droit et non-droit.

Est-ce à dire que les tenants du positivisme juridique sont aveugles à la profusion des instruments qui se développent dans l'« entre-droit » ? Est-ce à dire, pour le dire plus brutalement encore, que le positivisme juridique est dépassé et qu'à tout prendre, ce sont ses fondamentaux et la théorie des sources qu'il faut jeter par-dessus bord, et non point le concept de *soft law* ? Sans doute pas. Il faut d'abord observer que le positivisme juridique tourne *délibérément* le dos au *soft law*. Conscient de l'existence de manifestations normatives qui brouillent les frontières de la pyramide des normes, il *refuse* d'y « faire droit ». Ce faisant, il ne prétend pas être neutre. Il fait de la « pureté » de sa science et de l'objet auquel elle s'applique une profession de foi, un acte de volonté, et non pas le résultat d'un simple constat empirique⁶.

⁵ Cf. p. ex., F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 318.

⁶ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1999, p. 9 : « Pourquoi se dénomme-t-elle elle-même une théorie "pure" du droit ? C'est pour marquer qu'elle *souhaiterait* simplement assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet. En d'autres termes, elle *voudrait* débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers. Tel est son *principe méthodologique fondamental*. » (nous soulignons). La position de Hart est, à cet égard, plus difficilement défendable dès lors que le philosophe du droit anglais entend fournir une description neutre du droit. Cette ambition a été critiquée comme intenable, tant par Dworkin que depuis les rangs positivistes eux-mêmes. Pour un compte-rendu de ces critiques, cf. A. BAILLEUX, « "Hart vs. Dworkin" and its Progeny : actualité du

Si les limites descriptives d'un tel modèle ne sont plus à démontrer, elles ne lui ôtent pas pour autant toute pertinence. C'est que ce modèle rencontre, entretient et amplifie les mythes sur lesquels le droit tout entier se construit. François Ost dit ainsi très justement de Kelsen qu'il « a tiré, de façon conséquente, les conclusions qui se dégagent des postulats de la dogmatique juridique. Ce faisant, il a sans doute plus contribué à rationaliser le discours de juristes qu'à faire progresser une véritable science du droit, explicative de son objet. En un sens, Kelsen exprime ainsi la vérité du droit : *comprendons la vérité des dogmes, croyances et mythes partagés par les juristes, et notamment leurs idéaux logiciens, leur désir d'unité, de clarté et de sécurité [...]* »⁷. En postulant ainsi la clôture de l'ordre juridique et le principe d'une validité binaire, le positivisme juridique théorise et donne ses lettres de noblesse à l'« hypocrisie collective » sur laquelle est fondé le « jeu » du droit. Pour le dire plus simplement, avocats, juges, acteurs du droit font « comme si » leurs raisonnements étaient imperméables aux considérations extérieures à l'« empire du droit ». Le positivisme juridique entend prendre au sérieux ce discours juridique et le mythe de son autonomie.

A-t-il raison de le faire, ou une science du droit digne de ce nom devrait-elle au contraire s'attacher à déconstruire, à démonter les faux-semblants sur lesquels s'échafaude le système juridique ? Il nous semble qu'il y a là – et c'est un point crucial – une fausse alternative. Il est indéniablement utile et salutaire, dans une perspective externe, de dessiller les juristes sur le caractère contrefactuel des postulats qui fondent leur discipline. Cette entreprise critique n'entame cependant en rien la pertinence d'une approche – d'avantage externe sans doute –, qui épouse le point de vue des juristes. C'est que s'il est vrai que « [l]e droit n'est pas ce qu'il dit être, ce qu'il croit être, c'est-à-dire quelque chose de pur, de parfaitement

« combat des chefs » dans la littérature anglo-saxonne », *R.I.E.J.*, vol. 59, 2007, p. 173-220.

⁷ F. OST, « Le droit comme pur système », in P. Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991, p. 148 (nous soulignons).

⁸ P. BOURDEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. Chazel, J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, collection « Droit et Société », LGDJ, Paris, 1991, p. 95-99.

autonome, etc. [...] le fait qu'il se croie tel, et qu'il arrive à le faire croire, contribue à produire des effets sociaux tout à fait réels [...] ». Plus encore, il n'est sans doute pas excessif d'affirmer que le mythe de sa clôture normative est une condition d'existence du droit – du droit moderne en tout cas. Théoriser le droit comme système, c'est par conséquent reconnaître la nécessité et l'utilité de ce jeu de langage en tant que tel – c'est en quelque sorte participer à la fonction sociale du droit¹⁰.

Dans ces conditions, que faire ? Nous revoilâ au pied de l'obstacle épistémologique signalé plus haut. Instrument par excellence d'une théorie critique, le concept de *soft law* nous entraîne sur la voie de la dénonciation, de la déconstruction, du point de vue externe. L'inviter dans le champ juridique, c'est faire entrer le loup dans la bergerie. L'importer dans une entreprise de reconstruction

⁹ P. BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », *op. cit.*, p. 99.

¹⁰ François Ost affirme à l'endroit de la théorie de l'autopoïèse développée par Luhmann et Teubner – sans doute plus proche de la théorie kelsenienne du droit qu'il n'y paraît de prime abord – que celle-ci « est en permanence exposée au risque de redoubler le point de vue interne des juristes, on veut dire la *Selbstdeutung*. L'auto-interprétation des matériaux juridiques par eux-mêmes. Avec, à la clé, le danger d'avaliser, sans distance critique, les dogmes et postures pratiques qui, nécessairement, structurent cette auto-interprétation. A l'appui de cette interprétation, je relève le reproche inverse que Teubner adresse [...] à la théorie du jeu, décriée parce qu'elle ne donnerait pas de direction claire au magistrat. Mais précisément, est-ce le rôle d'une science du droit que de contribuer à la création des normes juridiques ? Ce rôle pratique, qui s'apparente à celui du souffleur sur la scène de théâtre, me paraît être celui de la doctrine juridique, discours "demi savant" pour parler comme Bourdieu, auquel nous préférons le rôle du "critique d'art" développant, au bénéfice d'un minimum de rupture épistémologique, un discours critique sur son objet. » (F. OST, « Les frontières de la juridicité : dialectique ou autopoïèse ? », in P. Robert, F. Soubiran-Pallet, M. van de Kerchove (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales, pour une sociologie des frontières*, L'Harmattan, Paris, coll. « Logiques sociales », Déviance/ GERN, 1997, t. 1, p. 288). S'il a le mérite de souligner qu'une théorie critique et une théorie « mythologique » du droit ne se situent pas sur le même plan, ce propos nous paraît indûment réduire la seconde à une simple expression de la doctrine juridique. Il nous semble à la fois possible et nécessaire de distinguer le discours appliqué de celui qui « joue le droit » et le discours savant de celui qui voit dans ce jeu la condition de possibilité du droit et, pour cette raison, s'efforce d'en élucider les règles.

ou de revisitation de la théorie des sources, c'est vouloir se servir d'un marteau comme d'une brique.

La gageure est d'importance. Elle constitue un test de falsifiabilité décisif pour l'approche « interne modérément ouverte » que l'on a défendue ailleurs¹¹. Elle ne souffre aucun faux-fuyant. Pas question, donc, de se cantonner dans un point de vue externe radical qui consisterait, face à la prolifération du *soft law*, à conclure à l'inanité – ou, en tous cas, à la disparition – des frontières entre droit et non-droit. Pas question non plus de jouer l'autruche et, dans une ligne positiviste dure, de rejeter uniformément dans les limbes du non-droit toute forme de *soft law* qui ne répondrait pas aux critères formels de la validité juridique. Enfin, et c'est sans doute la menace la plus sérieuse, il ne sera pas davantage question de construire des ponts en trompe-l'œil entre les perspectives interne et externe, qui verraient des juristes, par une sorte de déformation professionnelle, ramener sous une seule bannière tout ce qui, par la forme (le langage juridique) ou par la portée (la visée normative), ressemble à du droit.

B. L'intérêt d'une approche « praxéologique » du droit

Le point de départ de cette recherche s'enracine dans le discours des juristes. Avertie du succès grandissant du concept de *soft law* auprès de la communauté des juristes, c'est à Isabelle Hachez que revient le mérite d'avoir cartographié les différentes « réalités » que l'on entendait communément désigner par ces termes. Dans la contribution d'ouverture de cette recherche collective, Isabelle Hachez décrit, recense, inventorie, classe avec brio les différentes « espèces » appartenant au « genre » *soft law* et analyse leur réception dans l'ordre juridique étatique¹². Deux ans plus tard, au terme d'une lecture attentive des contributions qui forment le présent

¹¹ Cf. H. DUMONT, A. BAILLEUX, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, vol. 75, 2010, p. 275-293.

