

Section II

Les sources du droit: de la pyramide au réseau et vice versa¹?

Isabelle HACHEZ

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

Introduction

Sources formelles et matérielles, entendues au sens large ou dans une conception stricte, sources documentaires ou heuristiques, source fondatrice, mais aussi les sources au sens d'organes créateurs de droit ou encore des règles créées: la notion se prête à des déclinaisons et significations multiples. Est-ce une force ou un handicap? Kelsen, déjà, jugeait le terme «inutilisable» en raison de sa polysémie². Au début des années quatre-vingt, d'autres n'hésitaient pas à qualifier cette notion de «problématique [...], déroutante et, en définitive, dangereuse³», lorsqu'ils ne la comparaient pas au «bazar,

¹ En écho à l'ouvrage bien connu de Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, adapté de l'allemand par Henri Thévenaz, 2^e éd., revue et mise à jour, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1988, p. 134.

³ P. AMSELEK, «Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit"», *Arch. phil. dr.*, t. 27: «Sources» du droit, 1982, p. 251. Voy. également P. DEUMIER et Th. REVET qui qualifient la notion de «problématique» («Sources du droit», *Dictionnaire de culture juridique*, sous la direction de S. Rials, PUF, Paris, 2003, p. 1431).

ou (à) l'auberge espagnole⁴». Que dire, alors, à l'heure où jaillissent de toutes parts ces nouvelles «sources»⁵ que, faute de mieux, l'on regroupe sous l'appellation générique de *soft law*? Se résoudre à constater la crise⁶ ou en tout cas le bouleversement⁷ des sources du droit, dont la théorie échouerait à remplir ses fonctions? Mais quelles sont-elles? «Révéler le fondement de la règle de droit et permettre de repérer les prescriptions juridiques au sein des normes sociales⁸»? Faut-il aller jusqu'à abandonner «les paradigmes légicentrique, étatiste et positiviste qui sous-tendent la théorie des sources⁹»?

Sans doute pas. En tout cas n'avons-nous pas pris ce parti à l'entame de cette recherche collective sur les sources du droit revisitées, pas davantage que celui de conclure d'emblée à l'inanité de l'objet de notre étude, dont la polysémie ne nous apparaissait pas en soi problématique¹⁰. Encore fallait-il, compte tenu de cette polysémie, clarifier le sens conféré à la notion de source. Dans un texte présenté au Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques en

⁴ J.-L. VULLIERME, «Les anastomoses du droit (Spéculations sur les sources du droit)», *Arch. phil. dr.*, t. 27 : «Sources» du droit, 1982, p. 7.

⁵ Les guillemets entendent marquer la distinction avec les sources classiques du droit et témoignent de l'hésitation partagée par nombre d'auteurs à intégrer ces nouveaux instruments dans une théorie des sources du droit.

⁶ P. DEUMIER et Th. REVET, *op. cit.*, p. 1433.

⁷ C. PERES, «La réception du droit souple par les destinataires», *Le droit souple*. Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant, Journées nationales, t. XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 106.

⁸ P. DEUMIER et Th. REVET, *op. cit.*, p. 1430. Voy. également sur les fonctions assignées aux sources : B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, «Les codes de conduite : source du droit global?», volume 3 de l'ouvrage.

⁹ C. THIBIERGE, «Sources du droit, sources de droit : une cartographie», *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2006, p. 522.

¹⁰ En effet, «la définition d'un terme [...] autorise une pluralité de conceptions différentes et se trouve affectée d'une valeur partiellement relative, contrairement à l'idée souvent entretenue selon laquelle elle ne serait acceptable que si elle était "unique" et "vraie"» (Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide...*, *op. cit.*, p. 285. *Adde* les pages suivantes).

octobre 2010 et publié dans la *R.I.E.J.* de la même année¹¹, on avait proposé de convenir qu'à supposer le terme « source » utilisé sans autre précision, il soit fait allusion à la notion de source formelle. Cette notion, on suggérait de l'entendre largement en ayant égard à l'origine des règles de droit du point de vue de leur auteur ou de leur mode d'élaboration, ce qui permettait de viser sous ce label aussi bien la procédure d'élaboration de la loi que le processus coutumier, pour ne prendre que ces exemples. En privilégiant cette signification de la notion de source du droit, on précisait s'inscrire dans une perspective positiviste¹², tout en laissant provisoirement de côté la question des critères présidant à la validité desdites sources¹³. Perplexe face à la question de savoir s'il convenait ou non de ménager une place à tout ou partie des instruments de *soft law* dans la théorie des sources du droit, on souhaitait ce faisant, et s'ils le jugeaient opportun, autoriser les différents contributeurs à se saisir de la notion de source formelle pour qualifier ces nouvelles sources émergentes participant d'une conception large de la norme¹⁴.

Deux ans plus tard, c'est enrichie de la lecture des contributions composant les trois premiers volumes de cette recherche collective et des discussions qui s'en sont suivies au sein du comité éditorial et avec les auteurs, qu'il nous revient de présenter la notion de source du droit dans le cadre de cet ouvrage, et non plus au titre de balises conceptuelles tenant lieu, avec d'autres¹⁵, de fil rouge à celui-ci.

Force est de constater à l'issue de cette recherche que, de manière implicite ou explicite, l'obligatorité de l'acte étudié conditionne généralement le recours par les auteurs à la qualification de

¹¹ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *R.I.E.J.*, 2010, p. 1 à 64 (ci-après également désignée sous les termes « notre étude précitée »).

¹² *Ibidem*, p. 11, n° 10.

¹³ *Idem*, p. 7, n° 4.

¹⁴ Ainsi comprise, la norme est un modèle, destiné à fournir une référence pour l'organisation des rapports sociaux. Plus précisément, la norme est un modèle pour l'action et/ou un modèle pour juger (voy. les références mentionnées à la note 78 de notre étude précitée).

¹⁵ Cf. la contribution de Ph. GÉRARD, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, p. 65 à 83, elle-même actualisée au bénéfice du présent ouvrage.

source formelle¹⁶, tout comme l'identification d'une règle de reconnaissance au sens hartien du terme, fût-elle enracinée dans la pratique concordante des cours et tribunaux, voire, plus largement, d'une tierce autorité.

En réalité, l'ouverture aux nouvelles « sources » qu'on avait cru ménager par le biais d'une conception large de la notion de source formelle ne le fut qu'au prix d'une illusion, consistant à penser pouvoir faire fi des postulats sur lesquels repose l'ordre juridique appréhendé d'un point de vue interne, ou, pour le dire autrement, dans une perspective positiviste. Notre retour aux sources s'accompagne en conséquence d'une première précision, sous la forme de l'explicitation d'un présupposé sous-jacent à la définition de la source formelle initialement proposée : celle-ci s'adosse à une conception classique de la norme, comprise comme un commandement obligatoire appartenant à un ordre juridique déterminé¹⁷; sa largesse se

¹⁶ Cf. notamment en ce sens : H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », volume 2 du présent ouvrage. *Compar.* avec P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Paris, 2011, p. 354, n° 359. *Compar.* également, au sein du présent ouvrage, avec Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT qui s'interrogent sur la possibilité de qualifier les circulaires de sources formelles (« Les circulaires en droit administratif général et en droit des étrangers : révision d'un "classique" des sources alternatives à l'aune de la théorie des sources du droit », volume 2 de l'ouvrage n° 6, 28 et 31) et S. GERRY-VERNIÈRES, qui plaide résolument en faveur de l'inclusion des sources étatiques non contraignantes parmi les sources formelles, compte tenu des effets juridiques qu'elles produisent (voy. le point I de sa contribution au présent volume).

¹⁷ C'est délibérément qu'on ne reprend pas dans cette définition l'idée de sanction, classiquement retenue aux côtés des attributs mentionnés pour définir la norme (voy. en ce sens notre étude précitée, p. 19, n° 18). Il reste qu'une source du droit est présumée valide aussi longtemps que sa contrariété au droit positif en vigueur n'est pas dénoncée, en particulier par un organe de contrôle juridictionnel (*compar.* avec le propos de K. MUNUNGU LUGUNGU et J. POIRIER, « Les accords de coopération entre partenaires fédéraux : entre "sources du droit" et "soft law" », volume 2 de l'ouvrage [« Nous convenons toutefois qu'il serait également possible – voire logique – de conclure qu'une norme contrevenant au prescrit constitutionnel ou de la loi spéciale ne peut simplement pas constituer une source formelle et que, dans ce cas de figure, existence et validité seraient indissociables. Distinguer ainsi le statut de source formelle du droit (une règle de droit primaire qui respecte notamment sa règle de reconnaissance) et la validité d'une norme a quelque chose de factice »], à comparer lui-même avec la position de B. Lombaert selon laquelle, en ce qui

limite à la possibilité qu'elle offre d'inventorier, sous ce label, à la fois des sources dérivées (loi, règlement...) et originaires (coutume, jurisprudence, principes généraux du droit)¹⁸. Ainsi comprise, la notion de source formelle conserve sa fonction discriminante : identifier ce qui constitue ou non du droit contraignant et ce, sans préjudice de la part d'incertitude qui affecte les règles de reconnaissance et rejaillit sur l'identification même des sources formelles du droit¹⁹.

Ce recentrage ne nous empêche pas d'adhérer, par ailleurs, à une conception élargie de la normativité et de la juridicité. Simplement n'est-ce pas la notion de source formelle qui puisse à notre avis en rendre compte. C'est sous le label « sources informelles » ou « sources de droit » – et non plus *du* droit –, pour reprendre l'expression de Catherine Thibierge²⁰, qu'on fera écho aux sources juridiques non contraignantes, comme la doctrine ou encore le *soft law*. Ce faisant, on souscrit à la plus-value d'une catégorie tierce, par rapport à la traditionnelle *summa divisio* « sources formelles et matérielles », que, dans notre étude précitée, on n'avait fait que renseigner²¹.

concerne en tout cas l'acte administratif unilatéral, l'assimilation entre appartenance au système juridique et validité formelle – suggérée par Hart – ne « semble pas pouvoir être entièrement faite », in « L'acte administratif, source du droit ? », volume 2 du présent ouvrage. Voy. par ailleurs les quatre hypothèses « d'annulabilité » distinguées par H. Dumont, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », ce volume).

¹⁸ De ce point de vue, la définition retenue permet de prêter le qualificatif de source formelle à un instrument qui suit un processus d'élaboration déterminé, ou en tout cas répond à certains critères de reconnaissance, sans nécessairement être le fait d'un auteur habilité à dire le droit. En ce sens, elle ne paraît pas très éloignée de celle proposée par J. D'ASPREMONT (« La déformalisation dans la théorie des sources du droit international », ce volume).

¹⁹ Sur le lien entre la notion de source et la règle de reconnaissance, cf. e.a. O. CORTEN, « Les rapports entre droit international et droits nationaux : vers une déformalisation des règles de reconnaissance ? », ce volume.

²⁰ On prend en revanche quelque distance avec le contenu que l'auteur confère à cette notion. Voy. à cet égard : C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit... », *op. cit.*, spéc. p. 532 et s.

²¹ I. HACHEZ, *op. cit.*, « Balises... », note 23.

Quant aux sources matérielles²², on gagne selon nous à embrasser sous ce terme les origines juridiques du droit, en plus de ses fondements éthiques, psychologiques, sociologiques, économiques, politiques...²³. Certes, une telle compréhension de la notion prend quelque liberté avec sa conception originelle : c'est en effet pour mieux exclure son contraire – les sources matérielles – et marquer le départ entre le droit et le non droit que la notion de source formelle fut forgée, et continue à être véhiculée par la mouvance positiviste. Qui reconnaît qu'une même source puisse à la fois être formelle et matérielle²⁴ contribue déjà à relativiser cette *summa divisio* en faisant rentrer le droit positif au sein des sources matérielles. *A fortiori* n'est-il pas davantage interdit, lorsqu'on examine l'origine des règles de droit positif du point de vue de leur contenu, d'avoir égard aux influences juridiques qu'elles ont pu subir de la part de règles dépourvues de force obligatoire²⁵. Autrement dit, peuvent, dans

²² Lesquelles sont parfois également qualifiées de « substantielles », « idéales », « réelles » ou « brutes ».

²³ Compar. S. GERRY-VERNIÈRES, « Les "petites" sources du droit (A propos des sources étatiques non contraignantes) », ce volume, qui cantonne les sources matérielles « à des données étrangères au droit », tandis que P. DEUMIER reconnaît que les services rendus par la pratique « rejoignent assez largement ceux rendus par la traditionnelle catégorie des sources matérielles » (« La pratique et les sources du droit », volume 3 de l'ouvrage).

²⁴ Que ce soit au sein d'un même ordre juridique (voy. à cet égard, à propos des principes généraux du droit, S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », volume 2, n° 45 : « Une fois élevés au rang de principe général du droit, les principes généraux peuvent assumer ensuite, parallèlement à leur rôle de règle de droit dur (*hard law*), une fonction que l'on attribue généralement au *soft law*, à savoir celle d'inspirer le législateur et les évolutions du droit de manière générale) ou entre des ordres juridiques distincts : que l'on songe à une jurisprudence étrangère influençant la décision d'un juge national ou encore à un instrument conventionnel onusien pris en compte pour interpréter la Convention européenne des droits de l'homme (voy. à cet égard les exemples cités par Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode », volume 1, au titre de « sources externes » auxquelles le juge strasbourgeois a égard parmi les « instruments juridiques intrinsèquement pourvus d'une valeur obligatoire au sein des ordres juridiques qui les ont secrétés »).

²⁵ En ce sens notamment : J. CAZALA, « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », volume 1 de l'ouvrage.

cette acception, prétendre à la qualification de source matérielle aussi bien des facteurs extra-juridiques que juridiques, au sens strict ou au sens large. Si cette idée était sous-jacente à notre étude précitée²⁶, elle n'a pas toujours été perçue²⁷, à telle enseigne qu'il nous semblait opportun de la reformuler.

Notre contribution aurait pu se limiter à reproduire l'étude précitée avec ces trois précisions, consistant respectivement à recentrer la notion de source formelle, à élargir explicitement celle de source matérielle et à créer une catégorie nouvelle. Outre qu'il eût fallu prendre soin de supprimer la note 44 de cette étude, annonçant un essai de typologie des sources du droit sur la base des différentes contributions du présent ouvrage, c'eût été rendre un bien maigre hommage à la qualité de celles-ci. Aussi nous permettons-nous, en guise de mise en bouche, de renvoyer le lecteur aux pages d'ores et déjà écrites²⁸ pour nous concentrer ici sur le menu : non pas tant un inventaire exhaustif des sources du droit – est-il seulement envisageable ? – qu'une photographie plausible d'une théorie des sources s'abreuvant et s'articulant autour de la distinction entre sources formelles et informelles, sans oublier par ailleurs – même s'il est impossible de toutes les répertorier et que les catégories se recourent en partie – l'existence de sources matérielles²⁹.

²⁶ Une subdivision entière était en effet consacrée au « *soft-law* para- et périelégislatifs, source matérielle du *hard law* » (point B.1, n° 59 et s., p. 57 et s.). Il est vrai cependant qu'au moment de définir les sources matérielles (n° 5, p. 7 et s.), on n'avait pas expressément fait état de fondements juridiques aux côtés des fondements extra-juridiques cités.

²⁷ Cf. D. BERNARD, « Le statut de la Cour pénale internationale saisi par les États : un jaillissement du droit hors catégorie ? », volume 1 : « Reconnaisant que sa position (lire : la définition de source formelle qu'elle propose) relève du positivisme juridique, elle (lire : I. Hachez) définit *a contrario* les sources matérielles comme la "matière du droit" dont on cherche les "fondements éthiques, psychologiques, sociologiques, économiques, politiques..." (*mais non juridiques, apparemment*) » (souligné par nous).

²⁸ Notre étude précitée, p. 1 à 17.