¹² Cf. I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "sources du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 1-64.

ouvrage, Isabelle Hachez reprend, étoffe et infléchit quelque peu son analyse¹³. Celle-ci se clôture sur une note perplexe, l'auteur estimant que demeure ouverte la question de la pertinence et de l'utilité du concept même de *soft law*.

Nous voudrions prolonger ces réflexions en leur donnant un tour un peu plus dramatique. L'examen auquel se livre Isabelle Hachez dévoile l'immense diversité des « *soft law stuffs* »¹⁴. Il démontre, si besoin en était, que le *soft law* n'est pas une catégorie monolithique susceptible d'être appréhendée *in globo*. Plus radicalement, il paraît aussi souligner l'inanité d'une entreprise qui viserait à trancher la question du statut de source du droit du *soft law* en général. Tantôt lové dans l'ordre juridique, tantôt rôdant à ses frontières, tantôt encore y opérant de rapides incursions, le *soft law* présente trop de visages pour être utile au droit – comment y attacher un régime juridique uniforme ou à tout le moins cohérent? – ou à la doctrine – comment utiliser un concept aussi flou pour classer et systématiser les éléments de l'ordre juridique?

Ce constat ne conduit pourtant pas à une impasse. C'est que, par son omniprésence et sa persistance, le mirage du *soft law* nous en dit long sur la nécessité de repenser les frontières de la juridicité. Du cœur de l'ordre juridique – songeons au *soft law* intralégislatif cédé dans des dispositions constitutionnelles – jusqu'à ses plus lointaines provinces – songeons au *soft law* paralégislatif qui se dégage des codes de conduite des multinationales –, la notion de *soft law* crée les limites d'une présentation du droit comme système absolument

¹³ Cf. I. HACHEZ, « Le *soft law*: Qui trop embrasse mal étreint? », publié dans ce volume.

¹⁴ Pour mettre en exergue le caractère forcément empirique et intuitif de l'entreprise cartographique d'Isabelle Hachez, l'on se permet cette référence à la notion de « *law stuff* » utilisée par K. Llewellyn pour désigner « any phenomena in the culture which relate discernably to the legal; it includes rules of law, legal institutions of any kind, the presence and activity of lawyers, judges, jailors, law libraries and their use, courts, "habits" of obedience, a federal system: in short, to repeat, anything in the culture whose reference is discernibly legal, when that anything is being viewed under that discernibly legal reference » (K. LLEWELLYN « The Normative, the Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method », *Yale Law Journal*, vol. 49, 1940, p. 1355-1400, ici p. 1358).

autonome (*soft law*) en même temps qu'elle en congédie une vision réaliste à l'extrême qui dénie au droit toute spécificité (*soft law*).

S'il renvoie dos à dos les tenants d'un positivisme « dur » et les partisans d'un point de vue externe « radical », ce constat peut nous emmener sur deux voies différentes, qui nous semblent également fécondes et, pour tout dire, complémentaires.

La première se traduit par ce que François Ost et Michel van de Kerchove ont appelé un « point de vue externe modéré », qui consiste à livrer une analyse « dessillée » du phénomène juridique; une analyse qui entend donner du droit une description plus critique et plus réaliste que celle qu'en fournissent les « gardiens du temple », les acteurs du jeu du droit, ceux qui font comme si le droit était parfaitement autonome et fonctionnait selon une logique binaire. La pertinence et la fécondité de cette approche, qui prétend compléter (surplomber) et non remplacer celle des « joueurs du droit », nous paraissent absolument incontestables. Ce point de vue externe modéré irrigue du reste l'ensemble de cette recherche collective.

Dans un article stimulant proposant une critique de la théorie du droit comme jeu développée par François Ost et Michel van de Kerchove, Gunther Teubner affirme toutefois à l'endroit des théories critiques du droit que « le déconstructivisme se satisfait manifestement de déconstruire la doctrine juridique en provoquant et en horrifiant à coups d'antinomies et de paradoxes la communauté universitaire. La théorie autopoïétique du droit jette alors un froid en posant la question : et après la déconstruction ?¹⁵ ». A sa suite, l'on pourrait affirmer : et après le *soft law*? Et après le paradoxe que ce-lui-ci incarne? N'a-t-on d'autre choix que celui de la dénonciation des mythes du droit – aussi intelligente et compréhensive soit-elle du point de vue interne – et celui de l'adhésion aveugle à ceux-ci? Entre science du droit externe et doctrine interne, n'y a-t-il pas de place pour une science « introspective » du droit, qui s'appuie sur une théorie du mythe juridique?

¹⁵ G. TEUBNER, « Briser les cadres : le "jeu" mondial entre "systèmes" sociaux et juridiques », in P. Robert, F. Soubiran-Paillet, M. van de Kerchove (dir.), *op. cit.*, p. 230.

Teubner nous montre peut-être la voie lorsqu'il poursuit son raisonnement en s'appuyant sur le concept de morphogénèse. Il fait sien l'affirmation de Krippendorff selon laquelle « les paradoxes paralysent l'observateur et peuvent aboutir soit à l'effondrement de son monde, soit à une complexité accrue de sa représentation de ce monde. C'est ce dernier cas que l'on pourrait caractériser comme morphogénèse¹⁶ ». Cette morphogénèse, suggère encore Teubner, peut surgir à la faveur d'une « rentrée », qu'il décrit de la façon suivante : « La distinction de départ a engendré une forme comportant deux côtés. Or, voici qu'une distinction entre les deux côtés fait une "rentrée" à l'intérieur de l'un de ces deux côtés et qu'elle repa-rait en elle-même. La distinction entre en elle-même après avoir indiqué l'un des deux côtés. Mais alors elle n'est plus la distinction première. Elle est devenue la "représentation" de la distinction à l'intérieur de l'un de ces pôles. Elle est l'"internalisation" de la distinction entre externe et interne. [...] Le cadre réapparaît dans le tableau, la limite s'incorpore au territoire. [...] [L]a "rentrée" trans-forme et préserve le paradoxe en donnant à ses contradictions la formulation nouvelle d'une distinction à l'intérieur d'une distinction¹⁷. »

S'inspirant (librement) de ces concepts de rentrée et de morphogénèse, nous souhaiterions proposer une représentation plus complexe de la réalité juridique en faisant « rentrer » la distinction « valide-non valide » – battue en brèche par le paradoxe du *soft law* – à l'intérieur même du droit. On voudrait ainsi explorer ici la seconde voie ouverte par le *soft law*, une voie sans doute moins bien balisée, qui pourrait utilement compléter le point de vue externe modéré ainsi que ce que l'on a pu appeler ailleurs le point de vue interne modérément ouvert sur le droit. On se permettra de solliciter d'emblée l'indulgence du lecteur quant aux points aveugles de cette tentative, qui trouve ici sa première formulation¹⁸.

¹⁶ G. TEUBNER, « Briser les cadres : le "jeu" mondial entre "systèmes" sociaux et juridiques », *op. cit.*, p. 232.

¹⁷ *Ibidem*, p. 233.

¹⁸ Le lecteur ne manquera pas de discerner, dans cette tentative, certaines similitudes – mais aussi de nombreuses différences – avec la théorie autopoïétique du droit développée par Luhmann et Teubner. Les limites (dans le temps et

Cette seconde voie est celle d'une approche que l'on pourrait qualifier de « praxéologique » en ce sens qu'elle s'appuie sur le droit comme pratique, comme jeu, comme mythe, tel qu'il est présenté et vécu par ses acteurs¹⁹. Dans cette perspective, le droit n'existe pas en dehors des images qu'en donnent ceux qui prétendent le « dire ».

A rebours d'une perspective « essentialiste », cette approche considère le droit comme un registre du discours et rien d'autre. Le droit s'y limite à la photographie, à un instant *t*, qui en est donnée par un « diseur de droit ». On fait ici référence à tous ceux qui, à un moment donné, *prétendent* dire ce qu'est le droit – juges, auteurs de doctrine, mais aussi fonctionnaires, voire simples particuliers – par opposition aux « faiseurs de droit » que sont ceux qui *prétendent* dicter le contenu du droit *ad futurum* – législateur, exécutif, cocontractants, etc. Il s'agit là bien évidemment de jeux de rôle, avec tout ce qu'ils ont de contrefactuel, que la même personne peut sans difficulté exercer successivement voire simultanément.

Cette représentation du droit a ceci d'original qu'elle se rend *votairement* captive du discours véhiculé par les « diseurs de droit », faisant de ce discours le seul objet saisissable par la science du droit.

dans l'espace) de cette contribution nous ont cependant dissuadé de nous lancer dans une comparaison pied à pied de ces deux approches.