²⁹ On précise immédiatement que cette photographie se donne pour objet l'ordre juridique belge, et n'a en conséquence aucune prétention à l'universalité. Pour un essai tentant de rendre compte des sources par et à travers le monde, voy. l'ouvrage de Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2005, 158 p.

I. Les sources formelles du droit

On doit à Michel Virally la distinction entre sources du droit originaires et dérivées, autour de laquelle s'articule le présent chapitre³⁰. Les premières désignent « des modes de formation du droit collectifs, à surgissement lent et aux contours assez peu déterminés » ; les secondes recouvrent pour leur part « des modes de formation du droit délibérés, instantanés et à contenu relativement déterminé³¹ ». De part et d'autre, on est en présence de règles juridiques obligatoires en raison de leur mode d'élaboration et/ou de leur auteur, autrement dit de sources formelles du droit au sens pré-défini.

La fécondité de la distinction entre sources originaires et dérivées pour notre objet d'étude se manifeste à un triple niveau. Elle illustre adéquatément les enseignements sur la règle de reconnaissance (plurielle, en réalité) qui, dans un pays de droit écrit comme le nôtre, se loge essentiellement dans la Constitution, mais peut également procéder d'une pratique concordante des cours et tribunaux, voire d'une tierce autorité : à la Constitution, en principe, d'établir les sources dérivées ; à la pratique bien souvent d'engendrer les sources originaires. Elle se prête par ailleurs à une analyse sur la base de la théorie des trois cercles de la validité : la validité des sources dérivées s'apprécie avant tout en termes de légalité, tandis que celle des sources originaires se mesure principalement à l'aune des pôles de l'effectivité et de la légitimité³². Enfin, et à ce titre notamment, le mode de formation des sources originaires présente des points communs avec celui des nouvelles sources ; c'est du reste entre autres par ce biais que ces dernières pourront gagner leur juridicité.

³⁰ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 148 et s.

³¹ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 358 et 359.

³² *Ibidem*.

A. Les sources dérivées

Parmi les sources formelles, on relèvera d'abord celles dont le « pedigree » est clairement identifié par une règle de reconnaissance légale (au sens large du terme), et dont l'appartenance au système juridique ne devrait dès lors souffrir aucune contestation. Conformément à l'article 33, alinéa 2, de la Constitution³³, leur procédure d'élaboration et l'autorité compétente pour les adopter sont en principe fixées par ou en vertu de la Constitution. Il s'agit de sources dérivées du droit, dans la mesure où leur validité formelle et leur force obligatoire dépendent de normes préexistantes.

1. De la Constitution à la loi et au règlement, voire même à la règle de droit individuelle

Après la Constitution³⁴, on songe évidemment en premier lieu à la loi spéciale³⁵ ou ordinaire³⁶, entendue au sens formel du terme³⁷. Cette acception ne doit cependant pas occulter l'attention croissante accordée aux qualités matérielles de la loi ou, pour le dire autrement, aux principes de bonne législation, qui, eux-mêmes, donnent corps aux principes de démocratie, d'État de droit et de sécurité juridique³⁸. C'est d'ailleurs au nom de l'exigence de clarté de la

³³ L'article 33 de la Constitution dispose, dans son ensemble : « Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution. » Sur cette disposition, voy. la contribution de H. DUMONT au présent volume : « La Constitution : la source des sources tantôt renforcée, tantôt débordée ».

³⁴ Non pas la Constitution originale, mais la Constitution modifiée par le pouvoir constituant dérivé conformément à l'article 195 de la Constitution.

³⁵ Const., art. 4, alinéa 3.

³⁶ Const., art. 53, notamment.

³⁷ Voy. à cet égard, dans le volume 2 du présent ouvrage, la contribution de P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », n^{os} 4 à 8.

³⁸ P. POPELIER, *ibidem*, n^o 26. Sur les sens susceptibles d'être conférés aux notions de démocratie et d'État de droit, P. POPELIER, *ibidem*, n^{os} 29 à 34. Sur les exigences de qualité matérielle, cf. P. POPELIER, *ibidem*, n^{os} 46 et s. De son côté, D. SCALIA évoque à cet égard la « légalité axiologique » ou la « légitimité formelle » (« Les rapports du CPT dans la jurisprudence de la CEDH : un puits de normes (?) », volume 1 de l'ouvrage).

loi, adossée à une conception stricte de la normativité, que la section de législation du Conseil d'État pourchasse les dispositions non normatives dans le dispositif des lois, tout comme, de son côté, le Conseil constitutionnel français s'aventure parfois à contrôler le contenu de la loi à l'aune du principe de normativité requérant sa clarté, sa précision et son accessibilité³⁹. Et le *soft law* de faire irruption au sein du droit formellement *hard* qu'incarne la loi pour rendre compte, sous le label « *soft law* intralégislatif », de cette réalité⁴⁰. Loin s'en faut toutefois que la gradualité du droit, et *in casu* de la loi, se manifeste uniquement au travers du caractère plus ou moins *soft* ou *hard* de son contenu ; pour ne citer qu'elle, la distinction traditionnelle entre lois supplétives, impératives et d'ordre public suggère également l'existence de différents degrés d'obligatorité de la loi⁴¹. En tout état de cause, la loi demeure bien entendu parée de la légitimité démocratique, celle d'« une assemblée délibérante démocratiquement élue » pour reprendre les termes de la Cour constitutionnelle⁴².

On songe plus généralement, parmi les sources du droit dérivées, à toutes les normes qui tirent leur validité d'une règle juridique qui leur est hiérarchiquement supérieure : la loi mais aussi les arrêtés et règlements⁴³ – en ce compris les circulaires réglementaires^{44 45}, jus-

³⁹ Rares sont cependant les cas de censure fondés sur ce motif. Sous réserve de la jurisprudence du Conseil d'État, le droit belge semble pour sa part s'accommoder de lois à la normativité incertaine (voy. à cet égard la contribution de X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La *soft law* intra-législative : les lois dépourvues de contenu normatif ou *mollis lex sed lex* ? », volume 2 du présent ouvrage, spéc. n^{os} 11 à 33. *Adde* : P. POPELIER, *op. cit.*, n^{os} 49 et 68).

⁴⁰ Voy., dans le présent volume, en plus des références citées à la note précédente : I. HACHEZ, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étroit ? », spéc. p. 560 et s., et notre hésitation quant à l'opportunité de maintenir cette qualification (*ibidem*, p. 584 et 585).

⁴¹ Cf. la contribution de J. VAN ZUYLEN, « Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté », volume 2 du présent ouvrage. Voy. par ailleurs *infra*, sur la « présomption de conformité » importée dans le droit positif par les normes techniques.

⁴² Cf. les références citées par P. POPELIER, *op. cit.*, n^o 58.

⁴³ Fr. BELLEFLAMME a bien montré à cet égard que bien qu'il soit quantitativement très important, le règlement se prête à diverses significations qui compliquent singulièrement son appréhension, tout comme il souligne l'incer-

que et y compris la règle de droit individuelle, qu'elle procède d'un acte administratif unilatéral⁴⁶ ou bilatéral. Comme l'a montré Kel-

titude planant sur l'identification de ses sources formelles : « La Constitution ne contient que quelques dispositions relatives aux sources formelles du règlement, qui donnent l'impression, à tort, d'une grande simplicité » (« La forme et la matière dans la définition du règlement aujourd'hui », volume 2 de l'ouvrage, n° 27). Et l'auteur d'énumérer les tempéraments que l'exercice du pouvoir réglementaire conduit à apporter au prescrit de l'article 33, al. 2, de la Constitution : théorie du fonctionnaire de fait, pouvoirs inhérents à l'existence ou l'activité d'un organe, sans compter les délégations de pouvoirs réglementaires consenties par le Roi à ses ministres, à des autorités administratives indépendantes... (cf. n^{os} 9 et s.).

⁴⁴ Voy. à ce sujet la contribution précitée de Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT. *Addé* Ph. GÉRARD, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », ce volume, qui relève que la reconnaissance des circulaires comme source formelle du droit, à la suite des actes réglementaires, procède d'un souci de cohérence du système juridique.

⁴⁵ On aura par ailleurs égard aux directives de politique criminelle, qui, aux termes mêmes des articles 151 de la Constitution et 143 *ter* du code judiciaire sont contraignantes pour le ministère public, même si ce caractère est *a priori* difficilement conciliable avec le principe de l'opportunité des poursuites consacré par la même disposition constitutionnelle, à telle enseigne, par exemple, qu'il arrive aux directives de politique criminelle de préciser que le ministère public peut déroger à leur prescrit à condition de motiver sa décision (Ch. GUILLAIN, « Les directives de politique criminelle comme source du droit », volume 2 du présent ouvrage). Selon l'auteur, cette source formelle se révèle au demeurant largement ineffective et contraste à ce titre avec « l'effectivité des pratiques du ministère public dans le cadre du principe de l'opportunité des poursuites », au point pour cet acteur de « dispose(r) d'un certain pouvoir de création de la loi ». On notera enfin qu'en dépit de leur consécration à l'article 151 de la Constitution – du reste postérieure à leur reconnaissance légale –, les directives de politiques criminelles adoptées par le ministre de la Justice, en collaboration avec le collège des procureurs généraux, portent atteinte, selon Ch. Guillain, au principe de la séparation des pouvoirs, et en particulier aux articles 12, 40 et, par conséquent, 33 de la Constitution.

⁴⁶ Voy. à cet égard la contribution précitée de B. LOMBAERT, pour qui la qualité de source formelle du droit de l'acte administratif à portée individuelle « ne fait aucun doute ». L'auteur identifie les critères de reconnaissance d'un tel acte à la fois dans différentes dispositions constitutionnelles et légales (à commencer par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui définit la compétence d'annulation du Conseil d'État, pour excès de pouvoir, à l'égard des actes administratifs) et dans la pratique complexe et concordante des organes d'application du droit, et du juge en particulier, conduisant à considérer que « l'acte adopté par une autorité administrative [...] doit être une manifestation unilatérale de volonté destinée à produire des effets juridiques à l'égard d'un

sen, rompant alors avec une conception traditionnelle, « on peut dire qu'il y a une source du droit dans toute norme générale ou individuelle, dans la mesure où il en découle des obligations, des responsabilités ou des droits subjectifs⁴⁷ » ; et l'auteur d'ajouter en ce sens : « la plupart des actes qui interviennent dans le domaine du droit sont à la fois des actes de création et d'application des normes juridiques. Ils appliquent une norme d'un degré supérieur et créent une norme d'un degré inférieur⁴⁸ ». Pourtant, aujourd'hui encore, et en dépit de sa force obligatoire, certains auteurs soustraient délibérément le contrat de l'inventaire des sources du droit, en raison de sa portée individuelle, de son effet relatif ou encore du fait qu'il émane en principe de particuliers⁴⁹. Loin d'être source du droit, le contrat ne serait qu'un acte d'application du droit⁵⁰. A notre estime, il est l'un et l'autre. Ce disant, on n'entend aucunement nier « les liens indéfectibles » – logés au sein même de l'article 1134 du Code civil⁵¹ – « qui unissent la loi et la volonté individuelle⁵² » ; simple-

ou de plusieurs administrés ou autorités » (*Adde* le propos de l'auteur relaté *supra*, note 17). Voy. par ailleurs, à propos du *ruling* qui s'apparente à un engagement juridique unilatéral et que, dans les limites précisées, l'auteur n'hésite pas à qualifier de source formelle du droit, la contribution de D.-E. PHILIPPE (« Le degré de force obligatoire du "ruling" », volume 2 du présent ouvrage, spéc. les conclusions).

⁴⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 134. A propos, plus spécifiquement, de la décision jurisprudentielle et de l'acte administratif individuel, voy. p. 135 à 137.

⁴⁸ H. KELSEN, *ibidem*, p. 137.

⁴⁹ En ce sens notamment : C. DELFORGE, « Le contrat aujourd'hui », volume 2 du présent ouvrage. A l'estime de l'auteur, rares sont d'ailleurs les ouvrages d'introduction au droit qui rendent compte du contrat dans la théorie des sources. Voy. cependant : Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2005, p. 7 et 79 et s., qui cite le contrat parmi les sources venues de la base, aux côtés de la coutume (renseigné par C. DELFORGE, *ibidem*, note 227 ; *adde* les notes citées sous le n° 29). On relèvera par ailleurs que K. MUNUNGU LUGUNGU et J. POIRIER prêtent également la qualification de source formelle du droit aux accords de coopération qui, lorsqu'ils ne lient pas les tiers (*cf. infra*), constituent un contrat entre exécutifs, en tout cas lorsqu'ils ne procurent pas de droits à ces derniers (*op. cit.*).

⁵⁰ C. DELFORGE, *op. cit.*, n° 28.

⁵¹ Conformément à l'alinéa 1^{er} de cette disposition, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Dans la mesure où elle habilite les sujets de droit à adopter des règles juridiques contraignantes, cette

ment estime-t-on, dans la ligne de Kelsen, qu'ils ne sont pas fondamentalement différents de ceux qui, dans une perspective hiérarchique, subordonne le règlement à la loi ou la loi à la Constitution.

2. Entre règlement et contrat: les conventions collectives de travail et certains accords de coopération

A mi-chemin entre le règlement et le contrat, la convention collective de travail⁵³ présente pour sa part la particularité de bénéficier d'une règle de reconnaissance légale⁵⁴ dont l'assise constitutionnelle⁵⁵ demeure incertaine, à telle enseigne qu'aujourd'hui, encore, on peut douter de la pleine validité systémique de cette source du droit. Il n'est à cet égard pas inintéressant de rappeler,

disposition législative tient lieu de règle de reconnaissance au sens hartien du terme, sans qu'il soit par ailleurs besoin en l'espèce, compte tenu de la « plénitude d'attributions » du pouvoir législatif, d'une reconnaissance expresse de ce type de règle de droit individuelle dans la Constitution.

⁵² C. DELFORGE, *op. cit.*, n° 19 *in fine*. *Adde*, à propos de l'article 1134 du Code civil, n° 24.

⁵³ D'origine professionnelle, la convention collective de travail est une source de droit négocié, prenant place entre les normes étatiques et les droits et obligations découlant d'un contrat de travail individuel. De manière générale, elle a pour caractéristique d'être élaborée à la manière d'un contrat mais de pouvoir produire des effets à l'égard de tiers, même sans avoir été rendue obligatoire par arrêté royal. Voy. notamment à cet égard : D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », volume 1 de cet ouvrage.

⁵⁴ Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires, dont les articles 9 et 51 déterminent la place occupée dans la hiérarchie des normes par les différents types de conventions collectives. Au demeurant, ladite loi habilite expressément les organisations représentatives de travailleurs ou d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs à conclure des conventions collectives de travail. Cf. le point II in P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Les conventions collectives de travail », volume 2 de l'ouvrage.

⁵⁵ Article 23, alinéa 3, 1^o, de la Constitution. Cette assise constitutionnelle, à la supposer pertinente, est en tout état de cause de loin ultérieure à la consécration législative des conventions collectives de travail. Voy. à ce sujet la contribution de Th. BOMBOIS, P. JOASSART et F. PIRET, « Constitution et conventions collectives », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, p. 159 à 174, et la réponse de H. DUMONT, « Les coutumes... », *op. cit.*, note 177.

dans le cadre de la problématique qui nous retient, que la reconnaissance de la convention collective de travail et des acteurs collectifs privés comme sources du droit fut le fruit d'un lent processus, d'origine para-légale⁵⁶. Ce processus peut notamment éclairer l'émergence de nouvelles sources du droit, comme l'accord interprofessionnel en droit du travail qu'à rebours d'une doctrine majoritaire⁵⁷, I. FICHER n'hésite pas à qualifier de source formelle du droit⁵⁸. A propos de la convention collective de travail, on rappellera encore qu'elle abrite en réalité une multitude de manifestations formelles se déclinant au gré de ses niveaux d'intervention et de ses différentes modalités, au point qu'on a pu évoquer à son sujet

⁵⁶ Voy. notamment à cet égard : H. DUMONT, *ibidem*. Dans sa contribution au présent ouvrage collectif, P.-P. VAN GEHUCHTEN relève que « la convention collective qui n'avait pas attendu d'être une source étatique pour fonctionner comme source du droit, n'a pas attendu non plus sa réception constitutionnelle, au demeurant indirecte ». Et il ajoute : « A vrai dire, il est difficile pour un travailliste de saisir l'utilité et la pertinence de ce débat, – sauf comme question dogmatique et exercice de virtuosité » (« Les conventions collectives de travail », volume 2), avant de pointer les limites d'un excès de formalisme et d'attirer l'attention, en miroir, sur les bienfaits de sources « informelles » en droit du travail (*ibidem*). Voy. par ailleurs la réponse que lui réserve H. DUMONT dans sa contribution au présent volume (« La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », notes 67 et 75).