¹⁹ Sur cette approche, cf. B. DUPRET, *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, Paris, 2006, p. 173-189. On rapprochera ce point de vue de celui développé par K. EHRENBURG (« Archimede's Ground : a Matter of Methodology », 2007, disponible sur <http://ssrn.com>). En réplique à l'argument selon lequel le droit n'a pas de « structure profonde » ou d'« ADN », Ehrenberg s'appuie sur l'« approche institutionnelle » défendue par Raz et la notion de « fait institutionnel » dégagée par Searle. A la suite de ces deux penseurs, il soutient l'idée que le droit est une pratique institutionnelle qui doit être comprise et analysée dans son contexte. Avec Raz, il affirme ceci : « En reconnaissant le droit comme une institution sociale dont l'impact dépasse largement le cercle des acteurs juridiques et en reconnaissant ses points de contact avec d'autres institutions sociales, nous suggérons l'existence de nouvelles vérités à découvrir et à décrire, des éléments de la pratique dont nous ne sommes pas pleinement informés » (p. 16). Dans la ligne de Searle, il ajoute : « [...] la reconnaissance du droit comme une pratique continue pointe dans la direction d'une structure profonde d'un genre différent [de l'ADN qui caractérise une espèce], une structure qui implique des actions, des attitudes et des mots. Une description de la manière dont ceux-ci constituent le droit revient à une description de la structure institutionnelle profonde du droit [...] » (p. 20).

Ecartant comme irrelevantes les considérations extrajuridiques qui orientent secrètement la *juris-dictio* et les logiques de persuasion qui sourdent derrière le discours juridique, elle prend pour argent comptant le mythe dworinkinien d'un droit-intégrité dont les ramifications infinies seraient à même de fournir la « bonne réponse » au diseur de droit. Réduisant le droit au discours juridique, elle se fait l'otage des mythes véhiculés par ce dernier, à commencer par celui de la clôture de l'ordre juridique. Plus encore, elle fait de ces mythes un des critères d'identification des discours qui font partie de son objet d'étude. En effet, lorsque l'on prétend « dire le droit », on présuppose nécessairement que le droit a quelque chose à dire et que l'on est capable d'en déchiffrer le propos. À l'inverse, dans cette perspective, tout discours qui ne joue pas le jeu de ces mythes s'apparente un discours *sur* le droit – un discours concurrent et complémentaire du discours « praxéologique » sur le droit que l'on tient ici.

Quel est l'intérêt de cette approche ?

Sur le plan méthodologique d'abord, elle permet de réconcilier en les plaçant sur un continuum, les approches interne et externe sur le droit. D'une part, elle prend au sérieux les discours de ceux qui prétendent fournir une photographie du système juridique ou de l'état du droit sur telle ou telle question. D'autre part, elle se place clairement en surplomb de ce discours juridique, étudiant les photographies pour ce qu'elles sont – la seule trace du droit – plutôt que critiquant ces clichés comme donnant à voir une image déformée de la « réalité du droit ». Cette approche rend ainsi plus nette la distinction – cruciale – entre la science du droit et la dogmatique juridique. Alors que la seconde entend dire le droit et jouer le jeu, s'auto-alimentant en photographies du système juridique, la première cherche à analyser ces photographies pour elles-mêmes et non pour ce qu'elles sont censées représenter. C'est ainsi que dans la présente contribution, l'on chaussera tantôt les lunettes du théoricien du droit, tantôt celles de l'auteur de doctrine, en prenant soin de ne pas confondre ces deux rôles.

Mais cette approche nous semble également féconde dans la manière dont s'y reflète le phénomène juridique. Analysé sous le prisme de ce qu'on en dit, le droit apparaît non pas simple, mais double, à la fois système de normes et univers de connaissance. Ce

sont ces « deux droits », dont le *soft law* incarne la coexistence, que l'on se propose à présent d'examiner.

II. Le *soft law* et les deux droits

Calés dans le sillage des diseurs de droit, on ne peut qu'observer que le droit se conjugue nécessairement au pluriel, porteur à la fois d'une visée cognitive et normative (A). Analysé au prisme de ces « deux droits », le *soft law* apparaît comme une catégorie morcelée, inutile, voire dangereuse (B).

A. Le droit normatif et le droit cognitif

Les photographies que nous en fournissent les diseurs de droit donnent à voir ce dernier comme double. Il convient dans un premier temps de détailler cette double structure du droit (1) avant de tester brièvement cette présentation du phénomène juridique en l'utilisant pour sonder les sources du droit positif belge (2).

1. La structure du droit : analyse des photographies

a) Première approche

Le discours des diseurs de droit s'articule autour de deux conceptions différentes du mot « droit ». D'un côté, ce discours est tout entier tourné vers l'identification de *normes* juridiques. Cette identification constitue l'objectif même, l'aboutissement de l'activité de *juris-dictio*. Elle concerne des normes primaires et secondaires que le diseur de droit considère comme étant formellement reçues par l'ordre juridique en question.

Mais ces diseurs de droit présentent également comme du droit l'ensemble du raisonnement qui soutient leur conclusion quant à l'existence ou au sens de telle ou telle norme. Ils argumentent *juridiquement* leur position. Ils présentent leur conclusion comme la résultante inéluctable des *données juridiques pertinentes* dans le cas de l'espèce.

On observera ainsi que les juges – diseurs de droit « officiels » de l'ordre juridique – ne se limitent généralement pas, au soutien du dispositif de leurs décisions, à constater la violation ou la non-violation d'une règle de droit. Ils justifient l'origine de cette règle et motivent l'interprétation qu'ils lui donnent. Pour asseoir l'autorité de leurs décisions et convaincre leur auditoire, les juges ont ainsi recours à toutes sortes de motivations qui excèdent la simple énonciation d'une règle formellement reçue par l'ordre juridique. Ils font ainsi appel à des ressources qui, quoique ne présentant pas le *pedigree* d'une règle de droit, n'en demeurent pas moins susceptibles de convaincre les destinataires de leurs décisions et, plus largement, la communauté des juristes.

Le paradoxe réside dans le fait que ces données juridiques pertinentes sont à la fois présentées comme étant et comme n'étant pas du droit. D'une part, elles apparaissent comme ancillaires, préliminaires, contextuelles, ayant pour seul objet de servir à identifier une norme qui les dépasse. D'autre part, ces mêmes données sont présentées comme le matériau inéluctable d'un raisonnement *juridique*. En s'y référant, le diseur de droit entend faire son travail – dire le *droit*, et non l'état de la question sur le plan moral, politique, économique, etc.

Le terme « droit » se voit ainsi lesté de deux sens différents par ceux qui prétendent dire ce qu'il est. D'une part, il est présenté comme désignant l'ensemble des normes constitutives de l'ordre juridique. D'autre part, il est présenté comme regroupant l'ensemble des données menant à l'identification de ces normes.

Pour reprendre une métaphore utilisée plus haut, le diseur de droit est dans la position du photographe qui aménage son studio (l'éclairage, le décor...) pour rendre sous son meilleur jour le sujet qu'il entend photographier. Ces éléments contextuels font bien partie de la photographie même s'ils n'en constituent pas le sujet ; ils peuvent mettre en évidence des éléments qui seraient autrement passés inaperçus ou au contraire dissimuler des ombres gênantes. Ils sont le plus souvent présentés comme étant des « données » extérieures à la volonté du photographe, alors même que de la qualité de leur assemblage dépend la réussite de la photographie. Certains de ces éléments sont du reste laissés en dehors de la photographie.

La métaphore photographique ne parvient toutefois pas à rendre compte de l'incessant processus de mise en abyme qui rythme la vie du droit. C'est qu' aussitôt prise, la photographie de l'ordre juridique ou de l'un de ses recoins vient s'intégrer aux éléments du décor soumis à l'objectif du prochain diseur de droit. On songe ainsi à un article de doctrine qui argumenterait, s'appuyant sur une interprétation téléologique de cette disposition et sur quelques frémissements jurisprudentiels, que l'article 340, al. 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne doit désormais être interprété comme contenant un principe de responsabilité sans faute de l'Union européenne. Aussitôt publié, cet article devient une donnée juridique potentiellement pertinente pour quiconque veut traiter cette question en droit. Ce faisant, elle ne devient pas le sujet de la photographie : elle ne remplace pas la prétendue norme que le photographe entend capter. Elle contribue bien plutôt à une meilleure « définition » de celle-ci, même si certains photographes ultérieurs préféreront sans doute l'écarter du champ de leur objectif afin de ne pas troubler la pureté de leur propre cliché.

On le répète, il ne s'agit pas ici d'avancer que le droit serait un « donné », dont l'essence se constituerait à la fois de normes et de données simplement juridiquement pertinentes. Cette dissociation entre ce que l'on pourrait appeler le « droit normatif » et le « droit cognitif » s'ancre exclusivement dans la pratique des diseurs de droit. Elle représente la double ambition de leur travail, qui est non pas de *faire* la norme à la manière d'un législateur ou de deux parties contractantes, mais bien de la *dire* au terme d'un processus cognitif dont ils se disent capables parce que diseurs de droit.