⁵⁷ Voy. les références citées aux notes 6 à 9 de la contribution d'I. FICHER (« L'accord interprofessionnel a-t-il une place parmi les sources du droit du travail ? ») dans le volume 2 du présent ouvrage.

⁵⁸ I. FICHER, *ibidem*, p. 481 ; *adde* p. 425 à propos du volet « norme salariale ». « Conclu en principe tous les deux ans », l'accord interprofessionnel « est devenu un des instruments les plus importants utilisés par les interlocuteurs sociaux pour peser sur l'évolution du droit du travail dans l'ensemble du secteur privé » (*ibidem*). Pratique informelle à ses débuts, qui s'est développée « en marge du système formel de concertation sociale mis en place par les autorités étatiques » (*ibidem*), l'accord interprofessionnel a reçu un ancrage légal dans la loi du 26 juillet 1996, tenant lieu, à son égard, de règle de reconnaissance, complétant implicitement l'article 51 de la loi précitée du 5 décembre 1968 (*ibidem*). A propos des accords-cadres conclus dans le cadre du dialogue social européen, *cf.* D. DUMONT, *op. cit.*, il s'agit d'une simple contrat de droit privé lorsque l'accord-cadre est mis en œuvre de manière autonome ; il en va de même aussi longtemps qu'un accord n'a pas fait l'objet d'une homologation par voie législative. A la différence du second, le premier échappe par ailleurs à tout contrôle relatif à la représentativité des organisations signataires.

l'image d'« un couteau suisse autant ou plutôt qu'une source du droit, voire [d'] une source *multitools*, profondément empreinte de son caractère hybride⁵⁹ ».

Entre contrat et règlement, et quoique dans une moindre mesure⁶⁰, on citera encore les accords de coopération, en tout cas lorsqu'ils lient les tiers et sont à ce titre soumis à un assentiment législatif⁶¹. De manière générale, il s'agit de conventions qui puisent leur source dans l'article 92 *bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980⁶² et « par lesquelles les partenaires fédéraux exercent conjointement leurs compétences exclusives par le biais d'un dispositif commun⁶³ ». Discutant la qualification de source formelle du droit traditionnellement reconnue à ces accords par la doctrine, K. Munungu Lungungu et J. Poirier se sont employé à distinguer, parmi les accords de coopération, ceux qui peuvent réellement prétendre à cette qualification, de ceux qui, tout en jouant un rôle fondamental dans la gestion des affaires publiques belges, pâtissent, parfois de manière délibérée, d'un déficit de validité formelle⁶⁴. Et les auteurs de souligner à cet égard la difficulté pour une

⁵⁹ P.-P. VAN GEHUCHTEN, *op. cit.* Enfin, si la notion est familière du droit belge, P.-P. VAN GEHUCHTEN a bien montré qu'elle n'en méritait pas moins une analyse renouvelée, compte tenu notamment des nouvelles fonctions qu'elle est appelée à remplir (*cf.* le point III de son étude précitée).

⁶⁰ Vu que lorsqu'ils ne lient pas les tiers, les accords de coopération s'apparentent en principe à un « simple » contrat (la contribution sur les accords de coopération est d'ailleurs logée, dans le volume 2 de cet ouvrage, sous la rubrique « fonction contractuelle »). On précise que les propos qui suivent, dans le corps du texte, valent cependant indistinctement pour l'une et l'autre hypothèses.

⁶¹ K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *op. cit.*, n^{os} 13 et 14.

⁶² Cette disposition de la loi spéciale fut adoptée en vertu de dispositions constitutionnelles éparses qui « confient au législateur spécial le pouvoir de fixer les "modalités" d'exercice des compétences par les partenaires de la fédération et font ainsi implicitement écho aux accords de coopération » (K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *ibidem*, n^o 9); et les auteurs de citer à titre d'exemples les articles 35 et 39 de la Constitution. On notera toutefois qu'à l'instar des conventions collectives de travail, la pratique des accords de coopération est antérieure à leur reconnaissance étatique (*ibidem*, note 14).

⁶³ K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *ibidem*, n^{os} 1 et 4.

⁶⁴ K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *ibid.*, n^o 3. Il en va notamment ainsi d'accords de coopération modifiant la répartition des compétences en lieu

source née de manière informelle d'accepter le carcan formel, à telle enseigne qu'on observe la persistance, en pratique, d'accords de coopération se développant en marge des critères procéduraux et substantiels posés par le droit étatique⁶⁵, afin de « maximiser les chances que leurs ententes guident leurs comportements respectifs, voire celui des tiers, *en dépit* de la contravention aux règles de droit positif⁶⁶ ». Il en va d'autant plus ainsi que, du dessein même du législateur spécial et en raison de leur caractère éminemment politique, les accords de coopération échappent largement au contrôle juridictionnel⁶⁷. Plus généralement, cette norme négociée dotée d'une large effectivité pose question au regard du principe démocratique. Ainsi les accords de coopération requérant un assentiment législatif ne peuvent être qu'approuvés ou rejetés par le législateur qui ne peut les amender⁶⁸. Dans le même ordre d'idées, et à défaut d'être réglée par la norme de reconnaissance, la valeur supra-législative généralement reconnue par la doctrine aux accords de coopération en vertu du respect de la parole donnée, entaille le principe de la liberté démocratique⁶⁹. Voilà en tout cas une source formelle qui, en dépit et au-delà de sa reconnaissance légale, fonctionne encore largement à l'effectivité.

et place du constituant ou du législateur spécial (voy. les exemples cités par les auteurs n° 25).

⁶⁵ K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *op. cit.*, n° 37 *in fine*.

⁶⁶ *Ibidem*, n° 58.

⁶⁷ Les accords de coopération présentent par ailleurs la particularité d'offrir une garantie normative à géométrie variable selon qu'ils ont fait ou non l'objet d'un assentiment législatif, voire réglementaire. Sur le contrôle des accords de coopération, voy. K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *ibid.*, n° 30 et s.

⁶⁸ K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *ibid.* Toute comparaison gardée, Ch. GUILLAIN relève un déficit de légitimité similaire à propos des directives de politiques criminelles, soustraites à la fois au débat démocratique et au contrôle juridictionnel (*op. cit.* et *supra*, note 45).

⁶⁹ K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *ibid.*, n° 26 et s. Les auteurs soulignent à cet égard le « caractère culturellement ancré de certaines conceptions du droit », conduisant ici à privilégier la norme négociée sur la loi démocratiquement adoptée, contrairement, par exemple, à l'option prise au Canada (*ibidem*, n° 27 et 28).

3. Le droit international et européen

On ne peut davantage passer sous silence les sources du droit international et européen, qu'il s'agisse du droit primaire⁷⁰ ou du droit dérivé⁷¹. A condition pour le premier, et plus précisément les traités, d'avoir été reçus par une loi d'assentiment destinée à leur donner la caution d'une assemblée démocratiquement élue⁷², l'un et l'autre font partie du droit objectif belge, au même titre que les règles juridiques qui puisent leur origine en son sein.

Par dérogation à l'article 33, alinéa 2, l'article 34 de la Constitution dispose que «l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public». Cette disposition autorise un traité ou une loi à transférer à une organisation internationale l'exercice de compétences que la Constitution ou des lois prises en vertu de celle-ci confient aux organes de l'État, des Communautés ou des Régions. Ce faisant, l'article 34, qui fut inséré dans la Constitution en 1970, entendait valider *a posteriori* les transferts de l'exercice de compétences opérés au profit des Communautés européennes et de l'actuelle Union européenne, tout en étant ouvert à d'autres développements de l'ordre juridique international⁷³. En revanche, l'article 34 de la

⁷⁰ Avec le paradoxe que les traités puisent leur règle de reconnaissance dans l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice... qui est lui-même une convention (*cf.* en ce sens Ph. GÉRARD, *op. cit.*).

⁷¹ Étant entendu qu'on se limite à ce stade au droit dérivé formellement contraignant, c'est-à-dire essentiellement les règlements, directives et décisions du droit européen dont l'existence est reconnue par l'article 288 du TFUE, par ailleurs lacunaire (voy. à cet égard la contribution de L. GUILLOUD, publiée dans le volume 1). Pour le surplus, *cf. infra*.

⁷² *Cf.* l'article 167 de la Constitution, qui n'exige toutefois pas l'adoption d'une loi, se limitant à requérir l'assentiment des Chambres.

⁷³ Initialement, l'adoption de l'actuel article 34 devait s'accompagner d'une modification de l'actuel article 167 de la Constitution, destinée à soumettre la loi portant assentiment aux traités visés par l'article 34 à des conditions de majorité spéciale. A l'époque, la dissolution des chambres avait cependant empêché ce second projet d'aboutir. Voy. à ce sujet: N. VALTICOS, «Expansion du droit international et constitutions nationales, un cas significatif: le transfert de pouvoirs à des organisations internationales et la Constitution belge», in *Hommage à P. De Visser*, Pedone, Paris, 1984, p. 9 et s.

Constitution n'a pas vocation à autoriser les traités constitutifs de ces organisations à déroger à des règles de droit constitutionnel matérielles⁷⁴.

B. Les sources originaires

Les sources originaires fonctionnent pour leur part avant tout à l'effectivité, et même à la légitimité. Car si l'existence de règles de reconnaissance formelles facilite sans conteste l'identification des

⁷⁴ Voy en ce sens : P. VANDERNOOT, « Regards du Conseil d'État sur une disposition orpheline : l'article 34 de la Constitution », in *En hommage à F. Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2007, e.a. p. 1611. Voy. par ailleurs la référence par le Conseil d'État à l'article 34 de la Constitution pour justifier la primauté du droit européen sur la Constitution (C.E., n° 62.922 du 5 octobre 1996, *Orfinger*; projet de loi portant assentiment au traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, et à l'Acte final, faits à Lisbonne le 13 décembre 2007, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2007-2008, n° 568/1), avec la question de savoir si, dans l'esprit du Conseil d'État, la disposition précitée fonde la primauté du droit européen primaire ou seulement celle du droit dérivé, sachant que, dans un cas comme dans l'autre, l'invocation de l'article 34 de la Constitution se départit à notre estime de l'esprit dans lequel il fut adopté à l'époque, sans compter qu'à supposer qu'il ne puisse fonder la primauté du droit primaire sur la Constitution (voy. cependant l'avis de la section de législation 36.539/3 du 16 mars 2004, in « Voorstel van decreet « houdende wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering », *Parl. St.*, Vl. Parl., sess. 2003-2004, n° 1970/2, spéc. p. 6 et 7) mais seulement celle du droit dérivé, on en arriverait au paradoxe suivant : une directive prise en exécution d'une disposition de droit européen primaire primerait la Constitution, en cas de contradiction, tandis que la disposition de droit primaire elle-même demeurerait privée – en tout cas sur fondement de l'article 34 – d'une telle prééminence, et ce, alors même que l'obligation de respecter le droit européen dérivé repose sur le droit primaire (sur la levée de ce paradoxe, voy. : P. VANDERNOOT, *op. cit.*, p. 1614 et s. Voy. par ailleurs : E. SLAUTSKY, « De la hiérarchie entre Constitution et droit international. Cinq ans après : réflexions au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2004 affirmant la primauté du droit international sur la Constitution », 2009, p. 7 et les références citées, http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_2/contributions/SLAUTSKY-2-20090825.pdf). Voy. encore au sujet de l'article 34 de la Constitution : H. DUMONT, « La Constitution : la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », ce volume.

sources, elle ne permet toutefois pas de les lister de manière exhaustive. Ainsi ne trouve-t-on nulle allusion dans la Constitution à des sources non écrites, comme la coutume, les principes généraux du droit ou encore la jurisprudence. Faut-il, en vertu de l'article 33, alinéa 2, de la Constitution, conclure à leur invalidité systémique ? Dans la mesure où elle est autoréférentielle, cette disposition constitutionnelle entretient la fiction de la clôture de l'ordre juridique : « il fait parler la Constitution d'elle-même » et donne l'illusion de clore « le système constitutionnel sur lui-même en interdisant tout exercice du pouvoir qui ne se conformerait pas à ses prescriptions⁷⁵ ». Il s'agit bien d'une illusion car, comme l'écrit H. Dumont : « autant une Constitution écrite peut instituer les sources que la théorie générale du droit qualifie de "dérivées" – ainsi les lois, les décrets, les règlements, les actes administratifs ou les contrats –, autant elle est nécessairement impuissante à nier l'existence des sources du droit "originaires" que sont les coutumes, les principes généraux du droit et la jurisprudence. Dans certaines limites, la Constitution peut affirmer sa primauté à l'égard de ces sources, mais elle ne saurait les vouer à l'inexistence juridique dans la mesure où elles sont plus originaires qu'elle-même. C'est qu'au commencement du droit, on ne trouve pas la notion de Constitution, mais bien les figures incontournables de la coutume, des principes et du juge qui sont inhérentes à la notion même de droit⁷⁶ ». En réalité, loin de signifier l'exhaustivité de la norme écrite, l'article 33, alinéa 2, établit seulement sa primauté⁷⁷. Aussi, à côté des sources dérivées, convient-il de rendre compte des sources originaires, et c'est un des grands mérites de la règle de reconnaissance hartienne de l'autoriser : en lieu et place d'une règle de reconnaissance écrite, c'est la pratique concordante des juges, principalement, mais aussi, plus largement, d'une tierce autorité qui va signer l'érection de ces modes de création du droit au rang des sources formelles originaires, en en manifestant

⁷⁵ H. DUMONT, « Les coutumes... », *op. cit.*

⁷⁶ *Ibidem*. Voy également les notes 47 et 48 qui accompagnent l'extrait cité.

⁷⁷ D'où, notamment, l'exclusion des principes généraux du droit *contra constitutionem* (J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », volume 1, n° 28).

l'existence⁷⁸. On perçoit ici l'incroyable fécondité du modèle de Hart, pour qui l'existence de la règle de reconnaissance est, en définitive, une question de fait, s'abreuvant en conséquence aussi bien, si pas davantage, au pôle de l'effectivité qu'à celui de la légalité⁷⁹.

1. Les principes généraux du droit

Avec les principes généraux du droit, la difficulté commence au moment de les définir. J. Jaumotte ne s'en cache pas, avant d'en proposer la définition suivante : le principe général de droit est une « règle que le juge qualifie de juridique et qu'il qualifie comme telle [...] même si elle ne se trouve énoncée dans aucun texte, et, en tout cas, sans se référer expressément à une disposition écrite de droit positif⁸⁰ ».

En dépit de leur « insécurité conceptuelle » intrinsèque, la qualité de source du droit des principes généraux est à présent presque unanimement reconnue⁸¹. Cette reconnaissance ne doit toutefois pas occulter la révolution qu'elle traduit dans un contexte où la loi écrite et les qualités qu'on lui prêtait tenaient lieu de référent, ni le long processus qui l'a vue aboutir, contraignant, dans un premier

⁷⁸ En ce sens : H. DUMONT, « Les coutumes... », *op. cit.* ; M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources ? », volume 2.