Cette double dimension se reflète nécessairement dans leur discours, qui comporte deux niveaux distincts : celui de l'argumentation, qui prétend rendre compte de l'ensemble des données juridiques pertinentes pour le sujet traité, et celui de l'identification de la norme applicable au cas de l'espèce, qui vient clore le discours. A titre d'illustration, on notera la différence entre la situation du législateur omnipotent et celle du diseur de droit lorsque chacun d'eux dit que l'avortement est interdit au-delà de douze semaines en Belgique. Le « dire » du législateur se veut performatif ; le « dire » du

diseur de droit se veut descriptif. Le premier n'a pas à justifier l'existence de cet interdit; le second, si²⁰.

Cette dissociation renvoie donc simplement à la structure du discours juridique. Elle ne préjuge par conséquent absolument pas du contenu du droit normatif et du droit cognitif. A dire vrai, dès que l'on se préoccupe de ce contenu, on quitte les sphères de la science du droit pour endosser à son tour le rôle du photographe – ce que nous ne manquerons pas de faire un peu plus loin, non sans avoir au préalable systématisé quelque peu les différences entre le droit normatif et le droit cognitif.

b) Essai de systématisation

En tant que catégorie du discours juridique, le droit cognitif et le droit normatif obéissent à des logiques fort différentes, que l'on s'efforce de détailler ci-dessous. On n'y insistera jamais assez, ces différences n'ont aucun substrat « ontologique ». Elles ne sont que la théorisation de la fiction, du jeu de rôle, sur lequel repose le travail des diseurs de droit, et auquel – c'est l'axiome de notre théorie – se réduit le droit.

1. Univers de connaissance v. système de normes

Le droit normatif apparaît comme un système fermé de normes. Ces normes présentent un *pedigree* que seul le diseur de droit peut reconnaître mais qu'il ne peut attribuer ou retirer, cette tâche étant l'apanage des seuls *faiseurs* de droit. Elles font partie d'un système fermé dans la mesure où elles ne sont pas de la même nature que l'environnement qui les entoure. En même temps, elles ne sont visibles qu'à la faveur de cet environnement. Ces normes, ce sont

²⁰ Bien entendu, dans la réalité, le législateur – au sens du droit positif belge – endosse également l'habit d'un diseur de droit dès lors qu'il ne jouit pas d'un pouvoir discrétionnaire. Ainsi par exemple certaines dispositions de sa loi peuvent-elles être dictées par le respect des dispositions constitutionnelles ou de droit international. Cela ne change cependant rien au fait que, sur le plan théorique, ces deux rôles (faiseur v. diseur de droit) sont distincts.

ces sujets flous et furtifs dont chaque photographie prétend rendre compte de la manière la plus nette possible.

A l'inverse, le droit cognitif s'apparente à un *univers de connaissance* en perpétuelle mutation et recomposition, nécessairement ouvert sur son environnement. Cet univers de connaissance englobe tous les éléments présentés comme pertinents pour l'identification de la norme juridique. Dans nos ordres juridiques modernes, il comprend évidemment les dispositions écrites d'une loi ou d'une Constitution – lesquelles, on y reviendra, ne sont que le support de la norme et non la norme que le diseur de droit en tire – mais ne s'y réduit pas. On en mesure les ramifications potentiellement infinies derrière les références des juges à la finalité de l'ordre juridique dans lequel ils opèrent²¹, à l'enseignement des dictionnaires²² ou à des considérations sur l'évolution de la « civilisation »²³.

Il convient d'insister sur le fait que ces références sont bel et bien faites *au nom du droit*, comprenez : sont dictées par le droit et présentées comme nécessaires à la découverte des réponses qu'il fournit à la question posée. Et dès lors qu'elles sont invoquées comme du matériel juridique relevant, elles doivent être effectivement considérées comme telles dans la perspective praxéologique qui est la nôtre.

²¹ Pensons aux conclusions extrêmement concrètes que la Cour de justice de l'Union européenne a tirées de son « constat » selon lequel les rédacteurs des traités européens avaient entendu créer un « nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité [...] leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » : CJUE, 5 février 1963 (*Van Gend & Loos*), 26/62, *Rac.*, p. 3.

²² L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce est particulièrement enclin à recourir au dictionnaire en cas de doute sur l'interprétation d'un terme juridique. En résultent parfois d'indécidables « querelles des dictionnaires ». Cf. à cet égard, de manière critique et à propos d'une affaire particulière, F. ORTINO, « Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in *US – Gambling* », *J.I.E.L.*, 2006, p. 117-148.

²³ CEDH, arrêt *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, p. 36-44.

II. Gradualité v. homogénéité

Le droit normatif repose sur l'idée d'une frontière nette entre ce qui est une norme et ce qui n'en est pas une. Ce n'est pas à dire que toutes les normes font l'objet d'une reconnaissance unanime par les diseurs de droit. Cela signifie bien plutôt que, dans le discours de ces diseurs de droit, soit il y a une norme, soit il n'y en a pas, soit il y a une obligation, soit il n'y en a pas. Autrement dit, du point de vue de ces diseurs de droit, le droit normatif n'est pas nimbé d'une zone grise.

On objectera sans doute que si ce qui précède est vrai du juge – obligé de trancher –, ce ne l'est pas nécessairement de l'auteur de doctrine, qui peut sans difficulté reconnaître que sur l'une ou l'autre question, le droit n'est pas clair et l'existence d'une norme n'est ni avérée, ni infirmée. On répondra qu'en suspendant son jugement de la sorte, l'auteur de doctrine ne fait plus office de « diseur de droit ». N'étant pas tenu à l'interdiction du *non liquet*, il n'est pas enchaîné au jeu du droit et peut s'offrir le luxe, à tout moment, de sortir de la mêlée et retourner sur le banc. Après avoir soigneusement préparé le studio et retourné en tous sens les éléments qui le composent, il déclare que les conditions ne sont pas remplies pour prendre une photographie susceptible de révéler la norme qui s'y cache.

Il en va tout différemment du droit cognitif. Celui-ci se compose, de l'aveu même des diseurs de droit, d'éléments plus ou moins pertinents dans la résolution du cas qui leur est soumis. Les arguments sont cumulés les uns aux autres pour entraîner l'adhésion de l'auditoire. Certains éléments pointant en sens contraire sont parfois explicitement concédés pour être ensuite rejetés comme trop légers pour modifier la réponse apportée par le droit à la question posée. Le droit cognitif constitue dès lors une zone grise tout entière, qui s'étend du cœur de l'ordre juridique (une loi, un règlement, un contrat) aux considérations qui en paraissent les plus éloignées (pensons aux citations de Shakespeare qui parsèment les décisions de la Cour suprême américaine)²⁴.

²⁴ Cf. les affaires citées par F. OST, *Shakespeare. La comédie de la Loi*, Michalon, Paris, coll. « Le bien commun », 2012, p. 54-58.

Ce dégradé de gris est entièrement dépendant de la concordance de vues des diseurs de droit. Pour le dire autrement, les éléments juridiquement pertinents qui se trouvent au centre du droit cognitif sont ceux qui reçoivent l'assentiment de l'immense majorité de ces diseurs de droit. À l'inverse, plus un élément est éloigné de ce centre, plus faible est le soutien qu'il reçoit de la plupart de ceux-ci.

Cette dernière caractéristique du droit cognitif n'est évidemment pas sans rappeler la règle de reconnaissance théorisée par Hart, que ce dernier définit en dernière instance comme reposant sur la pratique concordante des diseurs de droit, au premier chef desquels les organes d'application du droit²⁵. On notera cependant que la « règle de reconnaissance » à l'œuvre dans le droit cognitif est à la fois graduelle, variable et relative.

Graduelle, en ce qu'elle est susceptible de degrés, s'emparant avec la plus grande fermeté de tel ou tel instrument juridique, n'en touchant d'autres que du bout des doigts. Ainsi, là où certains juges ou auteurs de doctrine privilégient une conception large du droit cognitif, estimant que des considérations économiques ou morales peuvent s'intégrer à un raisonnement « en droit », d'autres limitent au contraire leur champ d'investigation aux instruments juridiques qui font l'objet d'un consensus total – la loi et, à la rigueur, ses travaux préparatoires.

²⁵ On rappellera à cet égard qu'afin d'échapper à un processus de *regressio ad infinitum*, Hart – comme les autres positivistes avant lui – découvre l'origine de la règle de reconnaissance dans un « fait social ». Au fondement de tout système juridique se trouve selon lui « une convergence interdépendante de comportement et d'attitude : une sorte de *convention* ou pratique sociale que l'on pourrait caractériser comme un "accord" entre les autorités sur les critères relatifs à l'appartenance à la catégorie "droit". Ladite pratique sociale est composée de deux éléments : un comportement convergent et une attitude réflexive critique à l'égard de ce comportement – une acceptation de celui-ci. » (J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, OUP, Oxford, 2001, p. 75 (nous traduisons ; souligné dans le texte). On notera cependant que si les cours et tribunaux – les diseurs de droit « officiels » – jouent un rôle prépondérant dans l'identification de cette règle de reconnaissance (cf. H. L. A. HART, *Le concept de droit*, 2^e édition augmentée, trad. M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, p. 274), cette dernière est également tributaire de la pratique des autres diseurs de droit que sont « les fonctionnaires et les simples particuliers » (*ibid.*, p. 129).

Le droit cognitif est aussi à géométrie variable. Variable, d'une part, selon la question soumise à la sagacité des diseurs de droit. Il n'échappera à personne que la résolution d'un « cas difficile » (*hard case*) nécessite le recours à un champ juridique bien plus large qu'une question explicitement traitée par une disposition législative. Variable, d'autre part, selon le moment auquel le diseur de droit est amené à se prononcer. Des questions qui ont fait l'objet de développements très élaborés lors de leur premier passage devant une juridiction peuvent être ainsi traitées ultérieurement par simple référence à une jurisprudence constante.

Mais cette règle est aussi relative, dès lors que sa méconnaissance par un diseur de droit ne revient pas à expulser celui-ci de la sphère juridique. En d'autres termes, elle n'est pas un opérateur de juridicité. Pour prendre un exemple concret, si quelqu'un affirme que le droit belge autorise l'avortement dans les 90 jours de la conception, dès lors que ce délai est inscrit dans une loi italienne de 1978, ce diseur de droit méconnaît manifestement les données juridiques considérées comme pertinentes par l'immense majorité des diseurs de droit belge. L'auteur de doctrine dira que cette position est erronée — et ne la considérera pas comme une donnée juridique pertinente nouvelle susceptible de s'ajouter au droit cognitif. Mais le théoricien du droit ne pourra que reconnaître, derrière cette photographie maladroite, l'empreinte du jeu du droit.

III. Correct/incorrect v. légal/illégal

Si le volet normatif du droit s'articule autour du couple « légal/illégal » (on a ou on n'a pas violé la norme), son versant cognitif fonctionne quant à lui sur le mode « correct-incorrect ». En livrant ses appréciations sur ce que le droit requiert ou autorise, chaque diseur de droit *prétend* dire le « vrai ». Ce faisant, il s'expose aux appréciations potentiellement opposées d'autres diseurs de droits, susceptibles de mettre en question le caractère correct de sa propre construction juridique.

On notera qu'il s'en faut toutefois de beaucoup que les couples légal/illégal et correct/incorrect se déploient en parfaite isolation l'un de l'autre. Leur principal point de rencontre se situe dans l'activité des cours et tribunaux. Ceux-ci sont en effet à la fois des

créateurs de normes — leurs décisions ont autorité de chose jugée — et des diseurs de droit — la norme contenue dans le dispositif de leurs décisions est le résultat du travail de *iuris-dictio* dont les motifs visent à rendre compte et auquel s'alimente la jurisprudence. Ce double statut explique le caractère hiérarchiquement ordonné de ces « diseurs de droit » d'un type particulier.

Dans cette perspective, des voies de recours telles que l'appel et le pourvoi en cassation peuvent être perçues comme autant d'occasions de remettre en cause la rectitude de la photographie réalisée par le juge inférieur. Mais le brouillage n'est jamais loin. La « contravention à la loi » invoquée au soutien d'un pourvoi en cassation (art. 608 du code judiciaire) peut ainsi s'entendre aussi bien d'une méconnaissance de celle-ci — entendez : méconnaissance du droit cognitif, erreur dans la *iuris-dictio* — que de sa violation — entendez : violation du droit normatif, non-respect d'une norme qui s'imposait au juge, telle que l'obligation de motivation ou d'impartialité. De même, une méconnaissance flagrante du droit peut aboutir à une violation d'une règle de droit qui s'imposait au juge²⁶ tandis qu'à l'inverse, une erreur invincible de droit peut aboutir et effacer la violation d'une norme et les sanctions qui s'y attachent.

Il reste que ces points d'intersection soulignent au moins autant qu'ils relativisent la coexistence des « deux droits ». Cette coexistence apparaît du reste très clairement dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui juge que seule la violation d'une norme qui s'impose au juge — à la différence de la méconnaissance non fautive d'une norme qu'il lui est demandé d'appliquer — peut être constitutive d'une illégalité susceptible d'engager la responsabilité extra-contractuelle de l'État belge²⁷.

²⁶ Pensons à la juridiction nationale suprême qui, appliquant à mauvais escient la théorie de l'acte clair, viole son obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, commettant ainsi une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État auquel elle appartient. Cf. CJUE, 13 juin 2006 (*Fragnetti*), C-173/03, *Rec.*, p. I-5177 ; CJUE, 24 novembre 2011 (*Commission c. Italie*), C-379/10, non encore publié au *Recueil*.

²⁷ Cass., 26 juin 1998 (« *Ansa II* »), *Pas.*, 1998, p. 812 : « Attendu que la faute du directeur des contributions exerçant une fonction juridictionnelle, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil engager la responsabilité de l'État, consiste, en règle, en un comportement qui, ou bien s'analyse en une

IV. Herméneutique et réalisme v. positivisme juridique

Si le droit normatif rend justice aux théories positivistes (normativistes²⁸) du droit, le droit cognitif entretient quant à lui une filiation évidente avec les théories herméneutiques et réalistes de la juridicité.

Au titre des premières, on pense notamment à la théorie structurante du droit de Friedrich Müller, qui voit dans la norme le résultat d'un processus de construction au départ de ce qu'il appelle le « programme normatif » – le résultat de l'interprétation des textes pertinents – et le « champ normatif » – l'ensemble des « faits concrets », des données réelles pertinentes (politiques, sociologiques, axiologiques) identifiées grâce au programme normatif²⁹. On songe également à la notion de « droit-intégrité » forgée par Ronald Dworkin, selon laquelle « le droit (les droits et les devoirs qui découlent des décisions prises par la collectivité dans le passé, et qui, de ce fait, autorisent ou exigent la coercition) renferme non seulement le contenu explicite étroit de ces décisions, mais aussi, dans un sens plus large, le *dispositif des principes nécessaires à leur justification* »³⁰.

erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'État normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme du droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cet organe de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée; Attendu que si certaines normes de droit imposent à celui qui prend une décision juridictionnelle de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, tel n'est pas le cas de la norme de droit qu'il a pour mission d'appliquer aux faits de l'espèce; que, partant, l'erreur dans l'interprétation ou l'application d'une telle norme n'est fautive que si elle consiste en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'organe de l'État normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions. »

²⁸ Il apparaît ainsi que des théories positivistes « modérées » telles que la « théorie institutionnelle du droit » de N. MACCORMICK et O. WEINBERGER (*Pour une théorie institutionnelle du droit*, O. NERHOT et Ph. COPPENS, Kluwer-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1992) se refusent à réduire le droit à un système de normes.

²⁹ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, 5^e éd., trad. O. Jouanjan, PUF, Paris, coll. « Léviathan », 1996, p. 46.

³⁰ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, PUF, Paris, 1994, p. 249.

De manière *a priori* plus surprenante, le droit cognitif n'est pas sans rappeler le « matériau encore fluide du soleil juridique » évoqué par un chef de file du courant réaliste pour désigner les ressources dans lesquelles va puiser le juge pour « trouver [...] la réponse qui sera satisfaisante, lui donner corps et solidifier ainsi partiellement un nouvel élément qui servira de point de départ à de nouveaux développements »³¹. Il n'y a en réalité pas à s'en étonner. Nombreux sont ceux à avoir montré que le droit ne se réduisait pas à ses sources formelles. Que cette démonstration soit empreinte d'un scepticisme réaliste ou fondée sur une adhésion aux postulats herméneutiques importe en définitive peu de notre point de vue. Que l'on prenne pour argent comptant le discours des diseurs de droit ou qu'on le réduise à un pur exercice de rhétorique, le résultat est le même : mystification ou réalité, le droit existe puisqu'il est invoqué par les diseurs de droit. Qu'elle soit vraie ou pas, une histoire devient réelle dès qu'elle est racontée.

2. Les sources du droit : photographie des photographies

Après avoir détaillé la structure du droit comme photographie, il convient de descendre à son tour dans l'arène du droit belge, muni de son appareil, pour tenter de prendre un cliché non pas du droit, mais de ses sources. Nous cherchons ainsi à incarner le propos quelque peu abstrait tenu plus haut.