⁷⁹ Hart n'exclut pas non plus toute manifestation du pôle « légitimité » dans la règle de reconnaissance. Plusieurs auteurs ont à cet égard souligné le fait que la validité des principes généraux du droit se prête davantage à une analyse en termes d'effectivité et de légitimité que sous l'angle de la légalité (S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *op. cit.*, n° 43 ; J. VELAERS, *op. cit.*, n° 5). On précise enfin qu'on traite, sous cette subdivision, des sources originaires indépendamment de leur lieu d'émergence : ordre juridique belge, mais aussi ordres juridiques international et européen, tout en rappelant qu'au sein de l'ordre juridique international, les sources dites originaires présentent la particularité d'être reconnues par l'article 38 précité du Statut de la CIJ (*cf. supra*, note 70).

⁸⁰ J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *Le Conseil d'État de Belgique*, sous la direction de B. Bléro, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 600.

⁸¹ S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *op. cit.*, n° 1. On peut à notre estime les qualifier de source formelle au sens prédéfini (voy. à cet égard *infra*, note 85).

temps, les principes généraux « à avancer masqués sous un rattachement torturé au texte de loi⁸² ». C'est que les traits caractéristiques des principes généraux du droit appellent une appréciation toute en nuances, qui ne lasse pas d'ébranler les catégories juridiques traditionnelles⁸³ : ainsi, « apportent[-ils] un élément de souplesse dans l'application du droit, en faisant prévaloir l'esprit du droit sur la lettre, le sens commun sur la technique, la justice sur la simple légalité », tout en « contribu[ant] [par ailleurs] à la cohérence des branches du droit et du droit en général⁸⁴ ».

Le pouvoir créateur du juge en la matière est aujourd'hui davantage assumé. Car, en définitive, c'est bien le juge qui fait basculer un principe dans le droit positif, et de ce point de vue son intervention est déterminante : elle est celle d'un sourcier qui découvre une nouvelle norme de droit positif. Pour autant, le juge ne crée pas le principe de toute pièce. Seule étape formelle d'un processus largement informel et singulier, quoique délibéré⁸⁵, la cristallisation du prin-

⁸² S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *ibidem*, n° 6.

⁸³ Et S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS de faire le rapprochement avec le « *soft law* en tant que source du droit vis-à-vis de laquelle différents éléments obligent aussi à une compréhension ouverte et nuancée » (note 29 de leur contribution précitée. Sur ce rapprochement, voy. aussi n°s 45, 49 et 50).

⁸⁴ S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *ibidem*, n° 8.

⁸⁵ *Informel* car « Paradoxalement, l'absence de méthode de génération des principes généraux du droit est peut-être ce qui fédère les principes généraux du droit, plus que tous les autres caractères qui leur sont associés », ce qui conduit les auteurs à écrire par ailleurs que « si une définition large des sources formelles du droit pourra y inclure les principes généraux du droit, l'on comprend aussi pourquoi, dans une conception étroite de l'exigence de forme, les principes généraux du droit sont plutôt classés parmi les sources *non* formelles du droit » (*ibidem*, n° 34. Compar. avec A. PAPAUX, « Redéploiement de la théorie tridimensionnelle de la validité juridique : de la "déformalisation" des sources du droit à l'exemple du droit international privé comme *jus auctoritas* », ce volume, soulignant, en droit international privé, l'importance des principes généraux qui « ne ressortissent d'aucune source formelle, attestant une déformalisation généralisée du droit et corrélativement l'omniprésence du *soft law* »). *Singulier* parce que : « Comme pour la place qu'ils occupent dans la hiérarchie des normes, seul un examen au cas par cas renseignera dès lors sur les étapes (informelles) qui ont jalonné la reconnaissance progressive d'un principe et son avènement final en tant que source du droit, par le relais d'une ou plusieurs décisions de justice » (S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *op. cit.*, n° 31). *Délibéré*, enfin, en ce sens que leur existence résulte « d'un raisonnement en

cipe par le juge s'appuie, en amont, sur un faisceau d'indices témoignant de l'arrivée à maturité d'un principe⁸⁶, tandis qu'elle se poursuit en aval grâce à la pluralité des juges qui l'enrichissent⁸⁷.

Est-ce un effet de leur spécificité désormais mieux assumée ? Rares sont en tout cas les occasions où de nouveaux principes sont consacrés⁸⁸. Le principe général du droit n'en demeure pas moins – il n'est pas inutile de le rappeler au moment où on s'interroge sur l'émergence de nouvelles sources – « le seul instrument d'effectivité disponible pour un précepte non reconnu par le législateur comme tel, dont on veut assurer la réception comme une règle de droit, dès

vue de produire une règle de droit, d'une part, et ils supposent l'intervention d'un tiers d'autorité (*i.e.* le juge), d'autre part » (*ibidem*, n° 34, les auteurs paraphrasant eux-mêmes P. DEUMIER).

⁸⁶ Ces indices puisent tout autant leur origine dans un patrimoine de valeurs communément partagées que dans une multiplicité de sources d'influence qui façonnent un ordre juridique à un moment donné et traduisent un « consensus quasi unanime » (E. KRINGS, p. 547, cité par S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *op. cit.*, note 95) sur l'émergence d'un principe (sources de *hard law* mais aussi de *soft law*, sources formelles aussi bien qu'informelles). Voy l'exemple du principe de l'indépendance de l'avocat donné par les auteurs, *ibidem*, n° 28). A ce titre, les principes généraux endossent une « fonction d'interface entre le droit et le non-droit » (*ibidem*, n° 19).

⁸⁷ J. VAN MEERBEECK souligne en ce sens « le caractère "sédimentaire" des principes qui, à quelques exceptions près, inscrivent leur apparition, mais également leur développement dans une logique temporelle longue » (« Les principes généraux du droit de l'Union européenne », volume 1 de cet ouvrage, n° 13).

⁸⁸ Sur la tension entre l'obligation pour le juge de statuer, même en l'absence de texte et la nécessité de contenir cette source du droit surgissant « en dehors de tout contrôle démocratique », *cf.* S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *op. cit.*, n° 24. J. VAN MEERBEECK souligne par ailleurs le caractère potentiellement perturbateur, voire conflictuel des principes généraux du droit pour l'ordre juridique qui les a vus éclore (*op. cit.*, n° 30). L'auteur n'en précise pas moins que : « Si le juge européen est tenu d'appliquer les principes généraux qu'il a consacrés, l'écart entre leur force normative théorique et leur impact pratique sur la remise en cause du droit dérivé invite cependant à s'interroger sur la pertinence du modèle hiérarchique pour appréhender avec finesse leur rôle dans l'ordre juridique européen. Non seulement l'invocation des principes généraux ne l'est, proportionnellement, que rarement avec succès mais, même lorsqu'elle est constatée, la violation d'un principe général du droit n'entraîne pas toujours la remise en cause de l'acte de droit dérivé litigieux » (*ibidem*, n° 21).

lors qu'il est la seule voie qui donne ouverture à cassation de manière autonome⁸⁹».

2. La coutume

La coutume est traditionnellement définie comme « une règle de droit, en général non écrite, qui prêche à une pratique constante et répétée un caractère juridique contraignant reconnu par les intéressés eux-mêmes⁹⁰ », à telle enseigne que, depuis Fr. Gény, on lui prêche en général deux attributs constitutifs : un élément objectif ou matériel (une pratique constante et répétée) et un élément subjectif ou psychologique (la conviction que l'observation de cette pratique s'impose en droit)⁹¹. Là où avec les sources dérivées, le droit est « posé », et où avec les principes généraux du droit il est délibéré, le processus de création du droit relève, pour la coutume, d'un processus spontané⁹². C'est précisément ce caractère spontané qui suscite un malaise chez le juriste positiviste⁹³.

A l'instar des principes généraux du droit, la coutume a fait l'objet de trois contributions dans cet ouvrage, l'une examinant le statut de la coutume dans le contexte précis du droit européen, l'autre s'attachant à l'examen des seules coutumes constitutionnelles, tandis que la troisième contribution l'appréhende de manière géné-

⁸⁹ S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *op. cit.*, n° 22.

⁹⁰ J. POUmarede, « V° Coutume », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, 2^e éd., p. 119. Cette définition est reprise par H. DUMONT, « Les coutumes... », *op. cit.*, et Th. BLANCHET et J. KELLER-NOËLLET, « Peut-on parler de "coutume" en droit de l'Union européenne ? », volume 1. Pour une définition similaire, voy. J. VELAERS, *op. cit.*, n° 4.

⁹¹ On notera à cet égard que le *soft law*, et en particulier les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, peuvent contribuer à démontrer l'existence de l'*opinio iuris* (voy. notamment à cet égard les contributions respectives précitées de J. CAZALA, d'une part, et d'autre part de Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC).

⁹² Comme l'écrit M. VIRALLY, la coutume « ne repose sur aucune norme pré-existante et n'exige aucune organisation particulière de la société. Elle est donc un mode originaire. La validité de la coutume est le fruit de son effectivité : elle ne dépend, en aucune façon, d'une norme préexistante » (*op. cit.*, p. 162).

⁹³ En ce sens : Th. BLANCHET et J. KELLER-NOËLLET, *op. cit.*

rale, à l'exclusion des objets traités par les deux premières. Les coutumes constitutionnelles et les coutumes en droit européen, dans la mesure où ces dernières sont de nature institutionnelle⁹⁴, présentent la particularité d'émaner d'acteurs publics, au contraire de la coutume « classique », d'origine populaire. Ce n'est toutefois pas ce trait caractéristique qui conduisent les premiers auteurs à reconnaître l'existence de coutumes⁹⁵ et M. Coipel à la contester, mais bien une critique de la conception classique de la coutume – dirigée contre l'élément subjectif de cette source⁹⁶ et sa prétention à l'autonomie (c'est-à-dire à devenir une règle de droit sur la base de la réunion des critères subjectifs et objectifs, indépendamment de son éventuelle reconnaissance par le législateur, ou plus largement par une autorité, qu'il s'agisse du juge ou de la doctrine) – qui conduit ce dernier à s'en distancier. Ainsi M. Coipel estime-t-il que la « "coutume" est une règle imaginaire » aussi longtemps « qu'elle n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance par le système juridique⁹⁷ », avant d'ajouter : « qu[e] [les intéressés] la considèrent ou non comme une

⁹⁴ Th. BLANCHET et J. KELLER-NOËLLET montrent très bien que, sur un plan matériel, la coutume ne « percole » pas en droit européen en raison, d'une part, du principe d'attribution des compétences étroitement surveillé et, d'autre part, du choix fait par la Cour de justice de l'Union européenne de combler les lacunes par le biais de « méthodes d'interprétation constructives » (cf. le point II de leur contribution précitée).

⁹⁵ Cette reconnaissance, tout comme du reste la contribution de Th. BLANCHET et J. KELLER-NOËLLET, est assez inédite en droit européen (les auteurs entament d'ailleurs leur contribution par le constat suivant : « Contrairement aux manuels de droit national ou international, les manuels de droit européen ne citent pas la coutume parmi les sources du droit de l'Union européenne »). Quant aux coutumes constitutionnelles, et par contraste avec la défaveur que leur réservent les constitutionnalistes français, leur existence est presque unanimement reconnue par la doctrine belge ; en revanche, la jurisprudence belge peine à la reconnaître pour ce qu'elle est, préférant avancer sous l'habit plus rassurant des principes généraux du droit ou de l'interprétation (cf. le point I de la contribution précitée d'H. DUMONT).

⁹⁶ Cf. M. COIPEL, « La coutume », volume 2 de cet ouvrage, n^{os} 16 et 17. Sur ce point, l'auteur rejoint P. DEUMIER qui, dans sa thèse sur le droit spontané, souligne à cet égard que, loin de caractériser la seule coutume, dans son élément subjectif ou psychologique, l'*opinio iuris* fonde le droit tout entier (*Le droit spontané*, Economica, Paris, 2002, p. 175 et s.).

⁹⁷ M. COIPEL, *op. cit.*, n^o 17.

règle de droit est sans réelle importance puisque ce n'est pas à eux qu'il appartient de donner cette qualification⁹⁸ ».

Il nous semble toutefois qu'on gagne à distinguer deux niveaux : la formulation par la doctrine et la jurisprudence de la règle de reconnaissance de ce type de source originaire (*in casu*, la réunion des critères subjectif et objectif), et « son application à des cas concrets ». Comme H. Dumont le précise, c'est à ce second niveau « que l'on postule une reconnaissance du caractère juridiquement obligatoire de la pratique en cause et donc de son caractère coutumier, soit par les juridictions compétentes, si la règle sous-jacente est justiciable, soit par une autorité tierce suffisamment indépendante de ses auteurs si elle ne l'est pas⁹⁹ ». En ce sens, le juge (ou l'autorité tierce) ne crée pas la coutume *ex nihilo* ; en revanche, il participe à sa création¹⁰⁰ ; les sourciers seraient à la fois le juge (ou, plus généralement, un tiers) et, avant lui, les personnes concernées ou les institutions¹⁰¹.

En tout état de cause, le caractère exceptionnel de la coutume¹⁰² – en tout cas dans les systèmes juridiques qui demeurent largement dominés par le paradigme légicentrique – ne doit pas conduire à occulter l'existence de cette source du droit¹⁰³. Ainsi Th. Blanchet et J. Keller-Noëllet reconnaissent-ils, à la suite de l'avocat général Maduro, l'existence de coutumes *praeter legem*, venant combler les lacunes du droit institutionnel européen, en dépit du peu

⁹⁸ M. COIPEL, *op. cit.*, n° 20.

⁹⁹ H. DUMONT, « Les coutumes... », *op. cit.*

¹⁰⁰ *Ibidem*. Un constat similaire fut posé pour les principes généraux du droit (*cf.* les références citées *supra*, notes 84 et 85).

¹⁰¹ Concernant les coutumes constitutionnelles, H. Dumont leur reconnaît par ailleurs une autonomie relative par rapport aux autres sources formelles du droit, puisqu'au rang des trois critères de reconnaissance qu'il propose de retenir, il faut que la pratique considérée soit nécessairement impliquée ou permise par un texte de droit constitutionnel ou un principe général de droit à valeur constitutionnelle (*ibidem*).

¹⁰² Voy. à cet égard : M. COIPEL, *op. cit.*, n° 15.

¹⁰³ Avec, en retour, la question de savoir si ce n'est pas le caractère « en voie de disparition » de la coutume qui fait parfois consensus pour l'ériger en source du droit...

d'exemples qu'ils repèrent : deux cas¹⁰⁴. Sans compter que, de l'avis des auteurs, la rigidité des traités, et la difficulté de les modifier, pourrait favoriser à l'avenir l'émergence de nouvelles coutumes européennes¹⁰⁵.

Enfin, la qualification de source formelle du droit prêtée à la coutume¹⁰⁶, et en particulier aux coutumes constitutionnelles, ne doit pas davantage masquer les variations, en termes de force normative, qu'elles sont susceptibles de présenter en fonction, notamment, de l'autorité attachée au « diseur de droit » qui les reconnaît, juge ou doctrine, doctrine unanime ou seulement majoritaire¹⁰⁷. De ce point de vue, également, la coutume fait rentrer la gradualité au sein même des sources du droit.