Que deviennent les sources formelles du droit une fois passées au tamis de la théorie des deux droits ? Elles se trouvent au cœur du droit cognitif, assurant la navette entre ce dernier et le droit normatif. Elles ne sont pas les normes, mais elles sont le *pedigree* sans lequel ces dernières n'existent pas. Leur identification est aisée, fournie par les convergences de vue des diseurs de droit. Pour reprendre la classification de Michel Virally, il s'agit d'abord de l'ensemble des sources dérivées, de la Constitution au contrat en passant par la loi et le règlement. Mais il s'agit aussi des sources originaires telles que les principes généraux du droit et la coutume.

³¹ K. LLEWELLYN, cité par B. DUPRET, *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, Paris, 2006, p. 145-146.

Il nous semble – et l'on sort ici notre propre appareil photo – que l'immense majorité des photographies données de l'ordre juridique belge par ses diseurs de droit montrent que l'existence d'une norme est attestée, en dernière instance, par son insertion dans l'une des sources du droit identifiées ci-dessous. Ces sources du droit constituent certes des éléments du décor, au même titre que les autres instruments juridiques destinés à identifier la norme, mais elles sont aussi plus que cela. Elles sont l'armure de la norme, sa personification, celle dont l'absence sur la photo trahit nécessairement l'absence de la norme elle-même.

Il nous apparaît ainsi que dans l'état actuel du droit belge, rares – *if any* – sont les diseurs de droit disposés à conclure à la violation d'une résolution du parlement belge, d'un principe moral ou d'une loi étrangère. En revanche, tous s'accorderont sur la possibilité, en droit, de constater la violation d'un principe général de droit, d'une coutume ou d'une disposition d'un contrat.

Et la jurisprudence dans tout cela ? Elle constitue à n'en pas douter un élément central du droit cognitif. En ce sens, elle jouit d'une véritable autorité de *droit*, comme l'a fort bien montré Michel van de Kerchove dans sa contribution au présent ouvrage³². Le juge ne peut se prononcer sur l'état du droit sans inclure dans sa photographie celles de ses précédents, sous peine de voir son œuvre cassée au motif qu'elle ne représente pas avec justesse le paysage juridique.

En revanche, elle ne nous semble ni appartenir au droit normatif, ni apte à servir d'armure de celui-ci. Elle n'appartient pas au droit normatif dans la mesure où elle ne constitue pas pour les juges une norme de comportement. En ce sens, les juges peuvent certes *méconnaître* la jurisprudence mais ils ne peuvent la *violier* comme ils peuvent violer l'obligation d'impartialité ou le principe du contradictoire.

Il nous semble en outre que la jurisprudence ne peut pas, dans l'état actuel du droit belge, faire office de navette entre les deux droits. La meilleure preuve en est la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle un juge ne pourrait motiver une de ses déci-

³² M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources », paru dans cet ouvrage.

sions en offrant pour tout argument qu'une autre juridiction a statué en sens identique³³. Pour le dire autrement, la plupart des diseurs de droit, y compris les plus illustres, s'accordent à considérer qu'un diseur de droit ne peut simplement conclure à la violation de telle ou telle jurisprudence. Celle-ci sera toujours brandie comme le *révélateur* d'un principe général de droit, d'une coutume, etc. Elle demeure la photographie d'une armure, pas l'armure elle-même.

B. Le soft law dans les deux droits

Et le *soft law*, dans tout cela ? Ne l'a-t-on pas quelque peu oublié, chemin faisant ? Assurément pas. C'est lui qui, trahissant la frustration des juristes soucieux d'identifier ce droit qui n'en est pas, nous a mis sur la piste du doublement du droit. C'est lui qui, à présent, va démontrer que l'appartenance au droit se conjugue au pluriel, synonyme d'intégration tantôt à son volet normatif (1), tantôt à son versant cognitif (2).

1. Le soft law et le droit normatif

A première vue, on serait tenté d'inclure dans le droit normatif le *soft law* intralégislatif dont parle Isabelle Hachez, celui que portent des normes formellement valides mais dont le degré d'obligatorité est singulièrement affaibli, voire inexistant. A mieux y regarder cependant, examinée à la lumière de notre dissociation entre les deux droits, la notion de *soft law* intralégislatif s'avère être un mirage. Pour le comprendre, il convient d'observer que cette notion recouvre deux cas de figure distincts.

Le premier cas de figure concerne des normes « véhiculées » par l'une des sources formelles du droit citées plus haut. Il ne semble pas douteux que de telles normes relèvent du droit normatif. Cette conclusion n'est en rien altérée par le fait que la norme en question est le fruit de l'interprétation qui en est donnée par les juridictions chargées de l'appliquer (pensons au principe de *standstill* que la Cour

³³ Cass., 13 juin 1996, *Pas.*, 1996, n°232.

constitutionnelle déduit de l'article 23 de la Constitution – norme primaire qui s'impose aux pouvoirs législatif et exécutif). Elle n'est pas davantage remise en cause par le fait que la norme en question est dotée d'une durée de vie limitée (pensons aux lois affectées d'une *sunset clause*), que son contenu est vague ou général (pensons à l'obligation de se comporter en bon père de famille), que son invocabilité est restreinte (pensons aux « principes » dont fait mention la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) ou qu'elle se réduit à une simple obligation d'interprétation conforme à l'adresse des autorités chargées de l'appliquer. On ajoutera que, dans cette perspective, une norme ne cesse pas d'être juridique si elle n'est soumise au contrôle d'aucune juridiction³⁴.

On l'aura compris, l'épithète *soft* ne paraît ni très heureuse, ni très utile pour désigner un sous-ensemble de normes appartenant au droit normatif tel que nous l'avons défini. En effet, la portée plus ou moins restreinte d'une norme n'ôte pas à celle-ci sa qualité de norme. Il n'existe pas plus de « demi-norme » qu'il n'existe de « demi-obligation ». La norme peut tolérer des exceptions, peut connaître des dérogations, peut voir sa portée limitée de mille façons, elle n'en commande pas moins le respect de son énoncé.

On rétorquera peut-être qu'utilisé dans ce contexte, le mot *soft* n'entend pas tempérer le *statut* normatif de la règle de droit mais bien plutôt en souligner la *faiblesse* normative. Force est cependant d'observer que si l'on se place sur ce plan-là – celui de l'autorité donnée à la norme par l'ordre juridique lui-même –, la distinction *soft law* – *hard law* est trop pauvre pour rendre justice à toute la gamme de l'intensité normative – la garantie normative, dirait Catherine Thibierge –, qui s'étend de la règle la mieux armée (celle assortie d'une sanction pénale) à la norme la plus démunie (celle dont le respect n'est soumis à aucun contrôle juridictionnel).

³⁴ Dans une optique toute différente, et parfaitement défendable par ailleurs, C. Perelman affirme qu'« [a]lors que personne ne conteste la validité formelle de la Constitution belge, le refus de contrôler la constitutionnalité des lois, en les privant d'effectivité judiciaire, ramène pour le législateur, les articles qui limitent son pouvoir, au rang de règles de morale législative » (C. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 733).

Mais le *soft law* intralégislatif entend également désigner non pas des normes mais des énoncés non normatifs contenus dans des instruments juridiques formellement valides. On retrouvera dans cette sous-catégorie le préambule d'une loi ou les articles proclamatoires d'un acte législatif qui énoncent les objectifs que se fixe une autorité politique. Ce *soft law*-là ne fait pas partie du droit normatif dès lors que, par définition, il ne vise pas une norme. Dans la mesure où les énoncés de droit ne se servent pas de ces textes comme du siège d'une norme – et *seulement dans cette mesure* –, ceux-ci ne peuvent davantage être considérés comme des navettes entre les deux droits. Est-ce à dire que ces textes ne sont pas du droit ? Assurément pas, puisqu'ils font partie du droit cognitif, comme nous aurons l'occasion de l'expliquer plus loin.

Il convient d'ajouter un mot sur le *soft law paralégislatif*. Par définition, cette expression désigne du droit qui se développe en marge de l'ordre juridique de référence, loin donc des sources formelles qui alimentent le droit normatif. Il ne peut donc, par hypothèse, intégrer celui-ci. Dans la perspective praxéologique qui est la nôtre, il convient toutefois de remarquer que ce droit paralégislatif peut très bien constituer, à côté de l'ordre juridique étudié, le volet normatif d'un *autre* ordre juridique plus ou moins développé. Dès lors en effet qu'un diseur de droit prétend identifier ces normes, il ne paraît pas douteux que celles-ci font partie du droit normatif d'un autre ordre juridique, ne se révélant qu'à la lumière d'une analyse des données juridiques pertinentes au sein de ce dernier. Ainsi de l'employé qui, confronté à un cas de corruption au sein de son entreprise, saura qu'il est tenu de la communiquer sans délai à la direction dès lors que cette obligation est contenue dans la charte interne de l'entreprise.

On ajoutera que ce *soft law* paralégislatif peut aussi figurer dans le droit cognitif de l'ordre juridique de référence dans la mesure où il peut servir de donnée juridique pertinente pour l'élucidation ou la construction de la norme qui y prévaut. C'est sur ce droit cognitif qu'il convient maintenant de s'attarder.

2. Le *soft law* et le droit cognitif

Dans la mesure – et dans la mesure seulement – où le *soft law* est présenté comme une donnée pertinente pour rendre compte de l'état du droit, il fait partie du volet cognitif de ce droit.

On peut ainsi poser sans crainte que la partie non normative du *soft law intralégislatif* est généralement considérée comme faisant partie du droit cognitif. Rares sont en effet les diseurs de droit qui contestent que de tels instruments juridiques, des exposés de motifs aux articles proclamatoires d'une loi, fournissent un matériau pertinent pour la détermination des normes portées par les autres articles de cette loi.

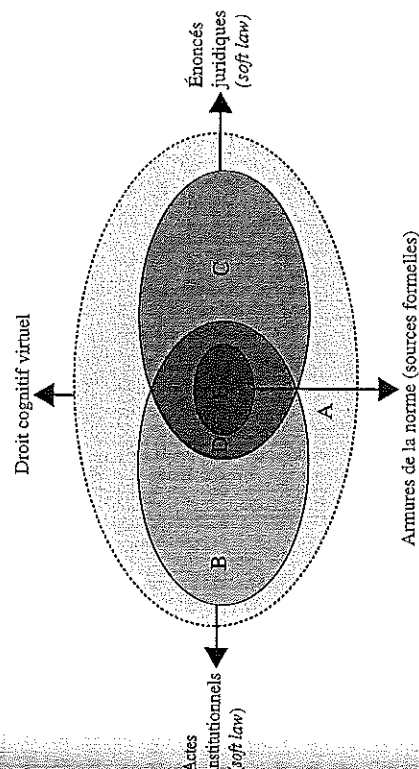
Le *soft law pénalégislatif* est lui aussi régulièrement mobilisé par les diseurs de droit pour déterminer la norme applicable au cas d'espèce. Une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies peut ainsi être invoquée comme le signe d'une pratique répétée et constante constitutive d'une norme coutumière. Dans le même sens, avant même son accession au statut de norme juridiquement contraignante, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a pu être utilisée par des diseurs de droit pour conforter l'existence de tel ou tel principe général du droit de l'Union européenne.

Le *soft law paralégislatif* lui-même peut intégrer le droit cognitif. Lorsqu'un juge se réfère à des codes de conduite privés pour déterminer le contenu d'un standard de prudence ou de bonne foi, lorsqu'une juridiction pénale internationale applique le principe *ne bis in idem* à l'égard d'une personne qui a fait l'objet d'une « justice transitionnelle », les diseurs de droit considèrent comme juridiquement pertinents des instruments juridiques et des normes qui relèvent d'un autre ordre juridique.

Cet examen des rapports entre le *soft law* et le droit cognitif repose la question de la pertinence de la notion de *soft law*. Pas plus que pour l'identification des éléments constitutifs du droit normatif, le terme de *soft law* ne semble très heureux pour cerner les données pertinentes qui appartiennent au droit entendu comme univers de connaissance. C'est que la notion même de *soft law* a quelque chose de trop statique, univoque, monolithique, pour cerner le contenu sans cesse mouvant du droit cognitif. Il se peut ainsi que, sur une

question expressément réglée par le législateur et qui fait l'objet d'une jurisprudence constante, les diseurs de droit rejettent comme non pertinents des éléments du *soft law*. A l'inverse, rien n'exclut que face à des cas particulièrement difficiles, les diseurs de droit étendent très loin les ramifications du droit cognitif, au-delà même du *soft law*.

Mais si le *soft law* ne paraît pas directement utile à une meilleure intelligence du droit comme discours, il n'en demeure pas moins indirectement fécond. C'est qu'à travers la notion de *soft law*, les juristes entendent désigner ces éléments qui, bien que n'ayant pas l'armure ou la consistance d'une norme classique, portent néanmoins, dans leur ADN, des traces qui les rendent difficiles à ignorer pour la communauté des juristes. Ce faisant, la notion de *soft law* traduit la demande d'une certaine mise en ordre des éléments qui composent ce que l'on pourrait appeler le « droit cognitif virtuel », susceptibles d'être invoqués par les diseurs de droit dans le cadre de leur office. Plus encore, cette notion reflète le souci des juristes d'accorder, au sein de ce droit cognitif virtuel, un statut particulier aux données qui sont soit émises dans la langue du droit, soit émises par des institutions dont le pouvoir normatif est reconnu par l'ordre juridique, soit – *a fortiori* – les deux. Cette idée peut être rendue à l'aide du dessin suivant :



Si l'on analyse ce schéma de l'extérieur vers l'intérieur, on constate d'abord l'existence d'un droit cognitif virtuel regroupant l'ensemble des données potentiellement pertinentes pour dire le droit. Ces données peuvent s'entretenir avec les sources formelles de l'ordre juridique qu'un rapport assez lointain (voir point A sur le schéma). C'est par exemple le cas de données sociologiques relatives à l'évolution de la morale ou d'indications économiques concernant la structure du marché sur lequel évoluent des entreprises concurrentes. Si ces éléments d'information sont régulièrement mobilisés par les diseurs de droit, ils ne sont guère identifiés comme relevant du *soft law*.

Ce droit cognitif virtuel englobe aussi tous les actes posés par des institutions établies ou reconnues par l'ordre juridique de référence comme ayant le pouvoir de faire ou de dire le droit. Ces actes peuvent très bien ne pas être rédigés en termes juridiques (voir point B sur le schéma). A titre d'exemple, on citera les déclarations concluant les réunions du Conseil européen, les résolutions visant à faire connaître le point de vue d'une assemblée législative, les livres verts et blancs de la Commission européenne, et les discours de rentrée du premier président près la Cour de cassation.

A l'inverse, des entités qui ne sont investies d'aucun pouvoir normatif par l'ordre juridique de référence peuvent émettre des informations dans la langue du droit qui seront parfois mobilisées par les diseurs de droit (voir point C sur le schéma). Ces informations peuvent être tantôt émises en endossant le rôle de « faiseur de droit », tantôt en qualité de « diseur de droit ». Dans le premier cas, on mentionnera les législations étrangères, les codes de bonne conduite rédigés par des entreprises ou encore les projets de codification établis par des universitaires. La seconde hypothèse désigne pour sa part la jurisprudence de cours et tribunaux étrangers ainsi que les articles et ouvrages doctrinaux.

Dans de nombreux cas cependant, les institutions reconnues par l'ordre juridique de référence adoptent des actes qui empruntent au langage du droit. Ces actes ne sont pas pour autant nécessairement normatifs (voir point D du schéma). Ici encore, l'on distinguera ceux qui émanent des « faiseurs de droit » et ceux qui émanent des « diseurs de droit ». Au titre des premiers, on mentionnera les projets et propositions de lois, mais aussi l'exposé des motifs et les articles

proclamatoires d'une loi déjà entérinée. Au titre des seconds, on évoquera la jurisprudence des cours et tribunaux de l'ordre juridique de référence, mais aussi – s'agissant de l'ordre juridique belge – la jurisprudence du Conseil d'État et les recommandations du Comité des droits de l'homme de l'ONU.

Enfin, il va sans dire que les institutions peuvent également faire usage du pouvoir normatif que leur reconnaissent les diseurs de droit et, par l'adoption d'une loi, d'un arrêté, ou d'une décision de justice³⁵ par exemple, créer l'armure d'une nouvelle norme (voir point A de notre schéma).

Quel est l'objectif d'un tel schéma ?

D'abord, montrer que parmi les éléments susceptibles d'être considérés comme pertinents par les diseurs de droit par-delà ce qu'ils s'accordent à considérer comme les sources formelles de leur ordre juridique (les « armures » des normes – la zone A de notre dessin), certains présentent d'importantes similitudes avec ces dernières ou avec les normes qu'elles incarnent.

Les uns sont l'œuvre d'autres diseurs de droit, constituant autant de clichés susceptibles d'être convoqués sur la photographie suivante, qu'ils soient l'œuvre de photographes officiels (la jurisprudence belge, la jurisprudence du Conseil d'État, etc.) ou non (la doctrine), qu'ils soient nationaux ou étrangers (la jurisprudence d'États voisins, etc.).

Les autres sont l'œuvre de ceux que les diseurs de droit s'accordent à reconnaître, *dans d'autres contextes*, comme faiseurs de droit – une loi étrangère, une résolution du Parlement, un *gentlemen's agreement*, etc.

Ces deux cas de figure regroupent la grande majorité des catégories de *soft law* inventoriées par Isabelle Hachez. L'épithète « *soft* » traduit la perplexité des diseurs de droit devant ces instruments qui ressemblent à l'armure d'une norme, mais qui n'en sont que la photographie (première hypothèse) ou une imitation plus ou moins réussie (seconde hypothèse). Ce schéma permet ainsi d'expliquer la

³⁵ On parle ici du dispositif de la décision, et non pas de la jurisprudence qui s'en dégage.

popularité de la notion de *soft law* en même temps que l'extrême diversité de ses manifestations.