¹⁰⁴ Les auteurs relèvent pour le surplus, que « ces pratiques seront le plus souvent légalisées ou codifiées par la suite, sous une forme ou sous une autre, perdant ainsi leur caractère non écrit, caractéristique de la coutume » (Th. BLANCHET et J. KELLER-NOËLLET, *op. cit.*) ou encore : « On ne peut que constater à quel point ces différentes pratiques, arrangements et déclarations communes portaient en germe certaines des modifications successives des traités, illustrant ainsi le "dynamisme communautaire" évoqué plus haut » (*ibidem*). Où l'on voit qu'une source formelle – la coutume – tient également lieu de source matérielle. « Quant à l'autorité du "tiers" qui affirme la force obligatoire de ces deux coutumes, c'est celle des fonctionnaires des États membres au sein des organes préparatoires du Conseil, de ceux du secrétariat général de chacune des institutions concernées et des conseillers juridiques de leurs services juridiques, une autorité néanmoins toute relative puisqu'ils sont aussi, dans une large mesure, les "Monsieur Jourdain" de ces pratiques devenues coutumes » (*ibidem*).

¹⁰⁵ *Ibidem*. Le raisonnement pourrait être étendu à la Constitution et aux coutumes constitutionnelles, contrastant, de ce point de vue, avec le rythme effréné des modifications législatives.

¹⁰⁶ Il est clair qu'on ne peut qualifier la coutume classique, d'origine populaire, de source formelle en raison de son auteur ; en revanche, l'existence de critères abstraits – quoique contestés – permettant de l'identifier, tout comme son caractère obligatoire, autorisent à notre estime une telle qualification (*cf.* en ce sens et à propos des coutumes constitutionnelles : H. DUMONT, « Les coutumes... », *op. cit.* Compar. avec P. DEUMIER, « La pratique... », *op. cit.* : « La validité formelle est mal adaptée à la pratique, qui ne répond à aucune procédure prédéterminée et qui est posée par un auteur tout aussi fuyant »). Sur l'adéquation du label « source formelle » pour qualifier la coutume, voy. par ailleurs les références citées par J. D'ASPREMONT, *op. cit.*, note 25 (*compar.* avec la position de l'auteur lui-même).

¹⁰⁷ H. DUMONT, « Les coutumes... », *op. cit.*

3. La jurisprudence

Par jurisprudence, on ne vise pas, *in casu*, «l'ensemble des décisions individuelles rendues par les juridictions, mais [...] la norme générale qui se dégage explicitement ou implicitement des motifs d'une décision individuelle, et qui se trouve "présupposée" par elle [...] ou "reconnue" par elle [...]»¹⁰⁸. Ainsi comprise, la jurisprudence constitue-t-elle une source du droit, ou, autrement dit, est-elle juridiquement obligatoire¹⁰⁹ ?

Nul doute que le juge du fond est lié en droit par la décision de la Cour suprême en cas de seconde cassation (art. 1120 c. jud.)¹¹⁰. Mais au-delà de cette hypothèse qui ne souffre pas de contestation,

¹⁰⁸ M. VAN DE KERCHOVE, «Jurisprudence et rationalité juridique», *Arch. phil. dr.*, 1985, p. 207 et 210; «La jurisprudence revisitée...», *op. cit.* Dans ces limites, la reconnaissance de la jurisprudence parmi les sources de droit ne semble pas heurter le prescrit de l'article 6 du code judiciaire, qui interdit au juge judiciaire de se prononcer par voie de disposition générale et abstraite sur les causes qui lui sont soumises. Comme l'a très bien résumé M. VAN DE KERCHOVE, la disposition précitée «peut être interprété(e) comme interdisant seulement aux juges "de faire des arrêts en forme générale et réglementaire", c'est-à-dire "d'édicter" une règle générale et permanente. En ce sens, il conviendrait d'y voir la prohibition tant des "arrêts de règlement" de l'Ancien Régime que du régime du précédent, tel qu'il fonctionne en droit anglais. Cette disposition, en revanche, ne ferait pas obstacle à la reconnaissance de la norme générale "présupposée" par le juge, à titre de fondement de sa décision individuelle, particulièrement lorsque cette norme générale se trouve présupposée par une pluralité de décisions concordantes.» (M. VAN DE KERCHOVE, «Jurisprudence et rationalité juridique», *op. cit.*, p. 217. *Compar. Th. BOMBOIS* et N. DUPONT, pour qui l'article 6 du code judiciaire (et l'interdiction du précédent obligatoire qu'il édicte) fait obstacle à ce que «l'interprétation consolidée d'une disposition législative [...] constitue [...] une source formelle de droit» («Le droit constitutionnel belge réceptionne-t-il la théorie du "droit vivant" ? Juridiction constitutionnelle et interprétation consolidée de la loi», *C.D.P.K.*, 2008, p. 521).

¹⁰⁹ M. VAN DE KERCHOVE, «Jurisprudence et rationalité juridique», *op. cit.*, p. 212.

¹¹⁰ Le juge belge ayant posé une question préjudicielle à la CJUE ou à la Cour constitutionnelle est également tenu de respecter l'arrêt rendu sur question préjudicielle par l'une de ces deux cours. Par ailleurs, les arrêts de la Cour constitutionnelle et de la section du contentieux administratif du Conseil d'État prononçant l'annulation d'une loi ou d'un acte administratif réglementaire présentent une autorité *erga omnes*, s'imposant à des tiers.

la doctrine apparaît divisée quant à la réponse à réserver à cette question.

Dans sa contribution tout en nuances au présent ouvrage collectif, M. van de Kerchove range résolument la jurisprudence parmi les sources du droit¹¹¹. Certes n'existe-t-il pas de règle de reconnaissance habilitant explicitement le juge à élaborer des normes jurisprudentielles au sens précité¹¹²; en revanche, l'attitude du pouvoir judiciaire invite à penser qu'elles font l'objet d'une reconnaissance implicite les érigeant en véritables règles de droit¹¹³. Certes l'autonomie de la jurisprudence par rapport à la loi est-elle relative: elle maintient un lien ancillaire avec la loi, objet de l'interprétation par le biais de laquelle elle se forme; il reste que « ce travail interprétatif n'est plus considéré, actuellement, comme purement "déclaratif" d'un sens préexistant, mais comme partiellement "constructif", "créateur" et "normatif"¹¹⁴ » et que, de ce point de vue, la jurisprudence jouit d'une autonomie normative par rapport à la loi elle-même¹¹⁵. Certes la force obligatoire des règles jurisprudentielles est-elle, elle-même, relative¹¹⁶, dans la mesure où elle « est tributaire à la fois de l'autorité qui est reconnue à la juridiction dont elle émane et de l'adhésion que lui témoignent les autres juridictions¹¹⁷ »: ce n'est que lorsqu'elle est consacrée par une juridiction suprême, comme la Cour de cassation, que la règle jurisprudentielle « a une force obligatoire véritablement comparable à celle de la loi »; encore faut-il, toutefois, qu'« elle bénéficie également de l'"accord" ou de

¹¹¹ Voy. en ce sens également, mais sans les heureuses nuances d'un auteur comme M. van de Kerchove: C. THIBIERGE, « Sources... », *op. cit.*, p. 541, qui qualifie la jurisprudence de source formelle.

¹¹² M. VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *op. cit.*, p. 219. Pour une démonstration de cette proposition, cf. M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée... », *op. cit.*

¹¹³ *Ibidem*. Ainsi, à titre d'indice à verser au crédit du caractère obligatoire de la jurisprudence, la Cour de cassation qualifie d'erreur de droit l'ignorance de sa propre jurisprudence (*ibid.*, et les références citées).

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Voy. en ce sens l'attitude de la Cour de cassation par rapport à la jurisprudence étrangère (*ibid.*, les références citées).

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

l'"adhésion" des autres juridictions, "se traduisant par l'acceptation ou la résignation, par l'absence, en tout cas, d'opposition"¹¹⁸. Ce « droit de résistance » des juridictions inférieures connaît cependant deux limites¹¹⁹. Outre l'hypothèse déjà évoquée d'un renvoi après deuxième cassation, les juridictions doivent « avoir de bons "motifs" de s'écarter de la jurisprudence consacrée ou une "raison nouvelle qui obligerait à s'en écarter"¹²⁰ ». Aussi le caractère obligatoire de la jurisprudence s'exprime-t-il de la manière suivante : « Il consiste dans l'obligation imposée au juge de "tenir compte" de la jurisprudence, mais non dans l'obligation absolue de s'y conformer. L'obligation de s'y conformer est, en quelque sorte, conditionnelle : il ne faut s'y conformer qu'à la condition qu'il n'y ait pas de "motifs" d'adopter une interprétation différente de la loi¹²¹ ».

De manière toute aussi affirmative, P. Deumier dénie de son côté toute force obligatoire à la jurisprudence. Elle estime plus précisément que « la jurisprudence est dotée d'une autorité bizarre, puisqu'elle n'est pas obligatoire en droit mais suivie en fait¹²² ». Et l'auteur d'ajouter : « Ce qui semble être la cause de tous les malheurs de la jurisprudence est la difficulté à faire entrer son autorité en fait dans une distinction binaire obligatoire/non obligatoire, puisque l'autorité est "moins qu'un ordre et plus qu'un conseil"¹²³. »

Que penser ? La règle jurisprudentielle revêt-elle une autorité de droit ou une simple mais considérable autorité de fait ? Tout en étant encline à suivre le raisonnement de M. van de Kerchove, on peut se demander si la question ne revient pas à voir le verre à moi-

¹¹⁸ M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.* En ce sens également : J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme », volume 3. P. DEUMIER souligne à cet égard que « contrairement aux textes, la jurisprudence ne naît pas de sa seule édicition. C'est également sa réception qui permettra de savoir si un arrêt "fait jurisprudence" », tout en ajoutant que « cette réception est un processus informel et difficile à décrire » (*Introduction générale au droit*, LGDJ, Paris, 2011, p. 347, n° 350).

¹¹⁹ Cf. M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée... », *op. cit.*

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² P. DEUMIER, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 68.

¹²³ *Ibidem*, p. 354, n° 359.

tié vide ou à moitié plein. En définitive, l'enjeu pratique apparaît relativement faible, pour autant que la théorie des sources rende compte, à un titre ou à un autre, de la jurisprudence : qui n'aperçoit en effet que les juges participent par ce biais à la création du droit ¹²⁴ ? De deux choses l'une. Ou l'on raisonne de manière binaire (absolument obligatoire / complètement dépourvu de force obligatoire) et l'on dénie dans ce cas la qualité de source à la jurisprudence pour « la rang(er) au rang d'"autorité", aux côtés de la doctrine ¹²⁵ ». Ou l'on admet que la force obligatoire d'une norme juridique est susceptible de degrés ¹²⁶, et la jurisprudence, qui émane de surcroît d'une autorité publique, peut alors prétendre à la qualification de source formelle au sens prédéfini. En réalité, une troisième voie est possible, même si on l'a pour notre part d'emblée exclue ; elle consiste à étendre la notion de source formelle du droit à des règles non obligatoires. C'est la voie empruntée par P. Deumier : « Plus que la jurisprudence, c'est peut-être l'a priori selon lequel n'est source de droit que le pouvoir apte à poser des règles contraignantes qui pourrait être remis en cause », écrit-elle ¹²⁷.

Dans la mesure en tout cas où la jurisprudence « assure une certaine unification ou systématisation permettant, outre à la décision d'advenir, d'en prévoir dans une certaine mesure le contenu ¹²⁸ », elle joue le jeu du droit.

II. Les sources informelles de droit

A sa manière, la doctrine participe également à la création du droit, tout en entretenant les mythes sur lesquels il repose. Tel n'est pas nécessairement le cas du *soft law* qui contribue pourtant aussi à façonner le paysage normatif. Aux sources informelles de rendre

¹²⁴ En ce sens : A. BAILLEUX et H. DUMONT, « Esquisses d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, 75/2010, p. 279.

¹²⁵ P. DEUMIER, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 66 et les références citées.

¹²⁶ M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée... », *op. cit.*

¹²⁷ P. DEUMIER, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 354, n° 359.

¹²⁸ M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée... », *op. cit.*

compte de ces phénomènes juridiques qui partagent la caractéristique d'être dépourvus de force obligatoire, tout en pouvant par ailleurs émaner d'une autorité habilitée à dire le droit... mais de manière *soft*.

A. La doctrine : des professeurs aux avis de la section de législation du Conseil d'État ?

Source informelle, source indirecte, source complémentaire du droit, source *de* droit, source d'inspiration, simple autorité, autorité de raison, pouvoir de fait..., les expressions ne manquent pas pour qualifier la doctrine. Deux certitudes en tout cas : premièrement, la doctrine est dépourvue de tout caractère obligatoire, et, à ce titre, elle ne constitue pas une source formelle du droit ; deuxièmement, son influence sur les organes d'application du droit n'en est pas moins considérable. Ainsi, dans sa contribution au présent ouvrage collectif, J. Ringelheim met-elle en lumière, en s'appuyant sur les travaux de Madsen et Hennette-Vauchez, le rôle majeur joué par le droit savant dans la juridicisation des droits de l'homme et l'affirmation de leur autonomie par rapport au politique ¹²⁹.

¹²⁹ J. RINGELHEIM, « Le rôle de la doctrine dans l'émergence du droit international des droits de l'homme. Regards sociologiques sur un facteur de création du droit », volume 3 de cet ouvrage. Que l'on songe également à l'incidence de la mercuriale du procureur général Ganshof van der Meer sur la reconnaissance, par la Cour de cassation, des principes généraux du droit comme source du droit (voy. à cet égard la contribution précitée de S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS). Que l'on songe encore au rôle de la doctrine dans le rassemblement et la systématisation des directives d'interprétation (cf. M. VAN DE KERCHOVE, « Les directives d'interprétation en droit : une identité et une force normative à géométrie variable », volume 2) ou dans le développement de la notion d'État de droit (cf. O. CORTEN, *op. cit.*). Que l'on imagine aussi l'influence que pourrait exercer un article comme celui d'H. DUMONT sur les coutumes constitutionnelles, affinant les critères de reconnaissance de celles-ci en vue de faciliter son identification comme sources du droit. On ne résiste par ailleurs pas au plaisir de citer ici les bons mots de P.-P. VAN GEHUCHTEN : « Si la doctrine ne reçoit en effet aucun pouvoir d'édicter des règles contraignantes en droit, l'élaboration d'un paradigme doctrinal dominant conduit, (presque) aussi sûrement que l'édiction d'une règle, à des conséquences dogmatiques qui vont s'imposer comme d'elles-mêmes – de

Mais, au fait, que vise-t-on sous cette appellation familière des juristes mais, semble-t-il, peu connue des autres disciplines¹³⁰ ? Au sens courant, la doctrine désigne l'expression d'une *opinion* à propos d'une question particulière ; il y va toujours « d'une certaine doctrine sur une certaine question¹³¹ ». En droit, ce n'est pas tant ce sens restreint qui est mobilisé que les significations que la dogmatique juridique a elle-même forgées, à savoir « l'ensemble des opinions émises sur le droit », mais aussi, par extension, « les travaux eux-mêmes et leurs auteurs¹³² ». Dans ce troisième sens, la doctrine – ou droit savant – s'identifie au « champ social spécifique que forment les professionnels spécialisés dans la production et dans la transmission du savoir juridique, professionnels chargés de connaître et faire connaître le droit¹³³ ». La doctrine prend alors la forme d'une entité ; plus précisément, ce sont les auteurs juridiques eux-mêmes qui la présentent comme telle. Encore faut-il percevoir que l'émergence de la doctrine est temporellement et spatialement située. Ainsi, le terme émerge dans la seconde moitié du XIX^e siècle, comme en réaction au développement des sciences sociales « qui menacent l'autonomie du champ juridique » et l'identité des juristes¹³⁴. D'autre part, « le concept de doctrine apparaît là où les docteurs [...] jouent un rôle considérable dans la systématisation, voire dans l'élaboration du droit,

sorte qu'à défaut d'être formellement bien fondée, l'intuition de F. Gény pourrait demeurer descriptivement vraie lorsqu'il faisait de la doctrine une source ? » (*op. cit.*, note 54). Voy., enfin, A. PAPAUX, *op. cit.*, qui souligne la centralité de la doctrine, tout comme de la jurisprudence, en droit international privé.

¹³⁰ Cf. l'anecdote relatée par Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, par laquelle ils entament leur ouvrage (*La doctrine*, Dalloz, Paris, 2004, p. 1).

¹³¹ *Ibidem*, p. 1.

¹³² J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, p. 104. On retrouve, dans ce troisième sens, le caractère bipolaire de la notion de source, désignant à la fois « ceux qui créent » (les auteurs) et « ce qu'ils créent » (les travaux) (C. THIBIERGE, « Sources... », *op. cit.*, p. 529). Compar. avec la définition proposée par J. RINGELHEIM dans le cadre du présent ouvrage (*op. cit.*), selon laquelle la doctrine ou dogmatique juridique peut être définie « comme le discours savant produit par les juristes sur le droit » : les trois sens identifiés semblent s'y retrouver de manière condensée.

¹³³ J. CHEVALLIER, « Doctrine... », *op. cit.*, p. 104.

¹³⁴ Ph. JESTAZ et Ch. JAMAIN, *op. cit.*, p. 2 et 3, 8.

c'est-à-dire en pays de tradition romaniste¹³⁵ ; dans ces pays, il « traduit la conscience que les auteurs prennent de leur force collective, en même temps que leur volonté – pas forcément consciente – d'affirmation¹³⁶ ».

Par contraste avec la science du droit¹³⁷, la doctrine incarne la conception du droit prônée par le positivisme juridique. Parmi les missions qui lui incombent, il lui revient, tout d'abord, de décrire les règles de droit en vigueur au sein d'un ordre juridique donné. Mais la doctrine ne se limite pas à cette fonction descriptive : elle cherche également à expliquer et évaluer, d'un point de vue juridique, les interprétations et évaluations émanant des organes de création ou d'application du droit¹³⁸. Dans la mesure où elle « mêle intimement construction théorique et visée pratique, propos descriptif et perspective normative, connaissance et action¹³⁹ », la doctrine remplit une fonction « mi-descriptive, mi-prescriptive¹⁴⁰ ». A ce titre, elle contribue à la production du droit, ce qui l'écarte d'« une authentique démarche scientifique » pour la « placer sur le terrain de la

¹³⁵ Ph. JESTAZ et Ch. JAMAIN, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 2, 6 et 7

¹³⁷ Si, à l'instar de la doctrine, la science du droit entend produire un savoir sur le droit, elle le fait de manière fondamentalement différente de celle-ci : ancrée dans le champ des sciences sociales, c'est une connaissance du droit « "désintéressée" et gratuite » qu'elle autorise en analysant et en expliquant le phénomène juridique de manière réflexive et critique. « La science du droit ne saurait ainsi être réduite à une simple théorie pure du droit : la sociologie du droit et la philosophie du droit constituent des éléments indispensables à la construction d'une véritable "science du droit" » (J. CHEVALLIER, « Doctrine... », *op. cit.*, p. 112). Dans sa contribution au présent ouvrage, J. RINGELHEIM met à cet égard en garde contre la confusion qui pourrait résulter du fait que Kelsen qualifiait de science du droit ce qu'on tend aujourd'hui à viser sous l'appellation « doctrine juridique » (*op. cit.*, note 12).

¹³⁸ Sur la mission de la doctrine, voy. notamment : A. BAILLEUX et H. DUMONT, « Esquisse... », *op. cit.*, p. 282 à 284, en ce compris l'exemple fourni à la page 283 pour illustrer leur propos.

¹³⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir faire" », *Ann. dr. Louvain*, 1/1997, p. 43. Cette contribution est également reproduite dans le volume 3 du présent ouvrage.

¹⁴⁰ A. BAILLEUX et H. DUMONT, *op. cit.*, p. 283.

dogmatique juridique¹⁴¹ ». En adhérant « aux finalités inhérentes à l'ordre juridique étudié, dont elle entend poursuivre, à travers la mise en forme logique, l'ordonnancement social qu'il est censé garantir », elle entretient les grandes fictions sur lesquelles repose le droit, à commencer par celles de la rationalité et de la souveraineté du législateur¹⁴² ; d'où l'étiquette de « gardienne du temple » qu'on lui accole parfois¹⁴³.

De ce point de vue, le rôle prêté à la doctrine dans la « juridicisation » du *soft law* et la déformalisation de la théorie des sources en droit international¹⁴⁴ interpelle : comme si loin d'entretenir la fiction juridique d'un système clos sur lui-même, la doctrine travaillait à son délitement, sans manquer de menacer sa propre cohérence¹⁴⁵. La réalité est toutefois plus nuancée, l'auteur finissant

¹⁴¹ J. CHEVALLIER, « Doctrine... », *op. cit.*, p. 109 et 110. Plus précisément, la contribution de la doctrine à la production du droit se manifeste des manières suivantes : par une activité d'interprétation qui contribue à établir le contenu de la norme, par une fonction de systématisation, qui rend compte du droit existant mais passe aussi par la construction de représentations nouvelles, conférant à la doctrine une fonction proprement idéologique (que l'on songe à la doctrine des sources...), et, enfin, par une participation plus directe des experts à l'élaboration de la norme (*cf.* J. CHEVALLIER, « Doctrine... », *op. cit.*, p. 108 et 109 ; « L'internormativité », ce volume).

¹⁴² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine... », *op. cit.*, 1/1997, p. 43.

¹⁴³ En ce sens, et à la différence de la science du droit, « la connaissance du droit que (la doctrine) permet est une connaissance "intéressée" : il s'agit d'apporter une contribution, de toute première importance, au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions. Ce faisant, la doctrine fait œuvre dogmatique et contribue à la production de la normativité juridique » (J. CHEVALLIER, « Doctrine... », *op. cit.*, p. 105). Voy. également J. RINGELHEIM, *op. cit.* Reste à savoir si, compte tenu de l'évolution du contexte juridique dans lequel se meut la doctrine, son rôle ne s'est pas transformé, passant d'un modèle continental du droit (droit savant) à un modèle anglo-américain (pragmatique et casuistique) ; *cf.* à cet égard F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine... », *op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁴ *Cf.* J. D'ASPREMONT, *op. cit.*

¹⁴⁵ Dans sa contribution au présent ouvrage, J. D'ASPREMONT étudie les différents motifs qui précipitent une grande partie de la doctrine dans la voie de la déformalisation, parmi lesquels il identifie la création de nouveaux objets de recherche pour la science du droit : « Cette course effrénée à la production doctrinale a sans nul doute poussé un nombre d'auteurs à s'engager dans un processus de déformalisation et à s'affranchir de la théorie des sources du droit

lui-même par reconnaître que, conscients de ces dangers, « de nombreux auteurs ont continué à promouvoir une certaine forme de formalisme dans l'identification du droit¹⁴⁶ ». On perçoit en tout cas ici, comme au travers des différentes contributions de cet ouvrage collectif¹⁴⁷, le rôle de sourcier potentiellement endossé par la doctrine en matière de *soft law*.

On précise enfin que « les professionnels spécialisés » dont fait état la définition de la doctrine retenue plus haut¹⁴⁸ s'identifient à un groupe à la fois plus restreint que celui des enseignants en droit – « dans la mesure où le titre universitaire ne garantit pas nécessairement l'autorité doctrinale » – et plus large¹⁴⁹. Ainsi, la doctrine s'hétérogénéise jusqu'à recouvrir les conclusions et mercuriales des procureurs et avocats généraux auprès des juridictions supérieures (on a parlé à leur sujet de « doctrine jurisprudentielle¹⁵⁰ »), voire l'œuvre de la section de législation du Conseil d'État, dont « on sait combien elle contribue au respect, par les textes en projet, des exigences de l'ordonnement juridique en vigueur, et, plus largement des valeurs qui sont à la base de l'État de droit¹⁵¹ ». Avec la

international afin de maximiser leur objet d'étude et de se saisir de matériaux classiquement étrangers au droit international » ; « En ce sens, l'abandon de la théorie des sources et la déformalisation présentent le risque d'un Babel doctrinal » : « La doctrine témoigne d'une tendance à ne plus partager le même langage cognitif – particulièrement en ce qui concerne les règles de reconnaissance – et le champ sémantique du vocabulaire doctrinal est devenu fragmenté et hétéroclite ». Compar. avec J. Salmon (sous la direction de), *op. cit.*, p. 1039 : « A vrai dire, sous couleur de vouloir sauver une forme atténuée de juridicité pour les règles ainsi qualifiées, l'emploi de cette notion a surtout pour effet de les disqualifier au point de vue juridique. Le procédé n'est donc pas dépourvu de finalités idéologiques ».

¹⁴⁶ J. D'ASPREMONT, *op. cit.* Voy. les différentes théories doctrinales répertoriées et explicitées, à ce titre, par l'auteur au point IV de sa contribution.

¹⁴⁷ Voy. notamment les références citées dans notre étude sur le *soft law* au présent volume, spéc. note 165.

¹⁴⁸ Cf. *supra*, avant l'appel de note 133.

¹⁴⁹ J. CHEVALLIER, « Conclusions générales. Les interprètes du droit », *La doctrine juridique*, PUF, Paris, 1993, p. 268.

¹⁵⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine... », *op. cit.*, p. 54.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 54 ; voy. à cet égard la conception très stricte de la normativité défendue par la section de législation du Conseil d'État, et relatée par X. DELGRANGE et L. DETROUX dans leur contribution au volume 2 du

spécificité que, contrairement à la doctrine « classique », la section de législation est expressément habilitée à rendre des avis sur les avant-projets de textes qui lui sont soumis par les différentes autorités publiques, mais des avis dont l'absence de force contraignante est tout aussi légalement consacrée. Du *soft law* en ce sens, se situant, de manière générale¹⁵², à mi-chemin « entre la doctrine "habituelle" et la jurisprudence¹⁵³ ». Quant aux conclusions du parquet de cassation, autorité légalement instituée, faut-il le souligner, d'aucuns n'hésitent pas à rappeler qu'elles émanent de « "magistrats influents" dont les prises de position ont une autorité qui oscille dans l'entre-deux de la décision de justice et du (très bon) commentaire doctrinal¹⁵⁴ ». *Soft law* ou pas *soft law*¹⁵⁵? En tout cas faut-il être avisé de la gradualité qui traverse, de part en part, la catégorie doctrinale, que ce soit au sein du cercle restreint des professeurs en fonction de l'autorité de l'auteur et de la qualité des travaux considérés, ou, plus largement,

présent ouvrage. Ainsi, encore, évoque-t-on parfois « l'existence d'une véritable doctrine administrative, constituée par les multiples circulaires par lesquelles les services formulent leur interprétation des textes à appliquer » (J. CHEVALLIER, « Conclusions... », *op. cit.*, p. 265).

¹⁵² L. VANCRAVEBECK insiste en effet sur le fait que l'autorité des avis dépend à la fois « du type d'avis et des observations juridiques qui y sont formulées » (« La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État », volume 2 du présent ouvrage).

¹⁵³ *Ibidem*. L'auteur parle encore d'« une doctrine "autorisée", bénéficiant d'un certain crédit *a priori*, mais qu'il est toujours possible de critiquer ».

¹⁵⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX et N. BONBLED, « Les essais constitutionnels non transformés valent-ils des points? Réflexions sur la portée juridique interprétative des déclarations de révision non suivies d'une révision », volume 1 du présent ouvrage, n° 33.

¹⁵⁵ Voy. à cet égard la note 23 de la contribution de Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC (volume 1 de cet ouvrage), et la référence citée : « Selon Jan Klabbers, rien ne devrait même exclure que des conclusions d'avocats généraux à la Cour de justice de l'Union européenne ou des opinions dissidentes de juges internationaux puissent être qualifiés de "*soft law*" ». On pourrait du reste multiplier les exemples à l'environnement, en évoquant par exemple encore les observations générales des comités onusiens ou les standards adoptés par la « commission de Venise », comme son code de bonne conduite en matière électorale.

entre un avis de la section de législation ou les conclusions du ministère public – et parmi ces avis et conclusions – et un (simple) article de doctrine.

B. Le soft law

Le *soft law*, parlons-en. Convoquer la doctrine dans une théorie des sources du droit apparaît presque inévitable. De là à rendre compte des sources émergentes, sous la bannière du *soft law*, il y a un pas qu'il faut à tout le moins expliquer. Le propos peut à première vue surprendre si l'on s'avise du fait que le *soft law* se voit parfois reconnaître une autorité bien plus forte qu'un article de doctrine – mais où tracer la frontière entre doctrine et *soft law*? Il reste que contrairement à celle-ci, les nouvelles sources émergentes ne travaillent pas nécessairement avec les fictions sur lesquelles le droit repose, qu'elles peuvent même franchement ébranler. De plus, il y a *soft law* et *soft law*, et, à cet égard, il n'est pas certain qu'en dépit des effets juridiques qu'elles produisent¹⁵⁶ – mais quels sont-ils? Là encore il y a matière à distinguer – toutes ses manifestations, à supposer qu'on s'entende sur leur identification, aient (également) droit de cité dans une théorie des sources. La notion recouvre des réalités à ce point différentes qu'on peut se demander si le label n'en perd pas toute utilité¹⁵⁷, sans compter qu'il donne à penser que le monde juridique se divise en *soft* et *hard law*, autrement dit qu'il ne compte que des normes, *soft* ou *hard*.

Et pourtant, il nous paraît quasiment impossible de ne pas rendre compte, à la suite de la doctrine, de cette catégorie «juridique», se

¹⁵⁶ Voy. par exemple sur l'effet juridique des circulaires ou avis pourtant non contraignants, la contribution de S. GERRY-VERNIERES au présent volume.

¹⁵⁷ Le *soft law* s'apparente en effet à « un océan immense traversé de courants aussi divers que changeants » (Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, *op. cit.*). Tout au plus peut-on tenter de rendre compte de ses traits caractéristiques les plus marquants au travers d'une typologie forcément réductrice (voy. à cet égard : I. HACHEZ, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint? », ce volume).

mouvant dans la zone grise entre droit et non droit¹⁵⁸, ou en tout cas de certaines de ses manifestations. On a en effet suggéré ailleurs de ramener le *soft law* à de plus justes proportions par rapport à la générosité avec laquelle on avait chargé la notion à l'entame de cette recherche, en travaillant sur fond de pluralisme juridique¹⁵⁹, en limitant la notion de *soft law* au droit non formellement contraignant (au *soft instrumentum*), et en distinguant, en son sein, les normes bénéficiant, ou non, d'un point d'accroche avec l'ordre juridique considéré, soit, que tout en étant dépourvues de force obligatoire, elles émanent d'une autorité par ailleurs habilitée à dire le droit, soit qu'elles soient elles-mêmes reconnues comme telles par le droit positif¹⁶⁰. Dans cette mesure, en tout cas, plusieurs facteurs nous poussent à inclure le *soft law* dans une théorie des sources, au titre de sources informelles¹⁶¹, à commencer par le constat selon lequel le *soft law* est bien davantage qu'une simple source matérielle¹⁶², dont il peut par ailleurs tenir lieu (l'un n'empêche pas

¹⁵⁸ Il n'est en effet parfois nulle règle de reconnaissance pour identifier ces sources informelles, à telle enseigne que leur existence conduit à relativiser la délimitation entre le droit et le non-droit que, dans une logique binaire, le concept de règle de reconnaissance présuppose pourtant. « Les règles de reconnaissance semblent (ainsi) bordées par une zone d'ombre correspondant à un entre deux entre le droit et le non droit, zone dans laquelle certaines normes jouissent d'effets juridiques alors même qu'elles ne correspondent à aucune source reconnue. Par rapport à ces normes, les règles de reconnaissance se révèlent incomplètes » (Ph. GÉRARD, « Les règles de reconnaissance et l'identification des normes juridiques valides », ce volume).