Mais ce n'est pas tout. Outre qu'il démontre que le droit cognitif s'étend virtuellement au-delà du *soft law*, un tel schéma constitue une mise en garde contre toute tentative d'utiliser cette gradation dans le « mimétisme juridique » comme une « échelle de pertinence » en vertu de laquelle la place plus ou moins centrale d'une donnée sur le schéma devrait déterminer sa pertinence pour dire le droit.

Ce dernier point nous paraît être la conclusion la plus importante de cette contribution. On se permet donc d'y insister. Il semble que les diseurs de droit aient tendance à privilégier, dans leur travail de *juris-dictio*, le recours à des éléments qui se rapprochent le plus des sources formelles du droit, ces armures qu'ils doivent photographier pour débiter une norme. Il y a là sans doute davantage qu'une simple déformation professionnelle. Si le diseur de droit est condamné à sans cesse devoir convaincre son auditoire, il est logique qu'il utilise à cet effet les atouts dont le crédite ce dernier. Ces atouts, ce sont ses compétences particulières pour interpréter des actes émanant de faiseurs de droit ou d'autres diseurs de droit. Le juge ou l'auteur de doctrine a donc plus de chances d'emporter l'adhésion de son auditoire s'il se réfère à telle jurisprudence étrangère ou à telle déclaration de gouvernement que s'il ponctue ses écrits de renvois à la nature des choses, à l'équité ou à des données (sociologiques, économiques etc.) qui risquent d'être perçues comme dépassant son domaine de compétence.

Il ne suit cependant pas de ce qui précède que *normativement*, cette corrélation entre la *proximité du droit* et la *pertinence en droit* soit toujours souhaitable. C'est que s'il confine à l'automatisme, ce parallélisme rend le diseur de droit à la fois orage et complice de tactiques de camouflage auxquelles s'adonnent tant les institutions que les acteurs privés. Songeons à ces communications de la Commission européenne qui, se gardant explicitement de poser des normes juridiquement obligatoires, entendent néanmoins imposer leur compréhension de telle ou telle règle de droit³⁶. Pensons aussi à ces

³⁶ Cf. p. ex. communication de la Commission sur la mise en œuvre concrète du régime de durabilité de l'UE pour les biocarburants et les bioliquides et sur les

efforts d'autorégulation menés dans certains secteurs économiques pour combler par avance un champ juridique qu'il serait dangereux de laisser inoccupé.

On l'a dit, la pertinence d'une donnée juridique se mesure au degré d'adhésion qu'elle suscite auprès des diseurs de droit. Il n'est cependant pas écrit dans les astres que cette adhésion se rapporte au seul degré de mimétisme des sources formelles du droit. Il ne tient qu'aux diseurs de droit de faire figurer sur leur photographie d'autres éléments, qui se distingueraient par exemple par leur légitimité démocratique ou substantielle. Des éléments de *legal morals*, en somme, plutôt que de *soft law*.

En revanche, il semble que toute tentative d'introduction d'une hiérarchie parfaitement stable au sein du droit cognitif soit vouée à l'échec. C'est qu'à l'inverse du droit comme système de normes incarné par ses armures, qui ne peut fonctionner que sur le mode de la clôture et de la hiérarchie, le droit cognitif est par définition un système ouvert, celui d'un discours qui se régénère et mute en permanence, et dont il serait vain de briser la spontanéité. Du reste, cette entreprise ne serait pas seulement oiseuse. En projetant sur l'univers de connaissance les mythes qui sous-tendent le système de normes, elle procéderait à une confusion entre les deux droits qui serait assurément néfaste à la compréhension du phénomène juridique tout entier.

Conclusion

Arrivés au terme de notre cheminement, il n'est sans doute pas inutile d'en récapituler les enseignements principaux.

règles de comptage applicables aux biocarburants, JO, 2010, C 160/8 : « La présente communication expose les modalités possibles, dans la pratique, de l'application aux biocarburants, par les États membres et les opérateurs économiques, des critères de durabilité et des règles de comptage de la directive sur les énergies renouvelables. N'ayant pas de caractère contraignant, elle est conçue pour aider les États membres et faciliter une mise en œuvre cohérente des critères de durabilité. »

Premièrement, il n'y a pas mille manières de prendre le *soft law* au sérieux. Lui reconnaître le statut de source formelle du droit n'a guère de sens. Sur le plan doctrinal d'une part, force est d'observer qu'un tel statut ne correspond pas à la pratique des diseurs de droit, et avant tout à celle des cours et tribunaux. On ajoutera que le *soft law* est une catégorie trop hétérogène pour faire l'objet d'un traitement uniforme par les « photographes » du droit. Sur le plan de la science du droit d'autre part, inscrire la spontanéité du *soft law* au cœur même de l'ordre juridique, au même titre que la loi ou la Constitution, reviendrait à nier tout simplement la prétention du droit à régler le passage de ses frontières. On connaît bien sûr le caractère largement contrefactuel d'une telle prétention, et il n'est certes pas insensé de vouloir le dévoiler. Ce faisant, l'on se cantonne cependant dans un point de vue externe radical qui, cherchant à démonter les mythes du droit, manque de prendre au sérieux ce dernier ainsi que la catégorie même de *soft law* – si le droit n'existe pas, le droit doux n'existe pas davantage.

Il ne paraît pas plus avisé de dénier au *soft law* toute place au sein du droit. Sur le plan empirique, d'une part, les exemples abondent qui illustrent l'omniprésence du *soft law* dans les œuvres des législateurs et de leurs interprètes. Sur le plan théorique, d'autre part, refouler hors du droit tout élément qui n'en présente pas le *pedigree*, c'est se condamner à ressasser sans distance les mythes du droit, voire à les consolider au moment même où – il suffit de lire les contributions de cet ouvrage pour s'en convaincre – tant de praticiens s'accordent à les nuancer.

Il semble donc qu'il n'existe que deux façons de prendre au sérieux le *soft law*. La première consiste, dans une perspective externe modérée, à dépeindre une autre image du droit que celle véhiculée par ses acteurs. Une image qui, sans les gommer, trace en pointillés les frontières du droit et du non-droit et substitue un dégradé de gris à la carte en noir et blanc du discours juridique officiel. Cette voie, c'est celle ouverte par Michel van de Kerchove et François Ost; une voie exigeante, pertinente et féconde, qui fait aujourd'hui la « méthode Saint-Louis », enseignée aux étudiants et appliquée aux domaines de recherche les plus divers.

Mais le *soft law* peut, croit-on, nous orienter encore dans une autre direction. Une direction qui ne cherche pas à faire « vibrer » le

paradoxe du droit (incarné ici par le *soft law*) dans une perspective dialectique, mais qui vise à résoudre ce paradoxe en le faisant rentrer à l'intérieur du droit lui-même. Une approche d'abord interne dans la mesure où elle prend pour unique référent le discours juridique; mais une approche également externe dès lors qu'elle prétend découvrir l'ADN du droit dans la structure et la portée de ce discours juridique.

Juridique, ce discours l'est doublement. D'une part, dans le processus de *connaissance* qu'il met en œuvre; d'autre part, dans l'objectif de dévoilement de la *norme* qui meut ce processus. Cette double face du droit – cognitive et normative – permet de résoudre le paradoxe qui veut qu'une donnée (disons, un avis de la section de législation du Conseil d'État ou une résolution de l'assemblée générale des Nations unies) puisse être à la fois du droit (utilisée comme une donnée *juridiquement* pertinente pour *révéler* une norme) et ne pas l'être (incapable d'*incarner* une norme).

Si la notion de *soft law* met au jour la double structure du droit, celle-ci, en retour, met en garde contre le mirage, voire le danger du *soft law*. D'une part, elle confirme que le *soft law* désigne des réalités trop diverses pour être réellement opératoire. Un élément de celui-ci, la partie normative du *legal soft law*, habite ainsi le volet normatif du droit tandis que ses autres composantes relèvent davantage du droit cognitif. D'autre part, elle révèle, derrière le qualificatif de *soft law*, l'inclination des juristes à procéder à une certaine hiérarchisation du droit cognitif, une hiérarchisation indexée au degré de mimétisme du *pedigree* de la règle de droit. Mais la persistance des deux droits plaide contre cette tendance à projeter aveuglément sur l'un les critères de validité applicables à l'autre. Le droit cognitif est l'univers de la conviction, le droit normatif, celui de la validité. Si ces deux droits sont inextricablement liés, ils n'en demeurent pas moins intrinsèquement différents. La scène est dressée pour une théorie dialectique *des* droits...