¹⁵⁹ C'est également la perspective qu'on a adoptée dans le cadre de cet article (cf. *supra* note 29).

¹⁶⁰ Cf. les recommandations qui, en plus de voir leur existence expressément consacrée par l'article 288, al. 5, du TFUE, disposent la plupart du temps d'une base juridique spécifique au sein du droit primaire ou dérivé (voy. à cet égard, dans le volume 1 du présent ouvrage, les contributions respectives de N. DE SADELEER, d'une part, et P.-O. DE BROUX et I. MATHY, d'autre part).

¹⁶¹ Compar. avec la contribution précitée de S. GERRY-VERNIÈRES, qui, en raison des effets juridiques qu'ils produisent, n'hésite pas à ranger les actes étatiques non contraignants – se caractérisant à la fois par leur réactivité et leur technicité – parmi les sources formelles, aux côtés de catégories existantes comme la loi, la jurisprudence ou la coutume.

¹⁶² En ce sens : Fr. VANNESTE, « Le *soft law* du droit international des droits de l'homme, dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne », volume 1 du présent ouvrage.

l'autre). Ainsi certains instruments de *soft law* « exercent dans la pratique une influence sur (leurs destinataires) comparable à celle du cadre réglementaire, auquel ils sont indissociablement liés ¹⁶³ ». Le propos est émis par P.-O. de Broux et I. Mathy au sujet des recommandations et autres lignes directrices en matière de communications électroniques ¹⁶⁴, qui soulignent à cet égard que la doctrine cite ce droit mou aux côtés du droit dur pour décrire la réglementation en vigueur ¹⁶⁵. On ajoutera par ailleurs que depuis l'arrêt *Grimaldi*, prononcé le 13 décembre 1989, la Cour de justice de l'Union européenne impose de prendre en compte les recommandations, entre autres « lorsqu'elles ont pour objet de compléter les dispositions communautaires ayant un effet contraignant ¹⁶⁶ ». Dans le même ordre d'idées, la section de législation du Conseil d'État a déjà invité le législateur à tenir compte d'instruments de *soft law*, qui bien que dépourvus de caractère obligatoire, n'en présentent pas moins une certaine autorité, sans compter qu'ils sont parfois « utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme pour interpréter la Convention européenne des droits de l'homme ¹⁶⁷ ». De ce point de

¹⁶³ P.-O. DE BROUX et I. MATHY, « Les actes non contraignants dans le droit européen des communications électroniques. Les frontières du *soft law* européen à l'épreuve », volume 1 du présent ouvrage.

¹⁶⁴ Lesquelles jouissent d'un ancrage spécifique dans le droit européen dérivé.

¹⁶⁵ P.-O. DE BROUX et I. MATHY, *op. cit.*, Voy. également en ce sens la description par la Commission du cadre européen de la *corporate governance*, dont rendent compte M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et Ph. STROOBANT en guise de conclusion (« Les règles de "bonne gouvernance" dans le droit des sociétés et le droit économique », volume 3 de l'ouvrage). On peut encore évoquer ici l'érosion du principe de légalité, singulièrement en matière pénale où il se voit concurrencer par des circulaires et autres directives ministérielles (*cf.* à cet égard les contributions de A. BERNARDI, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN dans le volume 2).

¹⁶⁶ CJCE, arrêt du 13 décembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, C-322/88, § 18.

¹⁶⁷ Avis 46.237/AG, donné le 21 avril 2009, sur une proposition de décret spécial « visant à assurer la constitutionnalité du scrutin régional et à répondre à l'arrêt 149/2007 de la Cour constitutionnelle », *Doc. parl.*, Parl. w., 2008-2009, n° 943/2. Voy. également les autres références citées par L. VANCRAVEBECK, *op. cit.* Voy. par ailleurs : S. GERRY-VERNIÈRES, *op. cit.* (l'auteur y renseigne un arrêt isolé du Conseil d'État français, prononcé le 27 avril 2011, où ce dernier estime que les recommandations de la Haute Autorité de santé, « bien

vue, Fr. Tulkens, S. van Drooghenbroeck et Fr. Krenç concluent précisément leur contribution en soulignant que « parmi les sources externes susceptibles de peser sur l'interprétation conventionnelle, il n'y a pas lieu de discriminer le *soft* par rapport au *hard*¹⁶⁸ ». Mais si le juge peut puiser une source d'inspiration dans le *soft law* – voire même signer le passage du *soft* au *hard law* par le biais de la catégorie des principes généraux du droit, notamment –, il devrait en tout cas chercher à justifier la pertinence et la légitimité de son invocation¹⁶⁹.

qu'en principe non contraignantes, s'imposent en réalité au praticien, puisqu'elles constituent des données acquises de la science que le praticien est tenu de respecter »).

¹⁶⁸ Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, *op. cit.* Cf. en ce sens également : P. DEUMIER, *op. cit.* (« la qualité de pratique *hard* ou *soft* ne modifie guère l'effet normatif produit » dans le cadre de sa « prise en considération pour le choix d'une interprétation »). Voy. par ailleurs la contribution de D. SCALIA, qui considère que les normes du CPT, regroupant les standards que les États doivent observer, constituent, par le truchement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « une source de droit à part entière » – quoique de manière indirecte, via l'interprétation de l'article 3 de la Convention, « la condamnation des États sur le fondement des normes du CPT oblige ceux-ci à s'y conformer » –, avant de préciser, en s'en expliquant, que « l'apport du CPT dans la jurisprudence de la CEDH semble relever plus d'un "puits" que d'une "source de droit" *stricto sensu* » (*op. cit.*).

¹⁶⁹ Ph. GÉRARD souligne en ce sens qu'« alors que dans l'application courante des normes issues des sources formelles, la question de la légitimité fait l'objet d'une présomption, il semble que la force de cette présomption se réduise lorsque les juridictions sont conduites à se prononcer sur l'incidence de certaines normes externes. Dans ces situations exceptionnelles où les règles de reconnaissance établies ne procurent plus un degré de certitude aussi élevé que dans les conditions habituelles, la question de la légitimité des normes revient à l'avant-plan, conduisant les juridictions à recourir explicitement à des références légitimatrices. Ces situations exceptionnelles ont en effet pour conséquence de raviver la question sous-jacente des enjeux fondamentaux du droit en général » (*op. cit.*). Voy. également : P. DEUMIER, « La pratique... », *op. cit.* (« la pratique qui va s'ancre sera souvent celle du plus fort ou la plus efficace économiquement, sans autre grand souci de légitimité. Il appartiendra dès lors, le cas échéant, au juge (ou à la loi) d'ajouter de tels critères en ne reconnaissant comme valides que les usages loyaux, ou honnêtes, ou prudents, s'approchant de la figure de Hart selon laquelle les critères de validité retenus par la règle de reconnaissance peuvent inclure la référence à des valeurs morales positives ») ; Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, *op. cit.* Sur les critères susceptibles d'être pris en compte dans ce cadre, voy., outre la contribution précitée, les références mentionnées dans I. HACHEZ, « Le *soft law*... », *op. cit.*, note 165. Voy. également A. PAPAUX, *op. cit.*

D'avantage encore en matière de *soft law* que de *hard law*, « [l]a motivation est le véritable terrain de l'exercice de la responsabilité du magistrat ¹⁷⁰ ».

Au demeurant, loin de se limiter à influencer ou même compléter le droit dur, le *soft law* reconfigure les sources traditionnelles qui s'y réfèrent, tout en s'en autonomisant par ailleurs de manière croissante et en étant, en retour, lui-même façonné par celles-ci. La normalisation technique en fournit un exemple paradigmatique ¹⁷¹. Élaborée sur mandat de la Commission européenne, dans le cadre de la « nouvelle approche » en matière d'harmonisation technique et de normalisation, la norme technique n'intègre pas les canaux du droit positif sans en ébranler les caractéristiques formelles, contribuant ainsi à insuffler de la gradualité au sein même de l'ordre juridique. Ni impérative (sauf exception), ni supplétive de l'absence de volonté contraire exprimée dans une convention, elle s'offre à qui veut s'en saisir sous la forme d'une présomption de conformité aux exigences essentielles fixées par le législateur européen ¹⁷². Par ailleurs, la publication de la norme suffit rarement à la connaissance de « l'étendue des obligations et peut-être des droits qui se trouvent

¹⁷⁰ Fr. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 28. C'est par ce biais qu'il manifeste sa « capacité de persuasion » (J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*). Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT soulignent à cet égard que lorsque l'autorité publique rend une décision défavorable contraire à une ligne de conduite entérinée dans une circulaire, cette décision « est (à tout le moins) soumise à une obligation de motivation renforcée qui permette de comprendre pour quel motif son auteur s'écarte de la ligne de conduite » (*op. cit.*, n° 25. *Adde* n° 26 *in fine*).

¹⁷¹ Voy., en droit belge, la loi du 3 avril 2003 relative à la normalisation, citée par D. MISONNE, « La normalisation technique », volume 1, note 11, et transposant la directive 98/34/CE.

¹⁷² D. MISONNE, *op. cit.* Cf. aussi la formulation de la directive citée à titre d'exemple par l'auteur, p. 503. Voy. également P. DEUMIER, qui émet l'hypothèse selon laquelle « La principale différence entre la pratique *hard* et la pratique *soft* pourrait d'ailleurs tenir à la modalité de l'intervention de la volonté dans leur application. Les pratiques *hard* que sont les coutumes et l'usage s'appliqueront sauf volonté contraire des parties : c'est un mécanisme d'*opt out*. Les pratiques *soft* que sont les contrats-types ou les conditions générales s'appliqueront si elles sont choisies par les parties : c'est un mécanisme d'*opt in* » (« La pratique... », *op. cit.*).

derrière la référence à tel acronyme accompagné de chiffres (comme "ISO 14001")¹⁷³», à telle enseigne qu'il faudra acheter la norme pour déchiffrer l'acronyme et les chiffres qui seuls sont repris dans la publication nationale ou européenne : « Si nul n'est censé ignorer la loi, il faut dorénavant ouvrir sa bourse pour la connaître¹⁷⁴ ». D'où le caractère hybride de la norme *hard* qui en résulte¹⁷⁵. A l'inverse, le déficit des instituts de normalisation en termes de représentativité démocratique, contrastant avec l'importance des enjeux laissés aux mains de ces instituts, a conduit les instances européennes à les encadrer et les contrôler, induisant de la sorte une transformation du processus décisionnel qui perd notamment en souplesse¹⁷⁶.

Enfin, ne voit-on pas, avec les codes de conduite, se dessiner une nouvelle source du droit, ces codes, dont la « réception » par l'ordre juridique étatique « se traduit par [...] [un] retrait (de ce dernier), les États s'engageant à ne pas chercher à durcir cette souplesse mais à laisser se créer une sphère parallèle, dans laquelle ils se garderont de toute intrusion¹⁷⁷ » ? Prenant appui sur « le caractère au moins partiellement idéologique des sources », J.-M. Jacquet estime en ce sens que les codes de conduite privés « peuvent être considérés comme un élément d'une source du droit dans la mesure où ils correspondent à un mode de création d'un certain type de règles de droit, celui-ci ne pouvant se confondre avec un autre ». Et l'auteur d'interroger : « Ne faut-il pas admettre qu'il se surajoute alors aux

¹⁷³ D. MISONNE, *op. cit.*

¹⁷⁴ D. MISONNE, *ibidem*. Voy. par ailleurs, sur la difficulté d'accéder aux sources étatiques non contraignantes, S. GERRY-VERNIÈRES, *op. cit.* Voy. également, à propos des directives de politique criminelle, quant à elles contraignantes à l'égard du ministère public, le constat de déficience dans l'accès à cette source du droit posé par Ch. GUILLAIN (*op. cit.*).

¹⁷⁵ D. MISONNE, *op. cit.*

¹⁷⁶ D. MISONNE, *ibidem*. Dans le même ordre d'idées, une source de droit européen dérivé peut, en plus de prévoir expressément le recours à des actes de *soft law*, soumettre leur adoption au respect de certains éléments procéduraux typiques du *hard law* (cf. P.-O. DE BROUX et I. MATHY, *op. cit.*, à propos des articles 15 et 16 de la directive-cadre en matière de communications électroniques). Voy. également P. DEUMIER, « La pratique... », *op. cit.*

¹⁷⁷ P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *Le droit souple*. Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant, Journées nationales, t. XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 126.

autres sources, dans la mesure où celles-ci sont inaptes à rendre compte de la production de cette catégorie de règles?¹⁷⁸ ».

Autant d'éléments qui interdisent à notre avis de négliger le *soft law* lorsqu'on s'intéresse aux sources du droit, et ce même pour les praticiens¹⁷⁹. Du reste, Hart lui-même appelait à relativiser la distinction traditionnelle entre sources formelles, juridiques ou impératives et sources matérielles ou historiques. Il proposait à cette fin d'introduire une catégorie tierce, pouvant être qualifiée de « sources juridiques facultatives », pour rendre compte des sources, comme un texte du Digeste ou les écrits d'un juriste français, sur lesquelles le juge peut se fonder quand il « estime qu'il n'y a pas de loi ou d'autre source formelle du droit qui permette de trancher le litige dont il est saisi ». Et Hart de préciser: « Le système juridique n'exige pas de lui qu'il utilise ces sources, mais on reconnaît qu'une telle attitude est parfaitement opportune¹⁸⁰ ».

¹⁷⁸ J.-M. JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, Paris, Litec, 2009, p. 346, n° 51. Compar. : B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, *op. cit.* (« Plutôt que de raccrocher plus ou moins adroitement les codes de conduite à la théorie classique des sources, quitte à amender celle-ci, voire à en redessiner les catégories, peut-être vaut-il mieux tenter de comprendre la logique propre qui anime les codes de conduite et les porte à s'inscrire précisément en dehors ou à côté du champ occupé par les sources formelles du droit »).

¹⁷⁹ J. D'ASPROMONT souligne à cet égard que la déformalisation du droit international permet aux conseils et avocats « de développer plus aisément certains arguments novateurs et d'étirer le droit applicable dans une mesure favorable à l'entité dont ils représentent les intérêts » (*op. cit.*). Voy. aussi la contribution de D. BERNARD pour qui « il n'est pas (plus ?) concrètement possible pour le praticien de ne prendre en considération que le normatif formellement établi » (*op. cit.*). En ce sens également : S. GERRY-VERNIÈRES, *op. cit.*

¹⁸⁰ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, deuxième édition augmentée, 2005, « notes », p. 310 et 311. On doit à la contribution de J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE d'avoir attiré notre attention sur ce point (*op. cit.*).

Conclusion

Avec les sources formelles, on fait droit – et il nous paraît essentiel de le faire – au point de vue interne des organes d'application du droit, en ne retenant que les normes, générales ou individuelles, juridiquement contraignantes, reconnues au sein d'un ordre juridique donné et hiérarchisées entre elles¹⁸¹. De la sanction, on ne dit mot, car, à notre estime, la justiciabilité d'une source ne conditionne pas sa juridicité.

Si les sources formelles dérivées témoignent indéniablement de la persistance du modèle pyramidal au sein de l'ordre juridique étatique, elles n'en révèlent pas moins certains traits caractéristiques qui les rapprochent de la figure du réseau¹⁸². Car la démultiplication des sources dérivées accroît leur hétérogénéité en fonction des branches du droit qui les voient fleurir : quel point commun entre l'accord interprofessionnel en droit du travail et les directives de politique criminelle du droit pénal¹⁸³ ? Car, au sein d'une même branche du droit, les sources interagissent entre elles, à l'image de l'incidence des accords interprofessionnels sur les conventions collectives de travail, qui, parfois, vont jusqu'à se présenter comme des normes d'exécution techniques des premiers¹⁸⁴. Aussi parce qu'une même source est parfois le produit de logiques s'apparentant à des sources

¹⁸¹ De ce point de vue, on s'écarte de la position exprimée par D. BERNARD (*op. cit.*), qui, tout en traitant d'un objet déterminé (le Statut de la Cour pénale internationale) ne semble pas cantonner son appréciation quant à la manière d'appréhender le droit – récusant toute pertinence aux distinctions binaires du droit positif : *soft law/hard law* ; source formelle/source matérielle – à ce seul objet.

¹⁸² Ce qui nous conduit cette fois à nous distancier du point de vue adopté par B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, *op. cit.* (« Pour reprendre des concepts bien connus, nous dirons en conclusion que les codes de conduite sont au réseau ce que les sources du droit sont à la pyramide »), tout comme de celui d'A. BAILLEUX, ce volume, même si l'auteur rattrape par son « champ juridique » la gradualité qu'il tient à l'écart de l'« ordre juridique », quant à lui tout entier animé d'une logique binaire.

¹⁸³ Voy. par ailleurs sur « l'évolution du droit criminel en un sens a-hiérarchique et "réticulaire" », A. BERNARDI, « Réflexions sur les rapports entre droit pénal et *soft law* », volume 2.

¹⁸⁴ Cf. I. FICHER, *op. cit.*

initialement distinctes; tel est le cas des conventions collectives de travail mais aussi des contrats de gestion¹⁸⁵. Parce que la réception du *soft law*, et en particulier de la pratique, par les sources classiques du droit épouse des formes diverses¹⁸⁶ et refaçonne le *hard law*, lorsque le *soft law* ne le bouscule pas, appelant en tout cas une pondération de la part du juge qui s'en saisit. Que dire alors de ces boucles étranges – déjà suggérées plus haut – qui manifestent une interaction entre normes supérieures et inférieures avec une inversion de la logique hiérarchique¹⁸⁷? Qu'il s'agisse, dans le cadre de l'obligation de *standstill*, pour une norme légale de préciser le libellé programmatique d'un droit fondamental consacré par un traité ou la Constitution¹⁸⁸, ou pour un arrêté royal de confirmer la reconnaissance légale de l'accord interprofessionnel, en l'assimilant à une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du travail¹⁸⁹. Qu'il s'agisse pour «les règlements des rangs les plus inférieurs [...] [de] prendre le pas, dans la pratique, sur les règlements supérieurs et [...] la loi¹⁹⁰». Qu'il s'agisse, plus curieusement encore, pour une norme de *hard law* d'autoriser un acte de *soft law* à déroger à son prescrit¹⁹¹. Que dire encore des incertitudes relatives à la place des accords de coopération dans la hiérarchie des normes¹⁹²? Sans

¹⁸⁵ Voy. notamment sur les contrats de gestion : S. BAETEN, «De juridische kwalificatie van beheerscontracten. Zijn het nu contracten, reglementen, concessies of overheidsopdrachten voor diensten?», *Chronique des marchés publics 2011-2012*, EBP Publishers, 2012, p. 761 à 781.

¹⁸⁶ Cf. P. DEUMIER, «La pratique...», *op. cit.*

¹⁸⁷ Sur la notion de boucle étrange, voy. Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸⁸ Cf. X. DELGRANGE et I. HACHEZ, «La prise en compte de la pratique dans l'appréciation du *standstill* : une indéniable source de complexité», volume 3.

¹⁸⁹ I. FICHER, *op. cit.*, note 61.

¹⁹⁰ Fr. BELLEFLAMME, *op. cit.*, n° 27. Voy. également en ce sens, et à propos des circulaires : Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, *op. cit.*, n° 30.

¹⁹¹ P.-O. DE BROUX et I. MATHY, *op. cit.* Et les auteurs de conclure : «La place exacte à donner à de telles recommandations ou lignes directrices dans la hiérarchie des normes en devient très incertaine».

¹⁹² Cf. à cet égard la contribution précitée de K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER. En droit européen, N. DE SADELEER constate que «l'approche hiérarchique relativement rigide du haut vers le bas paraît [...] progressivement abandonnée en faveur d'une culture décisionnelle favorisant la consultation

compter que l'intensité des règles de *hard law* est variable – la notion de *soft law* intra-législatif avait notamment pour ambition d'en rendre compte¹⁹³ –, tout comme « la distinction entre actes réglementaires et actes individuels ressemble plutôt à un *continuum* ¹⁹⁴ ».

Plus encore, peut-être, que les sources dérivées, les sources formelles originaires manifestent la gradualité du droit¹⁹⁵, sans pour autant se départir d'une logique pyramidale : la coutume s'incline devant la loi impérative, les principes généraux du droit occupent le rang hiérarchique de la matrice textuelle dont ils sont inférés, tout en ayant valeur supplétive par rapport à celle-ci, l'unification de l'interprétation jurisprudentielle est assurée par la Cour de cassation, tête pensante de la pyramide judiciaire.

Autant de sources du droit qu'un juge appelé – formellement en tout cas – à raisonner de manière binaire peut solliciter à l'appui de son dispositif¹⁹⁶. Ce qui ne veut bien entendu pas dire que les sources se présentent de toute évidence au juge – Hart lui-même reconnaît la part d'incertitude qui affecte les règles de reconnaissance¹⁹⁷ –, ni que le raisonnement du juge ne masque pas l'intervention sous-jacente et implicite d'autres sources d'influence. Rarement en droit

avec les administrés, laquelle garantit l'éclosion d'actes de nature non réglementaire» (*op. cit.*, p. 256. Voy., plus généralement, sur les facteurs d'émergence du *soft law* en droit de l'Union européenne, *ibidem*, p. 255 et s.).

¹⁹³ Cf. I. HACHEZ, « Le *soft law*... », *op. cit.*, p. 559 et s.

¹⁹⁴ Fr. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 308-309 et la référence citée à la note 26.

¹⁹⁵ Laquelle se manifeste dès leur processus d'élaboration (*cf. supra*, en ce compris, pour les principes généraux du droit, l'influence de sources diverses participant à leur éclosion), avec la difficulté, pour la pratique en tout cas, d'identifier la ligne de démarcation entre « les pratiques en développement et les usages consolidés » (P. DEUMIER, « La pratique... », *op. cit.*).

¹⁹⁶ Ainsi, en dépit de la gradualité qui caractérise l'intention de l'auteur d'une circulaire (« le chef de service peut se montrer plus ou moins impératif et son subordonné peut se sentir plus ou moins contraint »), « les juridictions considèrent qu'il existe un seuil au-delà duquel elles ont affaire à un règlement et en deçà duquel elles n'ont affaire qu'à une simple circulaire » (Fr. BELLEFLAMME, *op. cit.*).

¹⁹⁷ Ainsi, alors que les règlements d'ordre intérieur n'étaient « en principe pas reconnus comme source formelle de droit », ils « sont de plus en plus pris en considération comme tout règlement par le Conseil d'État » (Fr. BELLEFLAMME, *ibidem*).

belge¹⁹⁸, plus souvent en droit international, et singulièrement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la référence au *soft law* est parfois même explicite¹⁹⁹.

Pour qui épouse une conception large de la normativité, et, plus largement, du droit, celui-ci ne se limite en effet pas à ses sources formelles : d'autres sources contribuent également, quoique différemment, à sa création. Non contraignantes, et qualifiées à ce titre d'informelles, elles ne manquent pas de le façonner, voire parfois même de l'ébranler²⁰⁰. Leur fonction est autre (il ne s'agit plus d'identifier les sources formellement contraignantes directement et visiblement mobilisables par les organes d'application du droit mais, plus largement, de témoigner des processus de création du droit), le point de vue adopté s'élargit (le point de vue interne se double d'un point de vue plus externe), et il faut évidemment en être conscient. La complémentarité des sources formelles et informelles ne nous apparaît pas moins évidente, tout comme leur perméabilité, les unes rejaillissant sur les autres et inversement²⁰¹.

Avec les sources informelles, et en particulier le *soft instrumentum*, c'est la figure du réseau qui passe au premier plan. Toute idée de hiérarchie n'est cependant pas absente²⁰² : chacun de ces instruments présente une force normative plus ou moins affirmée, de la même manière qu'un même instrument peut voir son intensité normative différer en fonction de l'ordre juridique qui s'en prévaut (relativité spatiale) et du moment auquel il est invoqué (relativité temporelle). C'est un des points forts de la théorie tridimensionnelle de la vali-

¹⁹⁸ Sous réserve peut-être des circulaires (voy. à cet égard la contribution de Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, *op. cit.*, n° 22, et n° 30).

¹⁹⁹ J. CAZALA souligne à cet égard la « densification normative » que le juge peut conférer à des actes de *soft law*, en les évoquant sur pied d'égalité avec des sources formelles contraignantes (*op. cit.*).

²⁰⁰ Cf. notamment P. DEUMIER qui après avoir évoqué la force constructive de la pratique pour les sources du droit (« La pratique... », *op. cit.*, point I) aborde sa force destructrice (*ibidem*, point II).

²⁰¹ Sur la circularité du processus de création du droit, « puisant aussi bien dans les sources contraignantes que dans les sources non contraignantes qui l'alimentent dans un mouvement continu », voy. S. GERRY-VERNIÈRES, *op. cit.*

²⁰² Compar. avec A. BERNARDI, *op. cit.*

dité, tout comme du concept de force normative, de permettre de rendre compte de la gradualité du droit, en ce compris à propos de sources dépourvues de force contraignante. P.-O. de Broux et I. Mathy soulignent en ce sens que la valeur déontique des recommandations et autres lignes directrices en matière de communications électroniques semble « très forte et, en tout cas, bien plus forte que la valeur normative conférée aux actes non contraignants de l'ordre juridique européen²⁰³ ». Pour sa part, D. Dumont évoque l'existence, aux côtés des accords-cadres européens, d'une « profusion de documents assez pauvres en contenu normatif », avec, cependant, « l'émergence d'un type de textes un peu moins "mous" que les autres » : « les "textes basés sur les processus" », c'est-à-dire des « textes qui ont en commun d'avoir pour objet davantage l'établissement de procédures de suivi que la formalisation de standards minimaux²⁰⁴ ». D'autres, encore, mettent en évidence la pondération à laquelle se prêtent les actes dépourvus de force obligatoire, en fonction de leur auteur (voire de l'auteur de leur reconnaissance), de leur contenu, du moment de leur adoption... autant de facteurs susceptibles de déterminer le degré de légitimité de l'acte en question²⁰⁵.

De la pyramide au réseau, et vice versa? Sans doute. Si on adhère en plus au point de vue selon lequel « c'est le juge qui assure

²⁰³ P.-O. DE BROUX et I. MATHY, *op. cit.*

²⁰⁴ D. DUMONT, « Les coutumes... », *op. cit.*

²⁰⁵ Voy. en particulier les contributions respectives précitées de Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, de D. SCALIA, de L. VANCRAVEBECK, et de S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX et N. BONBLED (et plus précisément les pages citées dans I. HACHEZ, « *The soft law...* », *op. cit.*, note 165). Compar. avec la contribution de Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT qui écrivent que les critères au départ desquels le juge conclut au caractère réglementaire ou non d'une circulaire « ont un caractère graduel, et qu'il ne dépend *que de l'instinct* du juge de placer une frontière sur le *continuum* entre droit et non-droit » (*op. cit.*, n° 15 ; souligné par nous), avant d'ajouter que « finalement, devant le juge, la circulaire semble jouer le rôle d'une source d'inspiration un peu honteuse, dont le juge usera s'il l'estime utile, mais qu'il ignorera dans le cas contraire » (*ibidem*, n° 33). Voy. également S. GERRY-VERNIÈRES, qui souligne en ce sens la précarité des actes étatiques non contraignants, non sans préciser que la soustraction de certains de ces actes au contrôle de légalité est de nature à entamer leur légitimité (*op. cit.*).

le passage du droit mou au droit dur, qui participe à sa densification normative et qui, ce faisant sélectionne les sources²⁰⁶», on pourrait même songer à convoquer la figure de l'entonnoir pour rendre compte du rôle déterminant du juge dans l'avènement de ces nouvelles sources²⁰⁷. A l'occasion d'un litige déterminé, ce dernier peut en effet être amené «à reconnaître la juridicité de règles "maquissards" ou "hors la loi", dont la validité ne résultait d'aucun "test de pedigree" préexistant²⁰⁸». Encore faut-il souligner l'existence de possibles divergences entre les juridictions elles-mêmes, particulièrement en présence de «sources» du droit émergentes. Plus fondamentalement, il convient d'accorder l'attention qui leur est due aux autres acteurs du système juridique : «Le juge étant *a priori* l'organe chargé de dire le droit par application des règles de reconnaissance en vigueur, il est le plus approprié des révélateurs de la juridicité des normes, mais il n'est pas le seul. D'autres "tiers" peuvent le remplacer dans cette tâche d'attestation²⁰⁹».

Enfin, pour que la photographie soit complète, il faut encore faire état des sources matérielles²¹⁰, au rang desquelles on retrouvera des sources formelles, informelles ou émergentes – on songe en particulier au *soft law* péri-législatif, sous la forme du droit proposé²¹¹ – mais pas seulement. Comme le soulignent P. Deumier et Th. Revet, «les sources matérielles ont [...] beau être largement indéterminables, et pour tout dire sans fin, elles doivent être incluses dans la problématique générale des sources du droit ne serait-ce que comme garde-fou²¹²».

Sources formelles, sources informelles, mais aussi sources matérielles²¹³ : ne serait-ce qu'à des fins descriptives, et tout en en souli-

²⁰⁶ P. DEUMIER, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 69.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 88, avec référence à Fr. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007, p. 40 et s.

²⁰⁸ Fr. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide...*, *op. cit.*, p. 304.

²⁰⁹ H. DUMONT, «Les coutumes...», *op. cit.*

²¹⁰ Cf. à cet égard notre étude précitée, n° 5, et les références citées.

²¹¹ En ce sens : J. CAZALA, *op. cit.*

²¹² P. DEUMIER et Th. REVET, *op. cit.*, p. 1431.

²¹³ Sur l'interface entre sources formelles et matérielles, cf. P. BRUNET et V. CHAMPEIL-DESPLATS, «La théorie des contraintes juridiques face aux

gnant immédiatement la relativité, on reste convaincue de la pertinence des catégorisations en droit pour « intégrer et [...] ordonner [la] diversification des sources », qui, toutes, à leur niveau, participent et témoignent de la création du droit²¹⁴. Sachant qu'une classification doctrinale des sources du droit – tout comme d'ailleurs la définition de cette notion – est toujours porteuse d'une certaine idéologie, s'appuyant sur une représentation déterminée de l'État et des modèles de rapports sociaux souhaitables²¹⁵ : « une théorie des sources du droit [...] est une idée : une idée relative à ce que doivent être les modes de production des normes aptes à régir les rapports sociaux²¹⁶ ».

théories des sources du droit », ce volume, avec au point II des exemples empruntés au droit constitutionnel pour illustrer cette théorie.

²¹⁴ Compar. au sujet des catégories du et en droit, la contribution précitée de D. BERNARD.

²¹⁵ Voy., par exemple, la théorie néolibérale des sources du droit de F.A. HAYEK (*Droit, législation et liberté*, vol. 1, *Règles et ordre*, PUF, Paris, 1980).

²¹⁶ B. OPPÉTIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. dr.*, t. 27 : « Sources » du droit, 1982, p. 45. Voy. également en ce sens : E.-P. HABA « Logique et idéologie dans la théorie des "sources" », *Arch. phil. dr.*, t. 27 : « Sources » du droit, 1982, p. 238, 239, 242, 243 et 244 ; C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *Le droit souple*. Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant, Journées nationales, t. XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 112 ; J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, spéc. p. 67 *in fine* et 68, 88 à 90, 100, 128 à 130, 137 et 138, 143 à 150 ; J.-M. JACQUET, *op. cit.*, p. 345 ; C. THIBIERGE, « Sources... », *op. cit.*, p. 536 et 543.